

## 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: septiembre-diciembre 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.º

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 XIV  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXI

---

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

---

Depósito Legal, M. 126.—1958.

## SECCION DOCTRINAL

# La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores

ANTONIO QUINTANO RIPOLLES

La detención ilegal de cualquier clase de personas suele ya de antiguo determinar una especial cualificación, agravada, tratándose de sujetos pasivos menores y más concretamente niños. Las razones son múltiples y bien comprensibles: mayor facilidad en la comisión del delito, dada la mínima o nula resistencia de la víctima; las graves consecuencias que para los menores mismos y sus familiares puede acarrear la sustracción y, sobre todo, la conmoción y alarma que hechos de esta naturaleza provocan. Pero lo que técnicamente justifica la sustantividad es que en estos delitos, al contrario que en los de detención ilegal, no desempeña el consentimiento tan decisivo papel, pudiendo perpetrarse aun con su concurrencia, bien por la incapacidad del niño para consentir válidamente, bien en formas de inducción no imaginables en otras infracciones contra la libertad. Precisamente por ello ha llegado a ponerse en tela de juicio en muy importantes sectores de doctrina, y aun de legislación, la pertenencia del delito de sustracción de menores al grupo de los de contra la libertad. A lo que contribuye asimismo el propio nombre de *sustracción*, que parece aproximar la tipología a lo patrimonial, alejándola de los ordinarios cauces en que discurre la delincuencia contra la libertad. Hay en ella, en efecto, una especie de mutación de dominio, sustituyéndose el del aprehensor al de los padres o guardadores, así como una efectiva *abductio*, que en la detención puede no darse, si se realiza *in situ*.

En la doctrina alemana antigua fué МЕРКЕЛ uno de los que más directamente propugnaron la separación de la sustracción de menores o *Kinderraub* del ámbito de las infracciones contra la libertad, para situarla entre las atentatorias a los intereses familiares, sistemática que modernamente acoge WELZEL (1). En lo legislativo la han adoptado, entre otros, los Códigos de Italia (en arts. 573 y 574 del Título XI, "Contra la familia") (2), Dinamarca (art. 215), los de la postguerra de Checoeslovaquia (art. 209) y Yugoslavia (art. 194) y los hispanoamericanos de Brasil (art. 120) y Perú (art. 120). Más reciente-

(1) WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 4.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1954, pág. 239.

(2) Con ello el Código Rocco ha modificado la sistemática del Zanardelli, que situaba el delito entre los de "contra la libertad" al modo tradicional.

mente aún, acatan la modificación el Anteproyecto argentino de Soler (arts. 182 y 183) y en parte el Proyecto alemán (en parág. 196, aunque el secuestro con fines de lucro o *Erpresserischer Kindesraub* permanece en el Tít. IV de contra la libertad) (3).

Aun reconociendo la fuerza de algunas de las razones aludidas en favor del radical cambio de sistemática, nos las creo plenamente convincentes, siendo preferible mantener la tradicional que sigue el Código español, como la mayoría de los vigentes que conocen un título para los delitos contra la libertad. Al fin y al cabo, el menor y aun el niño son personas, con esferas de libertad, limitada sin duda, pero reales, singularmente la de movimientos, y cuando no es así, los padres o guardadores la ejercitan en su nombre por una especie de delegación temporal, cuyo desconocimiento en la sustracción es asimismo atentatorio a la libertad de dichas personas, la de decidir provisionalmente de los destinos del menor. De no ser así, habría que prescindir igualmente de la calificación de detención ilegal o de secuestro sobre mayores incapaces y considerar que el objeto del delito no es su libertad, sino la autoridad del familiar o del establecimiento en que estuvieren. El desvincular el delito de sustracción de menores de la rúbrica destinada a la protección de la libertad, me parece un cierto retroceso a concepciones romanas, en que el *raptus in parentes* tenía, en efecto, un significado de atentado a la exclusiva *patria potestas*, reduciendo el menor a la categoría de cosa. Que así no es en el derecho moderno se prueba manifiestamente si se tiene en cuenta que en las sustracciones de inducción, esto es, en las consentidas por el menor, nadie ha pensado en incriminar la conducta de éste como coautor, lo que de aceptar la tesis de lesión a la patria potestad o a la autoridad familiar sería perfectamente lógico.

No se niega, con lo dicho, que en los delitos de que aquí se trata se menoscaben también los aludidos bienes ideales familiares, reducibles asimismo a la libertad parental, pero la pluralidad de objetos materiales o jurídicos es fenómeno harto frecuente en las tipologías penales, lo que no excusa la elección por el que se estimare prevalente. De ahí que los teóricos alemanes modernos partidarios de la sistemática tradicional, como MEZGER y MAURACH, la argumenten sobre la objetividad diciendo que en la sustracción de menores el objeto material del delito (*Angriffsobjekt*) es el menor mismo, aunque el jurídico (*Rechtsgut*) lo sea la patria potestad (4). Un exceso de análisis y sutileza en esta materia conducirían a un pernicioso fraccionamiento del tipo, como en parte ha sucedido en el Proyecto alemán, perdiéndose el con-

(3) En ésta como en otras materias, el Proyecto alemán de la Gran Comisión se ha inspirado en el Código federal suizo; que asimismo trata por separado, como delito contra la libertad (siéndolo en rigor más bien contra la propiedad), en su art. 185 la sustracción de menores para explotarlos o exigir rescate, y en el 220, como contra la familia, la mera sustracción del dominio paterno o tutelar. Dispersión poco aconsejable, sobre todo en lo didáctico.

(4) MAURACH: *Lehrbuch. Bes. Teil*, parág. 16, III.

tacto con las modalidades delictivas más afines. Lo que no es óbice para el reconocimiento de su autonomía dentro del marco suficientemente amplio del título de contra la libertad. Tan evidente es esto que, en la propia Italia, pese a la reforma legal, autores como FLORIAN y MANFREDINI insisten en la conveniencia de su adscripción a los fines didácticos.

La especialidad de la sustracción de menores, pese a este nombre, suele restringirse en la mayoría de los Códigos a un tope de edad muy por bajo del asignado a la mayoría civil, al menos para las formas más graves. Uno de sus objetos más obvios es el de la agravación en relación con las detenciones ilegales o sustracciones de mayores, aunque paradójicamente esto no ocurra en el Código español por un inconcebible defecto de-coordinación entre las tipologías. Conforme a él, en efecto, la sustracción de un niño menor de siete años es menos severamente castigada que la de persona mayor cuyo encierro durare más de veinte días, puesto que en este supuesto la pena prevista es la de prisión mayor y multa, conforme al número 1.º del artículo 481, mientras que tratándose de un niño el 484 prevé únicamente la primera de dichas sanciones. Al examinar dogmáticamente el asunto veremos las posibilidades que se brindan para paliar o soslayar esta y otras anomalías.

Como en el caso de detención ilegal hay que descartar del de sustracción en nuestro derecho las modalidades referidas a menores hembras de sexo femenino con propósitos deshonestos, integrantes del delito de raptó del artículo 440, así como las lucrativas persiguiendo rescate, incluíbles en el robo ordinario del número 2.º del artículo 501, cuando no en el 5.º de la Ley de Orden Público de 1960, de preferible aplicación siempre por el principio de especificidad.

En los países en que no se conoce una modalidad típica de robo con finalidades de rescate se ha hecho necesario crear una específica para el supuesto de verificarse sobre niños, que es el supuesto real más frecuente a la vez que el más odioso. Así ha surgido el delito ya internacionalmente conocido bajo la denominación angloamericana de *Kidnapping*, que al igual que el secuestro tiene netas características penales y criminológicas mucho más afines a lo patrimonial que a los atentados contra la libertad de las personas, que es simple medio para la obtención de un lucro ilícito. Constituyendo en el antiguo derecho americano de *Common Law* delito menos grave (*Misdemeanor*), ciertos casos sensacionales, sobre todo el secuestro del hijo del aviador Lindbergh en 1932, hizo elevarlo de categoría, a la de *Felony* en casi todos los Estados de la Unión, frecuentemente con la previsión de la pena capital, aun en el caso de no sobrevenir la muerte del secuestrado. Este fué, asimismo, el tenor de la ley alemana de 22 de junio de 1936, que introdujo en su Código el parágrafo 239, con pena única de muerte por el solo hecho de la sustracción con ánimo de rescate (5).

(5) El excesivo rigor de algunas leyes americanas y de la alemana de 1937, señalando como pena única la de muerte en todo caso, se ha acreditado contra-

En cambio, la ley francesa de 14 de enero de 1937, modificando al efecto el artículo 355 del *Code*, sólo prevé la última pena en el supuesto de sobrevenir la muerte del menor. Preceptos de esta naturaleza serían innecesarios en nuestro derecho, tanto por la presencia del delito complejo de robo con homicidio como por la de robo mediante rescate, doblemente incriminado en el Código común y en la mentada ley especial.

## LA VERIFICADA POR LOS PROPIOS PADRES

Descartadas por el principio de especificidad tanto de la sustracción deshonestas como de la lucrativa de rescate, queda por considerar otra todavía más frecuente y de muy distinto tenor moral, aunque entre de lleno en la tipicidad asignada a la sustracción de menores. Me refiero a la llevada a cabo sobre sus propios hijos por alguno de los padres que hubiere sido privado legalmente del ejercicio de la patria potestad. A nadie se le oculta, y el asunto apenas merece ser discutido en este aspecto, la dimensión humana que muchas de estas "sustracciones" entrañan, al moverse el padre o la madre que la perpetrar por uno de los más nobles e innatos impulsos de atracción a la propia prole de que le separaron normas, justas quizá, pero, al fin y al cabo artificiosas, de la autoridad civil, en colisión con las de la naturaleza, en cierto modo. Que con todo y con eso el hecho no deba quedar impune, no creo que haya nadie que lo sostenga, al menos como tesis general, lo que equivaldría a privar de sanción el quebrantamiento de nuevos derechos y situaciones jurídicamente protegidos, pero sí cabe dudar y aun negar que tales supuestos guarden relación, a no ser en la mera dinámica material, con el clásico odioso "robo de niños" que paradigmáticamente sirvió para construir el tipo en las legislaciones tradicionales. La dificultad mayor estriba en encajar la situación jurídicamente en las mismas, dado que, como es sabido, las motivaciones atípicas únicamente sirven para operar en el campo periférico de lo circunstancial, que en el presente caso parece harto insuficiente. Creo, pues, útil una mayor insistencia en el tema, que bien lo merece desde todos los aspectos que se le considere.

A las obvias consideraciones ético-sentimentales cabe, ya en el terreno de la fría técnica, añadir un argumento que me parece de interés y aun digno de prevalecer, llegado el caso, en el terreno de la práctica. Es el de que en la hipótesis que ahora se contempla no hay, en puridad de principios, una lesión ni riesgo para la libertad del menor, que deja de ser objeto material y jurídico de la infracción, y aun

productente y aun peligrosa para la seguridad del menor raptado, ya que ante la perspectiva de incurrir en todo caso en la pena capital, puede el raptor optar por deshacerse de su víctima. El parág. 239 del Código alemán ha sido asimismo reformado por la Ley de 4 de agosto de 1953, castigándose el hecho con la pena mínima de tres años de presidio. En el francés figura la pena capital únicamente de sobrevenir la muerte del niño.

sujeto pasivo de ella, al menos si consintiere, para proyectarse íntegramente la acción *contra* el titular legal de la patria potestad o tutelar, o bien *contra* la autoridad que pronunció la decisión quebrantada. Aquí sí que estaría justificada la sistemática italiana de referencia a los intereses familiares, aunque asimismo se tratare de los de libertad del titular, pero que en el caso de vulnerarse un mandato judicial íntegra el hecho es la desobediencia del artículo 388. Algunos Códigos, fieles al sistema tradicional, se han visto obligados a reformar sus preceptos relativos a la sustracción de menores limitándose a crear modalidades atenuadas en beneficio de los padres; así los de Bélgica (art. 369 bis, por ley de 15 de mayo de 1912), Francia (art. 357; por la de 28 de junio de 1945), la propia Italia (art. 574) y Brasil (artículo 249, núm. 1).

En los ordenamientos en que no consta de modo expreso la especialidad, la letra de los preceptos reguladores de la sustracción de menores parece irremisiblemente imponer indiscriminadamente su aplicación, cualesquiera que fueren los sujetos activos o los móviles que les impulsaron. Tal ha sido, aun lamentándose casi siempre, la opinión científica más generalizada en los países cuyos Códigos no acogieron la reforma; también en España la de CUELLO CALÓN, que echa de menos un precepto atenuatorio como el de la ley francesa, sin lo cual no ve otra solución que la de indirecta atenuante por la altura de móviles el duro tenor del artículo 484 de nuestro Código (6).

A pesar de las dificultades que el caso ofrece, ya he anticipado como es factible, al menos en pura teoría, el desplazamiento del delito de sustracción del artículo 484 al de desobediencia del 237, o bien al de coacción del 496, basándome para ello, én primer término, por la especificidad del dolo. Terreno en el que la solución es posible si se tiene en cuenta que en el hecho se trata no ya de móviles determinantes, sino de propósitos finales afectando de modo inequívoco a la culpabilidad de cada infracción, de naturaleza tan distinta. La jurisprudencia española ha mostrado el camino en una antigua pero valiosa S. de 13-VI-1882, al calificar de coacción el apoderamiento de un niño llevado a cabo por su padre contra la voluntad de la madre a quien correspondía la patria potestad. Igualmente pudo haberse acudido a la calificación de desobediencia, pues ambas soluciones son correctas y, desde luego, su preferencia dependerá de las características del caso concreto, pues la desobediencia sólo será posible mediando previo y personal requerimiento, y la coacción interviniendo violencia para privar al titular del ejercicio de su derecho. Pero lo que aquí conviene puntualizar es que lo que no hay es precisamente el delito de sustracción, por ausencia de ataque a la libertad o seguridad del infante, pues no hay que olvidar que el precepto del artículo 484 no figura aislado, sino inserto en el Título, afectando a tales infracciones y no a las que vulneran o arriesgan mandatos autoritarios o intereses civiles familiares.

(6) CUELLO CALÓN, t. II, pág. 713, nota 5.<sup>a</sup> *in fine*, donde tacha la solución española de extremada severidad.

Y no se diga que el ánimo de sustraer o *animus abducendi* bastaría, porque, en verdad, mediante él no se acredita más que un simple hecho natural carente de contenido jurídico, que sólo le presta el dolo finalista dirigido. Tomar un niño y cambiarlo de lugar puede igual ser un rapto que un robo violento, una efectiva sustracción o bien, en el caso que nos ocupa, una coacción o una desobediencia; y sin ánimo final alguno puede muy bien no constituir delito, de no encarnar en tipicidad alguna, como, por ejemplo, si se tratase meramente de dar un paseo o de mostrarle un inocente espectáculo.

Para concluir este tan asendereado tópico, he de aludir a un texto penal positivo bien concreto del propio Código, a menudo olvidado, como lo suelen ser los de su Libro tercero, en que se hallan no pocas claves de las tipologías del segundo. En el número 16 del artículo 584 se castiga con la pena de arresto menor o multa de 50 a 500 pesetas a *los padres, tutores o guardadores suspensos en el ejercicio de la guarda y educación de un menor que, sin llegar a incurrir en el delito de desobediencia, quebrantare un acuerdo adoptado por el Tribunal Tutelar en el ejercicio de su facultad protectora apoderándose del menor, sacándole de la guarda establecida por dicho Tribunal...* La referencia excluyente al delito de desobediencia, sin mentar para nada el de sustracción de menores, que parece ser el que procedería vista la identidad de dinámica material, me parece suficientemente elocuente a este respecto. Y que el precepto se refiera concretamente a los acuerdos del Tribunal Tutelar en nada obstaculiza que la solución de desobediencia fuere la aplicable en el supuesto de que el acuerdo vulnerado fuere judicial con mandato expreso y directo al infractor. Lo que sí importa y es decisivo hacer notar es que el “apoderarse” o “sacar de la guarda” a un menor, que vale tanto como “sustrarlo” en el sentido material de la expresión, no constituye otra cosa que lo que allí se dice, esto es, “quebrantamiento de un acuerdo”, jamás una “sustracción de menores” en la acepción jurídico-penal de la expresión.

## LA SUSTRACCION DEL MENOR DE SIETE AÑOS

El artículo 484 del Código penal establece una de sus más lacónicas tipologías, en la que apenas puede hablarse de tal, dada su imprecisión, al decir que: *La sustracción de un menor de siete años será castigada con la pena de presidio mayor*. Aunque, en principio, el laconismo pueda ser aconsejable en la técnica legislativa, dista mucho de serlo cuando contrasta con otros preceptos paralelos de acendrado castuismo, como son los utilizados sobre detención ilegal, lo cual provoca graves dificultades de acoplamiento y proporción. Ya de por sí es suficientemente anómalo que las penas asignadas a la sustracción de menor de siete años en el artículo 484 y a la detención ilegal de cualquier persona mayor de dicha edad, por lo tanto, en el tipo básico del 480, sean prácticamente las mismas, puesto que la distinción entre

la de presidiales y prisionables es meramente nominal. Pero lo que resulta verdaderamente incomprensible es que durando más de veinte días la detención del mayor merezca sanción más grave, con arreglo al número 1.º del artículo 481, que la del niño en iguales condiciones, por lo que la condición infantil viene a suponer un privilegio para el aprehensor. Otro tanto puede decirse de las demás cualificaciones agravatorias contenidas en dicho artículo 481, inaplicable naturalmente a la sustracción de menores. Y lo que es aún más absurdo, que tampoco sea aplicable a ésta el supuesto del artículo 483, de no dar razón del paradero del detenido, pues aunque en el artículo 485 se estipule un supuesto semejante, luego veremos cómo no comprende a la sustracción propiamente dicha, sino a la infidelidad en la guarda del menor (7).

De otra parte, aunque bien lacónica la disposición, es sumamente restrictiva en el señalamiento del tope de edad, circunscrita al menor de siete años, apenas sin precedentes en el derecho comparado (8), y aun en el nuestro, donde el cómputo para el consentimiento de la mujer en materias sexuales para tipificar la violación en todo caso llega hasta los doce años (en el núm. 3.º del art. 429).

Consecuencia inmediata del señalamiento de edad tan temprana es que no se prevean, por innecesarias, formas comisivas de violencia ni aun de engaño, y que para nada cuente el consentimiento de la criatura, plenamente incapaz a todos los efectos.

También es indiferente la cualidad de la persona en cuyo poder, tenencia más bien, se encontrare el niño sustraído, no mencionándose para nada la de parentesco o guarda, como en los demás artículos. La S. de 14-III-1893 calificó de sustracción el apoderamiento de un niño que se hallaba confiado a una nodriza, llevada a cabo por la amante del padre, con el fin de que éste reanudase con ella sus interrumpidas relaciones amorosas. En rigor, pudiera igualmente perpetrarse el delito sobre una criatura que estuviese sola, aunque el caso sería más discutible y arduo tratándose de una abandonada, sin titular alguno de potestad de derecho ni aun de hecho. La persona que en tales condiciones tomare para sí el niño, lejos de cometer este delito, procedería humanitariamente al acogerlo, aun incumpliendo las formalidades legales de la adopción. Sin embargo, si el niño tuviere una cierta capacidad de discernimiento, aun siendo menor de siete años, y se opusiera

---

(7) En el Código de 1870 figuraba a continuación un capítulo cuarto, común a la detención ilegal, sustracción y abandono, en cuyo art. 503 se estipulaba genéricamente la agravación de no dar cuenta del paradero del ofendido. Dentro de la técnica, siempre reprobable, de las tipologías de mera sospecha, esta disposición era, por lo menos, lógica al parigular las situaciones y las responsabilidades, actualmente dispersas y con inexplicable diversidad de trato.

(8) En Europa creo que sólo la repite Portugal (art. 342), siendo lo más común hacer coincidir el tope penal con el de la minoría civil. Donde se señalan límites más bajos son siempre superiores a los del Código español; así, catorce años en Italia (art. 573), dieciséis en Suiza (art. 185) y diecisiete en Polonia (art. 199). En Hispanoamérica, donde en general domina un criterio legal restrictivo, el Código argentino señala la edad de hasta diez años (art. 146), y el uruguayo, la de dieciocho (art. 203).

a seguir a su indeseado benefactor, se darían todos los supuestos del delito. Por lo cual, el consentimiento, o al menos la voluntad, es susceptible de contar, asimismo, en materia de la que normalmente está desplazada.

Por descontado que siendo el trasfondo de la antijuricidad del delito de sustracción de menores una ilicitud de naturaleza originariamente civil, el tenedor de la potestad superior no perpetra el delito sustrayendo al menor del que sólo tuviere una de rango inferior o meramente de hecho. Así, por ejemplo, el padre no separado de su mujer que sustrajere el hijo a la madre, o la madre a otro pariente o al criado, etc.

La dureza de la pena y aun el detalle de preferirse la de presidio a la de prisión, que suele ser signo, siquiera nominal, de la delincuencia por naturaleza o motivaciones abyectas, son datos elocuentes para comprender cómo en el ánimo del legislador se tuvieron presentes, antes que nada, los clásicos robos de niños por gitanos o saltibanquis, a que hacen expresa mención los antiguos comentaristas, ПАСИЕКО y VIADA, notablemente. Esa histórica consideración, en la vida actual un tanto arcaica, es la que ha motivado en los ordenamientos más recientes la revisión de conceptos, separando las tipologías con arreglo a móviles o propósitos, desde la de máxima gravedad del rescate a la mínima de burlar una disposición judicial de custodia. En el relativamente unitario precepto del artículo 484 apenas si quedan fuera del tipo el rapto sexual y el robo mediante rescate, pero no quedan excluidas otras posibilidades de semejante innoble tenor. La del ánimo de lucro, por ejemplo, si no se verificase por el procedimiento del rescate, sino por la explotación del menor mismo, o de carácter sexual tratándose no de hembra sino de varón, lo que imposibilitaría la tipicidad del rapto, la de venganza transversal contra los padres y tantas más que justifican sobradamente la dureza del precepto. Pero que, a *contra sensu*, vienen a corroborar la tesis de su improcedencia al no mediar en la sustracción material finalidad alguna atentatoria a la libertad o seguridad de la criatura, como es el caso de la efectuada por el padre desposeído de su potestad sobre el hijo, pero no del amor que le impele a querer disfrutar de su compañía, cuestión ya suficientemente debatida teórica y dogmáticamente bajo el epígrafe anterior.

#### LA NO PRESENTACION SIN EXPLICACION DE PARADERO

El tipo de sustracción del artículo 484 que acabamos de examinar implica por exigencias de su propio *nomen* una acción ejecutiva activa de apoderamiento, de *abductio de loco ad locum*, como decían los antiguos tratadistas, en perfecta asimilación a las sustracciones patrimoniales. Se creyó necesario completarlo, ya desde el Código de 1848 (en su art. 399), creando una paralela modalidad omisiva, pasiva más bien, en que se incriminase la infidelidad del encargado de la perso-

na del menor que no lo presentare a sus padres o tenedores de la potestad legal, sin dar explicaciones satisfactorias de su desaparición. Viene así a reproducirse, *mutatis mutandi*, la tipicidad de la apropiación indebida frente al hurto, ostentando como ella la característica de licitud originaria en la posesión (de cosa en lugar de niño).

Nada habría que objetar a la previsión legal si se limitare, como ocurría en los Códigos de 1870 (art. 499) y 1932 (art. 478), a prever para la forma pasiva igual sanción que para la activa, pero es el caso que en la reforma de 1944 se ha construído una nueva extraña cualificación agravatoria de tipo de sospecha o presunción de muerte pareja a la existente en torno a la detención ilegal sin razón de paradero, del artículo 483. Una y otra figuraron juntas, con el aditamento del supuesto de abandono de niños, en el común artículo 503 del Código de 1870, suprimido, en cambio, en el de 1932. Al restablecerse en el vigente, no del modo unitario tradicional, sino por separado en cada tipología, se ha cometido la grave incongruencia de prever la cualificación, en este caso sólo para las sustracciones de menores impropias de tipo pasivo incluídas en el artículo 485, y no para las de activo del 484, con lo que el dislate es aún más manifiesto por la desigualdad de trato que supone.

Veamos el texto del artículo 485: *El que hallándose encargado de la persona de un menor no lo presentare a sus padres o guardadores ni diera explicación satisfactoria acerca de su desaparición, será castigado con la pena de reclusión menor*. De su mera lectura se desprende, sin lugar alguno a dudas, que la agravación se circunscribe de modo exclusivo al encargado de la persona y no al raptor, lo que resulta, por lo menos, insólito. También lo es la dureza de la penalidad prevista, la misma que para el homicidio doloso. La explicaba GROIZARD, aunque entonces la pena era la misma que la asignada al hecho efectivo de sustraer, aludiendo al argumento no demasiado convincente del grave abuso de confianza que la infiel custodia presupone; pero para ello hubiera debido precisar que en la desaparición interviniese la voluntad o al menos la negligencia por parte del encargado, que para nada se menciona en el texto. Su tenor es tan objetivo y de resultado que, con arreglo a su literalidad, comprendería al director del colegio, que, habiendo desaparecido de él un alumno, no pudiese dar razón de su paradero. Ante lo absurdo de esta conclusión se ve bien a las claras que el objeto del precepto, bien torpemente enunciado, es sancionar nuevamente una presunción de homicidio o al menos de encubrimiento, al modo de las previstas para la detención ilegal, el rapto sexual o el abandono de niños. Presunción recusable, como lo son todas las de esta especie, como acontece en el parejo precepto del artículo 483. Por cierto que concordándose con el del 485 se evidenciaría una nueva falta de coordinación, pues si para la desaparición de un detenido mayor de edad se asigna la pena de reclusión mayor, es incomprensible que para la del niño sea únicamente la de reclusión menor. Si lo que se persigue es castigar un supuesto de ase-

sinato encubierto, la sanción parece demasiado benigna, pero si lo que se pretende es sancionar una conducta negligente y aun una mera falta de información, resulta monstruosamente dura. Sea como quiera, el artículo 485 cuenta entre los más desafortunados de nuestra legislación penal. Lo que aconseja restringir en lo posible su aplicación a casos extremos de mala fe en la no presentación que evidencien en el encargado una participación en la desaparición del menor y aun su probable muerte. Excluyéndole los más corrientes supuestos de negligencia en la guardería, que de dar origen a alguna responsabilidad criminal habría de ser por el camino de la imprudencia. Así parece ocurrir en la práctica judicial, como lo prueba la total ausencia de jurisprudencia sobre el caso, bien que habrá sobradas ocasiones de fugas o accidentes en los establecimientos docentes o benéficos sin que siempre sea dable aportar por los encargados explicaciones satisfactorias. Otro tanto sucede en Francia, de cuyo Código (artículo 345, párrafo 4.º) pasó en parte el malhadado precepto a los nuestros, siendo en unos y otros letra muerta (9).

Desde luego, es menester para la efectividad del tipo la doble conducta de no presentar y de no dar las explicaciones acerca de la desaparición, no siendo suficiente cualquiera de ambos supuestos. Parece ser que lo "satisfactorio de las explicaciones" ha de referirse al Tribunal, aunque es claro que en la práctica, si los padres o tenedores de la potestad así lo estimaren, no habría lugar a entablarse procedimiento judicial, teóricamente siempre posible, sin embargo, por tratarse de un delito perseguible de oficio.

Tanto en el artículo 485 como en el siguiente no vuelve a hacerse referencia a una determinada edad del sujeto pasivo, usándose tan sólo la expresión de *menor*. PACHECO confesó ya sus dudas a si con ello quiere la ley referirse a la minoría de edad civil o si sigue en pie la referencia del artículo 484 a los menores de siete años, pareciéndole este límite demasiado reducido y el otro sobradamente amplio; en la disyuntiva optó extrañamente por una solución intermedia dejada al arbitrio de los Tribunales, que en modo alguno tiene apoyo en el texto legal, pese a lo cual ha sido nuevamente acogido con favor por TEJERINA y PUIG PEÑA. La opinión más común, y creo que la sola ajustada a Derecho, es ya desde GROIZARD la de atenerse a la minoría civil, fijada en los veintiún años, como es sabido, por el artículo 320 del Código civil, modificado por Ley de 13 de diciembre de 1943. Como quiera, sin embargo, que esta edad tiene una impor-

---

(9) GARÇON: *Code*, art. 345, f; figura también en el Código noruego (artículo 344) y en algunos americanos, como el chileno (art. 355) y de Defensa social cubano (art. 450, b). En cambio, es más excepcional la previsión de encubrir o albergar menores evadidos, tipificada en el art. 280 del Código húngaro, en parte reproducida en el 149 del argentino. ("Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que ocultare a las investigaciones de la justicia o de la policía a un menor de quince años que se hubiere sustraído a la potestad o guarda a que estaba legalmente sometido. La pena será de seis meses a dos años, si el menor no tuviera diez años.")

tante excepción, precisamente para abandonar la casa paterna, referida a las mujeres menores de veinticinco años, salvo para contraer matrimonio o ingresar en institutos religiosos (art. 321 del mismo cuerpo legal, asimismo reformado por Ley de 20 de diciembre de 1952), se plantea la cuestión de si frente a tales personas serán aplicables los preceptos penales de sustracción. Creo que la negativa se impone, no solamente por razones de la exégesis restrictiva propia de lo penal, sino porque al castigarse el rapto consentido de mujer con propósitos deshonestos en el artículo 441, se fija como tope máximo el no haber cumplido veintitrés años. No haciéndose así en los 485 y 486, en los que tan sólo se mienta la minoría, es la civil ordinaria la que debe prevalecer. Por las mismas razones ha de desecharse la aplicación de tales preceptos penales a los menores legalmente emancipados y, por ende, a las mujeres casadas.

### SUSTRACCION POR INDUCCION

La última y más benigna tipología del capítulo es la descrita en el artículo 486 en la forma siguiente: *El que indujere a un menor de edad, pero mayor de siete años, a que abandonare la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.*

Difícilmente ha de considerarse esta figura delictiva como atentatoria a la libertad de los menores, puesto que, en definitiva, de lo que se trata en el hecho es de liberarlos de una potestad ajena, legítima, sin duda, pero que indudablemente coarta su albedrío. Tampoco puede decirse que dañe o arriesgue su seguridad, que en ocasiones puede estar mejor garantizada en el domicilio ajeno que en el propio, por ejemplo, si se sustrae al menor de un ambiente mísero o vicioso. A este propósito sería interesante resolver el caso, no demasiado inverosímil, en que la inducción tuviere finalidades filantrópicas o morales. Algunas de ellas pudieran en determinadas ocasiones ampararse en la justificación del estado de necesidad, pero fuera de ellas no veo manera de alegar con éxito otra circunstancia que la atenuante de motivaciones morales o altruistas, 7.<sup>a</sup> del artículo 9.<sup>o</sup>

La sustracción consentida, que a ello equivale la de inducción de este artículo, vulnera la libertad de disposición inherente a la patria potestad, o a la tutela en su caso, aunque no puede excluirse tampoco mediante tal término una cierta deformación de la de los propios menores, que por el hecho de serlo se estima por la ley que su voluntad es más fácilmente captable, por lo que su consentimiento así logrado padecería una especie de vicio por falta de espontaneidad.

Comentando el precepto decía con evidente error PACIBCO que “hasta la edad de siete años estima la ley que el menor puede ser *sustraído* de casa de sus padres o tutores, pero después de esa edad no se admite la sustracción pero se reconoce y pena el consejo de la

fuga" (10). Que no pueda sustraerse al mayor de siete años, no lo dice ni puede decirlo ninguna ley, que se limita a someter tales personas al régimen ordinario de la detención ilegal. Lo que sí hace el artículo 484, coordinado precisamente con el 486, es equiparar el menor de siete años, en todo caso, al inconsciente o incapaz de consentir, no ya de derecho, sino de hecho, como en la violación o el rapto para las hembras menores de doce. Lo que sí es de acoger en la crítica de PACHECO es lo referente a la escasa cuantía de la edad, que sitúa en el mismo plano la inducción sobre un niño de ocho años y la de un hombre de veinte. Defecto, por lo demás, inherente a todo casuismo, que el juzgador deberá corregir mediante una exacta estimativa del impulso de la inducción en los respectivos casos, ya que en algunos podrá acreditarse suficiente la entrega de unos caramelos y en otros se precisarán estímulos de mucha mayor eficiencia.

Queda por dilucidar el significado que procede dar al subjuntivo *indujere*, que recuerda inmediatamente la modalidad de autoría del número 2.º del artículo 14. Como en ésta la inducción ha de ser directa y de probada eficacia para decidir el ánimo del inducido, y así un simple consejo no parece suficiente, a no coincidir con una extraordinaria autoridad de quien lo presta o de muy temprana edad e inesperienza de quien lo recibe. Asunto a dilucidar ante el caso concreto. De ningún modo puede asimilarse a la inducción directa, los malos ejemplos, lecturas, espectáculos o prédicas susceptibles de determinar la fuga del menor, pero que específicamente no se encaminaron a dicho fin. Tampoco la mera coincidencia de voluntades, sin influjo concreto de una sobre otra, aunque se produjesen en otros planos de ayuda ajenos a la inducción, por ejemplo, si se acompañase al menor en su fuga o se le facilitaren medios, porque no existe un delito de fuga propiamente dicho. Por esa misma razón el inducido no incurre nunca en responsabilidad criminal, siendo así que de tratarse de un delito autónomo la del inductor no le eximiría de la propia. Con lo cual, como ya dije, se patentiza que nos hallamos ante una infracción para la salvaguarda de los intereses del menor, no los de la patria potestad *more italico*, como algunos autores españoles estiman.

En el extremo opuesto de eficacia, no puede tampoco considerarse inducción imposiciones coactivas físicas o morales, cuya presencia harían entrar en juego los preceptos de la detención ilegal, en los cuales no se prevé, en cambio, formas consensuales, ni siquiera las de inducción. El engaño mismo creo que produciría los mismos efectos, dado que mediante él no se influye en la voluntad, sino que se la sujeta al viciar el consentimiento.

Es de toda evidencia, en cambio, que el consentimiento del titular de la guarda del menor o de quien ostentare potestad superior sobre su persona, con arreglo a las realidades del hecho o a las normas civiles, en su caso, eliminaría la antijuridicidad. La del tipo del artículo 486, se entiende, puesto que la inducción de tales personas sobre el

(10) PACHECO, t. III, pág. 255.

ánimo del menor a ellas sometido pudiera integrar el de abandono de familia o de niños, donde entran ya en juego intereses morales o materiales de seguridad en que para nada cuenta la libertad del sujeto.

Al margen del Código, una ley especial un tanto olvidada, la de Ejercicios peligrosos de la infancia, de 26 de julio de 1878, contiene una modalidad sensiblemente agravada de la sustracción de menores por inducción, bien que comprendiendo únicamente a los que no hubieren cumplido dieciséis años. En su artículo 1.º, núm. 5.º, se castiga (con prisión correccional en su grado mínimo y medio y multa de 125 a 1.250 pesetas) a “los que induzcan a un menor de dieciséis años a abandonar el domicilio de sus ascendientes, tutores, curadores o maestros para seguir a los individuos de las profesiones indicadas en el número 2.º o a los que se dediquen habitualmente a la vagancia o a la mendicidad”. Dicho número 2.º enumera un copioso y heterogéneo elenco de tales profesiones, tales como las de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos u otras análogas que empleen niños de la mentada edad en las representaciones y que no fuesen hijos suyos (11). Llegando a tal edad y no alcanzando la mayoría civil, la inducción de este género se inculpará conforme al artículo 486 del Código, que para nada menciona el destino ulterior del menor inducido, bastando con el abandono del domicilio paterno.

---

(11) La Fiscalía del T. S. recordó en su Circular de 21 febrero 1893 la vigencia de dicha ley y la precisión de que fuere aplicada. Ya alguna vez, respecto a ella, se ha puesto de manifiesto la graciosa incongruencia que supone considerar el oficio de buzo como susceptible de espectáculo.



# Estudio penal sobre el secreto médico

ALEJANDRO DEL TORO MARZAL

De la Carrera Fiscal

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—DATOS HISTÓRICOS.—DERECHO COMPARADO.—LOS ELEMENTOS MATERIALES Y FORMALES DEL DELITO: a) El objeto del hecho penal: Materia y forma del sigilo.—b) El sujeto del acto penal: Activo = la postulación; Pasivo = el titular.—c) El hecho penal doloso: La revelación y sus formas; La divulgación.—d) El hecho penal culposo.

## INTRODUCCION

En el año 1945, S. S. Pío XII dirigió una alocución a la Unión Médico-Biológica Italiana de San Lucas. Allí se contiene el fundamento y resumen de una cuestión de Derecho que desde hace tres siglos ha acumulado montones ingentes de hojarasca doctrinal y jurisprudencial, tesis y opiniones hasta lograr una inaprehensible y pluriforme teoría borradora tanto de los límites externos cuanto de la explicación misma del Secreto Médico. Pío XII dijo:

“Entre los deberes que se derivan del VIII Mandamiento se encuentra la observancia del secreto profesional, *que debe servir no sólo al interés privado, sino, sobre todo, al provecho común*. También en este campo pueden surgir conflictos en los que llegue a ser sumamente difícil medir y pesar el pro y el contra como razones para hablar o callar. En tal perplejidad, el médico de conciencia echará mano de los principios de la ética cristiana, cuyas normas le encaminarán por la mejor vía. Esos principios, en verdad, mientras afirman netamente, sobre todo en interés del *bien común*, la obligación del médico de mantener el secreto, *no le reconocen, sin embargo, un valor absoluto: no sería, en efecto, conveniente a dicho bien común si el secreto debiera subordinarse al servicio de un delito o de un fraude.*”

Si la doctrina y la legislación no se hubiesen preocupado de enturbiar profundamente el secreto médico profesional, nada necesitaríamos fuera de las palabras del Romano Pontífice. Pues bien, en 1958 el médico de cabecera del mismo que estas palabras ha pronunciado provocó desagradabilísimo escándalo periodístico, según se dijo, por haber violado, al parecer, el secreto profesional debido al fallecimiento de Su Santidad Pío XII.

\* \* \*

Ni en nuestro país ni en el Derecho extranjero está anticuada la preocupación por la figura. Siguiendo una trayectoria de exposición, clásica ya en el Derecho hispano (1), el fiscal Fernando Alamillo denuncia, hace nueve años, la importante laguna de nuestro Código (2).

Paralizada la doctrina durante un tiempo apreciable, en el Boletín del Instituto de Derecho Comparado (3), los fiscales Puig Peña y Díaz Palos colaboran fundamentalmente en exponer los problemas y sugerir las soluciones debidas a este tipo penal. Más que olvido, fallo o negligencia de la Comisión de Códigos, más que una recia doctrina positiva, que aparte tras madura reflexión el problema por no considerar conveniente su inclusión punitiva, pudiera ser un homenaje a la bien probada sindéresis de la profesión de curar, y quizá un descargo de normas a favor de Códigos deontológicos, no siempre conocidos ni siempre suficientes (4). Ahora bien: si se utiliza la promulgación de una moral profesional articulada, es que se admite que dicha moral pueda quebrar. Por ello se recuerda. Al ser, además, indudable la existencia de una figura delictiva casi universal, como luego veremos en Derecho comparado, y al suministrarnos el estudio histórico una fuerte base penológica, habremos de concluir que, cuando menos, resulta aconsejable someter a revisión el silencio del Código.

No cabe suponer que se haya otorgado de barato la no apreciación del problema que reviste la violación del honroso compromiso hipocrático por el simple hecho de calificar como excelsa una profesión. Incuestionablemente lo es. Pero también se llama por vías de perfección y santidad, el sacerdocio, la magistratura, la milicia y ciertas delicadas categorías administrativas, y no por ello sus indiscreciones se encuentran previstas tanto en el fuero común como en sus especialidades orgánicas con bastante más que paternas tasaciones de consejos deontológicos (5).

(1) Soler, Mallo, Asúa, Molinario, Nerio Rojas, etc.

(2) *Sec. Médico Profesional*. "Anuario D. Penal", t. III, en abril 1950, páginas 76 y ss.

(3) F. PUIG PEÑA: *La noción del S. Médico en D. Penal*. "Revista del Instituto de D. Comparado", núm. 10 (en junio 1958); íd. FERNANDO DÍAZ PALOS: mismo título y revista (idéntica fecha), ambos, págs. 300 y ss.

(4) Vid. ADALBERTO PAZZINI: *El médico ante la Moral*. Ed. Litúrgica Española. Barcelona, 1955; íd. LUIGI SCRÉMIN: *Diccionario de Moral Profesional Médica*. Argos. Barcelona, 1954.

Pero, sobre todo, el clásico tratado de GUSTAVE PAYEN, y el importantísimo *Código de Deontología Médica*, del Excmo. y Rvdmo. Dr. LUIS ALONSO MUÑOYERRO.

(5) Consejos que, por otra parte, siempre han existido. Pero mientras el cura recordaba a Alonso Quijano que su profesión era de sigilo, el barbero, de quien no podemos desconfiar en su curiosa e indudable aptitud y calidad de sangrador o protomédico, hubo de convencer al hidalgo, no muy comunicativo, sobre su discretísima producción personal. Es necesario afrontar de una vez la laguna...

"No se encontrase escrito en nuestras leyes contemporáneas, el art. 378, y sería necesario darse prisa en introducirlo, ya que, lejos de ser para los médicos un medio de intimación o medida de represión, es para ellos una preciosa salvaguardia en el caso concreto..." "... El art. 378 no es un espantapájaros. ¿Cuál

## DATOS HISTORICOS

En nuestra antigua legislación no existe, al parecer, norma alguna que obligase la ocultación a los físicos, aunque las Partidas apunten precavidamente una esencial lealtad en los que lo sean del Rey: "*E si leales non fuessen, ellos podrían hacer mayores trayciones que otros homes porque las farían encubiertamente...*" (6). Extremosa sería la interpretación si quisiéramos llevar forzosamente estas palabras, que no son otra cosa que simple precaución de las guardias de antecámara, al ámbito del secreto médico. Poderoso traidor (7) sería el físico que aprovechara su facilidad para agotar el "pasillo del poder" —que tanto preocupara a Carl Schmitt— con el designio de administrar cómodamente, en la misma cabecera, la sangría dilatada o el pomo de tóxicos. Parece más natural este pensamiento que pretender advertir en el Rey Sabio una profética previsión de revelaciones, que por sólo la revelación, pusiesen el trono en peligro.

El juramento hipocrático adquiere verdadero significado cuando el arte de curar se independiza del sacerdocio, pues anteriormente el facultativo no guarda el secreto por ser médico, sino por estar investido de dignidad religiosa. Refiere Adalberto Pazzini que al desaparecer la Escuela Pitagórica por la invasión de los crotonenses en los recintos esotéricos, un adepto se amputó la lengua con los dientes para no verse obligado a revelar los misterios (8).

---

es el médico en Francia que, siendo honesto, se siente amenazado?" "... es para nosotros un verdadero paladio."

Esto escribía, en 1874, LEGRAND DU SAULLE (vid. *Traité de Médecine Légale*. París, 1874, pág. 961). A la vuelta de casi cien años, estas palabras son de plena actualidad, por incumplidas, en España.

(6) L. 10. T. IX. P. II.

(7) No es, sin embargo, imposible configurar el delito de alta traición a través de una revelación medical. El médico que, en determinadas circunstancias políticas, hiciese conocer un defecto o anomalía de un personaje político, aparte de incurrir en el tipo que examinamos, resultaría encuadrado en el actual artículo 122, núm. 6, C. P.

Vid. *Ensayo biológico sobre Enrique IV de Castilla y su tiempo*, de MARAÑÓN (Austral. Espasa-Calpe, 7.<sup>a</sup> ed., pág. 47). "Las noticias de este cronista —Mosén Diego de Valera— son interesantes a este respecto, pues tal vez pudiera estar bien enterado de las intimidaciones de la Corte por su padre, Alonso Chirino, que fué médico de Don Juan II."

Idem, en relación con la opinión de Lasone, médico de la Corte de Luis XV, y el *Memorial secreto del embajador de España*, ver significativa cita histórica de S. SWEIG (*Marie Antoinette*. Livre de Poche historique. Grasset. París, 1957, pág. 29).

Es evidente que ciertos secretos de alcoba pudieran cambiar el curso de la Historia. Id. célebre proceso del Dr. López Lacarrere en relación con la enfermedad del Presidente Ortiz, consúltese el tratado de Asúa, donde expone la significación que mantiene con nuestro problema, la postura del eminente oftalmólogo argentino (Vid. ASÚA: *Tratado de D. Penal*. Losada. B. Aires, 1952, t. IV, pág. 421).

(8) *Op. cit.*, pág. 291.

Aunque Manche (9) encuentra en el Ayur-Veda, ocho siglos antes de nuestra Era, la obligación y el consejo del Secreto Médico, no se comprueba el impacto en la legislación hasta el siglo XVI. El receptáculo de Hipócrates, servirá de arranque para la Escuela de Roma, si bien no parece haberse recogido positivamente. Es cierto que Cicerón pronuncia sus célebres "*Medici qui thalamos et tecta aliena subeunt, multa tegere debent etiam laesi quamvis difficile tacere cum doleas*" (10).

Heim, sin embargo, arriesga cautamente la opinión de que se encuentra algún dato como antecedente legal en la compilación justiniana, citando una proposición, Tít. LII, Lib. II del Código (11). Más tarde, en la fórmula "*Comitis Archiatrorum*", usada bajo Teodorico por Casiodoro para otorgar el título de conde al jefe de Archiatras, se recuerda que el médico tiene deberes profesionales equiparables a los del sacerdote. Pazzini opina que en el juramento debía, por tanto, exigirse el secreto, pero esto no es más que una suposición aún más gratuita, al parecer, que la anterior de Heim, mucho más discretamente observada (12).

En la Edad Media, las promociones de Montpellier prestan, al concluir su grado, la promesa hipocrática casi exacta (13).

Heim y Perraud-Charmentier (14) admiten como indubitado arranque legal el famoso fallo del Parlamento de París de 13 de julio de 1573 que, confirmando la tradicional práctica del juramento de la Sorbona, condena a un farmacéutico quien al formular su demanda de honorarios —el eterno problema— citó en el proceso la enfermedad del cliente moroso. No carece de importancia la resolución judicial porque en el año 1600 se registran en dicho Parlamento los Estatutos de la Facultad de Medicina de París que en su artículo 38 —y 19 del Acta de Inscripción— señala que jamás el médico deberá revelar los secretos de sus pacientes.

En 1621, Paolo Zacchia aconseja a los médicos: "*Loquacitas porro in medico maxime reprehensibilis est*" (15).

La obligación legal de denunciar marca un nuevo rumbo en la his-

(9) MANCHE: *La responsabilité medievale au point de vue penal*. París, 1913, pág. 226.

(10) JACOMET: *Le fondement juridique du secret médical*. París, 1933, página 19; id. ZIRNO: *Secreto Médico*. Digesto Italiano XXI-II, 1891.

(11) HEIM, WILLY: *Le secret médical dans le Code Penal Suisse*. Roth & Cia., Lausanne, 1944, pág. 12. Creemos que no hay resquicio para confirmar esta intención. El párrafo cuestionado recoge un Privilegio General de Constantino Augusto a Volusiano: "*Médicos et maxime archiatros vel archiatris... una cum uxoribus et filiis... nec ac iudicium deduci...*" Es simplemente una inmunidad del profesional y su familia o concretamente el privilegio de no ser demandados en determinadas circunstancias.

(12) PAZZINI: *Op. cit.*, pág. 292.

(13) Admitido en el interior de las casas, mis ojos no verán lo que ocurre, mi lengua callará los secretos que me han sido confiados y mi estado no servirá ni a corromper las costumbres ni a favorecer el crimen."

(14) HEIM: *Op. cit.*, pág. 12, y PERRAUD-CHARMENTIER: *Le Secret Professionnel*. París, 1926, pág. 60.

(15) PAZZINI: *Op. cit.*, pág. 293.

toria del secreto médico. A pesar de las palabras de Jean Astruc (16), la Corporación de Médicos de Burdeos, en 1681, inserta en el juramento profesional la no revelación de secretos, *salvo casos de necesidad* (17). En Suiza, las comadronas pensionadas de Avenches y de Yverdon, en el Cantón de Vaud, son obligadas a prestar juramento de discreción (18).

Pero los problemas legislativos propiamente dichos no surgirán hasta el siglo XIX. En efecto, la Ordenanza del 17 ventoso del año IX de la Revolución (18 de marzo de 1802) obliga a los profesionales del arte de curar que luego enumerará el artículo 378 del Código penal a denunciar la administración de socorros a los heridos, el lugar donde fueron transportados o internados; así como la gravedad y causa de las heridas (19). Evidente es que la redacción del famoso artículo 378 derogaba implícitamente la Ordenanza. En 1832, ante los sucesos revolucionarios y estado de sitio, el Prefecto intenta restablecer, 5 y 6 de junio, la Ordenanza de 17 ventoso, acorde con la vieja inspiración borbónica. Mas, salvo un facultativo, el Cuerpo Médico de París se niega a acatar la revigencia (20). Se originan polémicas, deliciosamente saturadas de un romanticismo que irrumpe (21). Pero, indudablemente, es desde la consagración legal por el Código de Napoleón cuando la punción se extiende a la mayor parte de los cuerpos legales. Trataremos de verlo.

## EL SECRETO MEDICO EN EL DERECHO COMPARADO

*Francia.*—Comenzamos examinando el Código de Napoleón por ser fuente. El artículo 378, sirvió al legislador de 1810 para decir lo siguiente:

(16) "Guardad el secreto confiado al modo de sacerdotes." Vid. PERRAUD, pág. 61.

(17) Estos casos podían ser la denuncia al Procurador de S. M. Católica por profesión de fe protestante del asistido. O heridos en algaradas políticas. En caso de heridas con motivo de crímenes o delitos de sangre, era obligado dar cuenta al Preboste de la ciudad. Las comadronas venían obligadas a notificar al párroco los nacimientos que auxiliaran.

(18) HEIM: *Op. cit.*, pág. 31.

(19) Contiene la Ordenanza cinco artículos. Vid. LEGRAND DU SAULLE: *Op. cit.*, pág. 176.

(20) El cirujano Dupuytren, cuando el Prefecto de París le conminó a declinar los nombres de aquellos heridos en la insurrección que pudieran estar hospitalizados en el Hotel-Dieu, contestó: "En mi sala no conozco insurrectos. Para mí no hay más que enfermos." Cit. PAZZINI: *Op. cit.*, pág. 294.

(21) "... ¿Cómo?... Un médico, un cirujano, una comadrona, llamados unos u otra al alumbramiento secreto de una desgraciada muchacha, víctima de indigno seductor, y testigos de esta infortunada tristeza, ¿irán a publicarla confidencialmente de puerta en puerta, y hurtar así el honor y la estima de una joven, que quizá ignore toda la extensión de la falta cometida?... No, amigos míos; la Ley francesa no podía tolerar tan culpables abusos, no más que las leyes religiosas no perdonan a los confesores que revelaren las faltas cuya confesión se les ha hecho en el Tribunal de la Penitencia..." MARQUET-VASSELOT: *Ecole des Condamnés*. París, Joubert, 1837, pág. 302.

"Los médicos, cirujanos y otros oficiales de Sanidad, así como los farmacéuticos, comadronas y cualesquiera otras personas depositarias por su estado o profesión del secreto que les es confiado, que fuera de los casos en que la ley les obliga o constituirse en denunciante, hubiesen revelado estos secretos, serán castigados con multa y prisión de uno a seis meses." Una Ley de 29 de julio de 1939 agrega al precepto un nuevo párrafo: "Todas las personas enumeradas anteriormente, sin venir obligadas a denunciar los abortos que ellas juzguen criminales, y de los que tuvieran conocimiento con ocasión de ejercitar su profesión, no incurrirán, si lo denunciaran, en las penas previstas en el párrafo anterior. Citadas ante la Justicia para un asunto de aborto, podrán testimoniar libremente sin exponerse a pena alguna (22).

Fácil resulta hoy, cuando dos docenas de Códigos han depurado, mejor o peor, los problemas surgidos y se han escrito centenares de monografías sobre el tema, criticar el artículo 378. Evidentemente, se halla incompleto y su redacción ha motivado frecuentes dudas. Tanto las legales en caso de enfermedades infectocontagiosas, delitos, etc., contenidas en Ordenanzas administrativas y en aclaraciones, pueden verse en Perraud Charmentier, así como una abundante jurisprudencia (23).

Doctrina principal sentó el célebre Arret de Cassation de 23 de julio de 1830: "Resultando que el artículo 378... tiene por objeto castigar las revelaciones indiscretas, inspiradas por la maldad y la intención de difamar o dañar... no siguiéndose de aquí que las personas que ejercen estas profesiones deban ser dispensadas de hacer a la justicia la revelación de los hechos por ellos conocidos, cuando se les oye como testigos, y que en interés del orden público... sus declaraciones se juzguen convenientes para descubrir la verdad..." (24).

---

(22) El tratamiento médico a este respecto resulta reveladoramente sintomático en la conocida novela de MAXENCE VAN DER MEERSCH: *Cuerpos y almas*, y en las deliciosas memorias del neurólogo AXEL MUNTHE. Médicos honorabilísimos no vacilan en ocultar el aborto criminal.

(23) HEIM califica de omisión lastimosa la no comprensión de los auxilios del médico, que pueden libremente y sin castigo alguno cometer las más perjudiciales revelaciones (vid. *Op. cit.*, pág. 18).

Afortunadamente, goza Francia de una inteligente jurisprudencia que no ha vacilado en considerar abiertamente el artículo 378.

(24) El art. 80 de la Ley de 28 de abril de 1832, Código de Instrucción Criminal, a pesar de los esfuerzos de ciertos autores, no plantea el más mínimo problema de interpretación, de acuerdo con la doctrina del Arret de 23 de julio, para la comparecencia de los médicos ante justicia, si reclamaran la inmunidad "causa sigilli".

Sin embargo, y en contra de la doctrina del Arret del 30, en 1902 la Cour d'Assises de Aix declara que el médico, consintiendo en comparecer como testigo, comete el delito del art. 378.

Lo que resulta indudable, creemos, es que en Francia el médico puede quebrantar su secreto no sólo cuando concurre la obligación legal de denunciar, sino cuando sea llamado en Justicia. Obsérvense las dificultades que inmerecidamente ofrece este problema en Manch, Heim, Jacomet, Perraud y el belga Legros.

La jurisprudencia francesa, con excepciones, ha venido exigiendo para la aplicación del artículo 378 una serie de requisitos que pudiéramos reducir a dos: 1) Divulgación intencional. Es lógico, puesto que a la intención de divulgar no se une necesariamente la de perjudicar. 2) Que el secreto lo constituya un hecho evidentemente confidencial cuya revelación puede ser *perjudicial* para el enfermo (25).

## CODIGOS QUE EXPRESAMENTE TIPIFICAN LA VIOLACION DEL SECRETO

### EUROPEOS

A) *Alemania*.—El artículo 300 del Código penal, primer párrafo, señalaba la pena máxima de seis meses de prisión, multa alternativa, o ambas conjuntas a: “*los médicos, cirujanos, destistas, farmacéuticos o dependientes de otra profesión médica que exija formación reglamentada... abogados (26)... que sin autorización revelaren secretos particulares que les fuesen confiados o de los que hubieren tenido noticia por su calidad profesional*”.

El pgf. 2.º asimila los auxiliares y pasantes que participen del ejercicio profesional, agravándose la penalidad en el pgf. 3.º: “... cuando el delincuente hubiese obrado en vista a una remuneración o para conseguir un provecho ilícito por su cuenta o por la de un tercero, o para perjudicar a otra persona”. La perseguibilidad es privada, sujeta a la facultad de denunciar, y además se aplican las disposiciones al “*causahabiente del detentador fallecido, sujeto al secreto conforme a las prescripciones del pgf. primero, que divulgase sin autorización este secreto cuando lo hubiese conocido del difunto o recibido en la sucesión*” (27).

En la práctica forense y judicial se considera sustituida la aplicación del artículo 300 por el pgf. 13 de las Ordenanzas Médicas Estatales. Esta legislación sanitaria (28), ampliada por disposiciones pos-

(25) Vid. HEIM: *Op. cit.*, pág. 18.

(26) “... procuradores, ingenieros, consejeros de patentes, notarios, defensores fiscales o penales, expertos económicos, contables jurados...”

(27) Vemos que las disposiciones del 300 St. Gb. no dan margen para encontrar el dolo específico. Quizá por ello el legislador incorpora agravantes de esta clase—precio, intención daño no provechoso, o provecho puro—, lo que es innecesario si se admitiese el dolo específico. Por otra parte, el término autorización” dió lugar a dudas, puesto que más que recordar obligaciones legales de denunciar, dejaba la justificación exonerante en manos de la autoridad. Sin embargo, en sentencia de 16 de mayo de 1905, el Tribunal Supremo admite el estado de necesidad para exculpar la revelación cuando se protegiese un riesgo de contagio en el portador del secreto (vid. ALBERT PONSOLD: *Lerburch der Gerichtlichen Medizin*. Trad. española de Sales Vázquez. Barcelona, 1955, pág. 21). A esta tesis del T. S. se opusieron Finger y Pallaske, calificándola de lamentable e injustificada.

(28) Reich Arzteordnung de 12 de septiembre de 1935.

teriores (29), viene a retribuir un tanto los esfuerzos doctrinales por hallar un encaje, realmente técnico, al problema de la violación del sigilo (30). El aludido pgf. 13 RAO contiene cuatro artículos, de los que el primero exige que la violación sea arbitraria (31). La punibilidad se excluye, finalmente, en casos de cumplimiento de deber legal o moral, cuando hay motivo justificado en el sano sentir popular y cuando el derecho amenazado es predominante. Aquí se han incluido los informes a las autoridades y denuncias exigidas por la Ley (32).

B) *Austria* (33).—El pgf. 498 está comprendido en el capítulo XII: “Contravenciones contra la seguridad del honor, y de los delitos y contravenciones contra la libertad individual” (34). Y dice: “*El médico o cirujano, comadrona o partera, que revelaren los secretos de las personas confiadas a sus cuidados a toda otra persona que no fuese la autoridad que oficialmente lo solicite, se considera culpable de contravención y será interdicto para el ejercicio de su profesión, la primera vez por tres meses, la segunda por un año y la tercera a título definitivo.*” Precepto rígido, sí, pero la solidez de su clasicismo permite amplios senderos jurisprudenciales y resuelve las dudas sobre comparecencia en juicio.

Una novela de 1937 modificó el pgf. 494 expandiendo el secreto médico más allá de la persona del facultativo, sentando una interesantísima posibilidad. El secreto envuelve obligatoriamente a otras personas, mediante lo que podríamos llamar un título valor penal: la receta. Así se conecta con el sigilo a una tercera persona, el farmacéutico, pero no como actividad autónoma, sino condicionada con la relación medical a través de la receta (35).

---

(29) Rech-Tierarzteordnung de 3 de abril de 1936 y Reichs-Apothekerordnung de 18 de abril de 1937.

(30) Sobre todo, la Comisión encargada de Proyectos de Ley en 1909 y las sucesivas hasta 1930, donde brillaron los esfuerzos de Eberard Schidt. (Vid. “Der arzt im Strafrech”, 1939, págs. 5 y ss.).

(31) La justificación de la “no arbitrariedad”, queda al criterio del juez. La protección “post-mortem” y las cautelas sucesorias, se recogen igualmente en este parágrafo. Y se amplía la extensión del sigilo de las auxiliares, ya previstas en el art. 300 STGB, a los estudiantes que participen de la actividad profesional. Pero, probablemente, una de las más certeras innovaciones RAO es haber reemplazado el término “Privatgeheimnis” por “Fremdesgeheimnis”, lo que es justo legalmente y más puro en el clasicismo hipocrático, ya que así se comprende, no sólo el secreto particularísimo que origina la actividad facultativa, sino todo lo que el médico pudiera conocer en su relación con el asistido. Hay una clarísima intención de defensa social.

(32) Como la de 30 de junio de 1900, “Enfermedades peligrosas para la comunidad”, y la de “enfermedades venéreas”.

(33) El Código de 27 de mayo de 1852, conservado por Austria tras el derribamiento del Imperio A-H, rige en esta materia. Alemania lo admitió en la anexión y terminada la I. G. G. M. los austríacos se contentaron con derogar los preceptos posteriores al 13 de mayo de 1938.

(34) Para el C. Austríaco, por tanto se trata de un atentado contra la libertad, pero participa de la infracción contra la Seguridad del Honor.

(35) “El farmacéutico que revelare los secretos de un enfermo, en vista de

C) *Bélgica*.—El capítulo VI, “De otros delitos contra las personas” (36), contiene el artículo 458, copia exacta del 378 francés, ya examinado. La jurisprudencia belga, así como destacados autores (Van Reepinghen, Verwaest), se han ocupado atentamente de este delito, sin fijarse en la frecuencia de su aparición, sino en las dificultades que presenta. Un trabajo de Robert Legros, profesor en Bruselas y magistrado en Lieja, encuadra ampliamente las incidencias de la figura en las doctrinas y tribunales de Bélgica (37).

Para Legros existen excepciones especiales al principio de silencio, como son las declaraciones de nacimiento, enfermedades contagiosas, venéreas, etc. Item la obligación de aceptar en ciertos casos misiones periciales (38). Los Tribunales tienden a limitar la aplicación del 458 mediante exoneraciones (39), como, por ejemplo: a) La autorización del enfermo (40). b) El estado de necesidad. c) Las enfermedades mentales (41). d) El pritaje. e) Las publicaciones científicas que deberán hacerse en forma anónima y para un público restringido (42). f) Los certificados médicos y las reclamaciones de honorarios, con suma discreción. g) Confidencia a los familiares de los menores de edad.

D) *Finlandia*.—El capítulo XXXVIII del C. P. de 19 de diciembre de 1889 castiga el “Abuso de confianza o Provechos ilícitos” (43).

---

la receta que le fuese entregada, a cualquiera otra persona que no fuese la autoridad que oficialmente lo solicitare, será castigado con multa hasta 1.500 shillings, si es propietario o dependiente de la farmacia. Si es mancebo, la pena será de uno a quince días de prisión según las circunstancias”.

(36) Tít. VII, Lib. II.

(37) LEGROS: *Le secret medical*. “Revue de Droit International et de Droit Comparé”. Núms. 2-3, 1958 (Bruylant-Bruxelles), pág. 451 y ss.

(38) Es curioso, la interpretación en el supuesto que el facultativo comprobe el envenenamiento. Si la víctima es el cliente, debe dar cuenta “sur le champ”, pero no si el envenenador es su cliente. Magnífica figura de complicidad.

Excepción general, es el testimonio judicial. “Fuera del Pretorio dice Legros, el médico, no puede, en principio, hablar jamás. En el Pretorio, puede hablar siempre, sin que deba considerarse siempre obligado.” En definitiva, es la conciencia del médico la que debe pesar los intereses en juego, teniendo en cuenta que son secretos, no sólo los hechos confiados como tales, aun implícitamente, sino también las cosas secretas por naturaleza, las relativas a ciertas enfermedades contagiosas, mal venéreo, cáncer, etc.

(39) En 26 de junio de 1935, el Tribunal de Lieja absolvió a un médico acusado de violar el secreto profesional: “... siendo de notoriedad pública en la comarca las aficiones alcohólicas del reclamante...” Es evidente, que lo notorio excluye el sigilo.

(40) Lo que no significa que esto obligue al médico a hablar, ya que el enfermo no siempre mide el alcance de su decisión (vid. LEGROS, pág. 456).

(41) Aunque en determinadas ocasiones obliguen, precisamente, a un más estricto secreto.

(42) Así el art. 97, pág. 2, del Código de Muñoyerro, notablemente acorde con la doctrina belga: “En los libros profesionales y en las publicaciones científicas deben evitarse las menciones en claro o con iniciales, y las determinaciones de circunstancias personales por las que pueda ser conocido el enfermo.”

(43) Creemos que esta rúbrica es de las más lógicamente adecuadas al delito.

El pgi. 3 es conciso y claro: "Todo abogado o mandatario, cirujano, comadrona, farmacéutico o sus respectivos ayudantes, que indebidamente divulguen secretos privados o familiares, que hubiesen conocido con ocasión de su actividad profesional, serán castigados con multa o prisión máxima de seis meses". Cabría preguntarse si se emplea técnicamente la palabra "divulgación", ya que es distinta a revelación (44). El Código exige una actitud inicial ilícita, o cuanto menos, sin justificación.

E) *Grecia*.—Podiera calificarse de modelo el tratamiento del tipo que nos ocupa por el Código penal de 17 de agosto de 1950 (45). El artículo 371, en su primer apartado, dice: "Los ministros del culto, abogados, órganos judiciales de cualquier clase, notarios, médicos, comadronas, enfermeras, farmacéuticos y cualquier otra persona, depositaria de secretos privados conocidos por ella en razón de su profesión o calidad, así como los ayudantes de estas personas, que hayan revelado secretos privados que se les haya confiado en razón de su calidad o profesión, serán castigados con pena pecuniaria o prisión máxima de un año" (46). El p. 2.º consigue una cómoda expresión legal a la cuestión, tan debatida en la doctrina, sobre la extensión de responsabilidad "successio mortis causa": "Se castigará con la misma pena a quien encontrándose por razón de fallecimiento de cualquier persona mencionada en el anterior párrafo, en posesión de documentos o notas pertenecientes al fallecido, y relativos al ejercicio de su profesión o funciones, revelase secretos privados contenidos en estos documentos o notas". La acción es privada. "Sólo podrá perseguirse a instancia de parte". Finalmente, en el párrafo 4.º se recogen las justificantes específicas: "No se considera injusto ni perseguible el hecho, si el culpable obró en cumplimiento de un deber o para preservar un interés legítimo esencial o justificable de cualquier modo, o un interés público o particular del mismo o de un tercero que no hubiese podido preservarse de otro modo". Esta amplitud corresponde lógicamente con la severidad del tipo. La idea de colaboración con la Justicia resulta ínsita sin discusión.

F) *Diechtenstein*.—El Código de 7 de noviembre de 1859 es exacta reproducción, en esta materia, como en la mayor parte de las contenidas en su articulado (47) del austríaco de 1852. El artículo, tam-

(44) Recogemos el precepto finlandés por la traducción francesa de los colaboradores de Ancel.

(45) Empezó a regir el 1 de enero de 1951. El cap. XXII de la P. Especial trata de la violación de secretos: el 370 (secreto epistolar) y el 371.

(46) El precepto se preocupa de encajar la intimidad no sólo dentro de lo expresamente confiado, sino de lo simplemente conocido. No parece autorizado distinguir entre el momento estático o permanente del depósito y el momento dinámico de la revelación, por lo que también la violación de lo visto u oído, no expresamente confiado por el paciente, caerá bajo la sanción.

(47) El Código ha sido notablemente modificado por leyes de 8 de junio de 1898, 1 de junio de 1922, 14 de marzo de 1949 y 11 de abril de 1957.

bién 498, repite la letra del austríaco (48). El 499 castiga con multa la revelación del mancebo y de su principal, el farmacéutico (49).

G) *Luxemburgo y Mónaco*.—El artículo 458 del C. P. luxemburgués de 18 de junio de 1879 está inspirado por el belga de 1867, y, por tanto, al igual que el Código monegasco de 17 de diciembre de 1874, en su artículo 376, reproducen casi absolutamente el precepto francés.

II) *Suiza*.—Cuando en 1891 comienzan los trabajos preparatorios del C. P., la violación del secreto médico se había tipificado ya en algunos cantones (50). Sin embargo, en el de Vaud, hasta la Ley de Organización Sanitaria de 4 de septiembre de 1928, no se consagró el delito. Hubo dificultades para la aprobación del artículo 321 (51), que dice así: "1.º Los eclesiásticos, abogados, notarios, médicos, dentistas, farmacéuticos, comadronas, así como sus auxiliares, que hubiesen revelado un secreto que les ha sido confiado en virtud de su profesión, o del que tenían conocimiento por el ejercicio de ésta, serán castigados, siempre que exista denuncia del perjudicado, con pena de prisión o multa. Serán igualmente castigados los estudiantes que revelasen un secreto conocido con ocasión de sus estudios. 2.º La revelación seguirá siendo castigada aun cuando el detentador del secreto ya no ejerza la profesión o haya terminado sus estudios. La revelación no será castigada si ha sido realizada con el consentimiento del interesado o cuando, mediando propuesta del detentador del secreto, la autoridad superior o la de vigilancia le hayan autorizado por escrito. 3.º Se reservan las disposiciones de la legislación federal o cantonal, cuyos estatutos obligan a informar a la autoridad o a testificar en justicia" (52).

(48) "Revelaciones de los secretos de los enfermos."

(49) Ambos preceptos se encuentran considerados como delitos contra el honor.

(50) Valais (art. 286 C. P. 4-IV-1857), Ginebra (378 C. P. 21-V-1873), Friburgo (410 C. P. 30-I-1866), Neuchatel (352 C. P. 12-II-1891), etc.

(51) Vid. HEIM: *Op. cit.*, pág. 13 y ss., sobre la Memoria a la Sociedad de Médicos de Basilea, hecha por el profesor Jacquet, en contra de la opinión del doctor Morax: "El secreto médico absoluto paraliza la iniciativa del médico y compromete los intereses de la higiene pública. Hace tan difícil la conducta a seguir, que frecuentemente el médico es perseguido sin que haya pensado que infringía la ley."

(52) La Ley de Procedimientos Federales Penales de 15 de junio de 1934, así como la de Procedimiento Civil de 22 de marzo de 1850 hacen imperar el respeto al secreto sobre el respeto a la represión del crimen, lo que naturalmente goza en la doctrina helvética de abundantes críticas. Sólo el art. 286 del Código de Procedimiento Penal de Vaud admite el testimonio en justicia sin trabas, y la denuncia en caso de delitos; pero como lo hace siempre que medie la condición, más o menos dudosa en general, de que el médico haya sido relevado del secreto por el propio interesado, es letra muerta en la medida que pudiese resultar de utilidad para la defensa social.

Heim opina que los requisitos exigibles por el tipo son que el secreto sea confiado o sorprendido y revelación intencional (53).

A continuación, en forma breve (54) ojearemos los antecedentes españoles, con el fin de seguir, en lo posible, una línea histórica correcta que aclare algunos Códigos iberoamericanos respecto de las fuentes.

*España.*—Salvo los juramentos hipocráticos de las hornadas galénicas de Alcalá, Salamanca, Granada, etc., no hay, que sepamos, precepto legislativo hasta el Código de 1822 (55). Cuando el 9 de julio comienza legalmente a desarrollar su vigor (56) recoge el ejemplo napoleónico como “Delito contra la Fe Pública” (57). Se redactó así el famoso 424:

“Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadrones, matronas, cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año y pagarán una multa de 30 a 100 duros.”

Hasta aquí pudieran crearse problemas mínimos, no sólo porque no existen preceptos procesales criminales de tal rango y claridad que

(53) HELM: *Op. cit.*, pág. 43.

(54) No hay en realidad documentos históricos sobre la materia.

(55) Es curioso notar, sin embargo, que así como en la mayor parte de las codificaciones y doctrinas, la obligación legal de informar o denunciar se produce para atemperar la “histeria profesional” a la defensa social, en nuestro país, setenta años antes del artículo positivo, ya se prevé la importancia funcional del médico como colaborador de dicha defensa social, no penal en este caso, sino administrativa. En efecto, según la Ordenanza Real de 6 de octubre de 1571, adicionada por la de 23 de junio de 1572, venían los médicos obligados a dar cuenta a la Justicia, en cualquier pueblo donde se hallare el facultativo, de los que han padecido enfermedades contagiosas, luego que se verificase su muerte, bajo la pena, por primera vez que no lo hicieren, de treinta días de cárcel, y por la segunda, de cuatro años de presidio. Igualmente, debían dar cuenta al Alcalde de Barrio, “bajo la pena, la primera vez que lo dexen de hacer, de doscientos ducados, y por la segunda, cuatro años de destierro y cuatrocientos ducados de multa”.

De todos modos no parece posible ignorar, dado que se conocía, cuando menos teóricamente, y por inherencia a la profesión, lo conveniente de guardar el secreto, existiendo la amenaza de sanciones impuestas por los Consejeros del Protomedicato, quienes según las Reales Cédulas de 12 de abril y 16 de mayo de 1737, tenían jurisdicción privativa referente a todos los delitos o excesos que por razón de oficio cometieran los médicos, barberos, etc., así como los intrusos.

(56) Prescindiendo de si llegase o no a ser auténticamente aplicado debido a los brotes paranoicos del “Rey de las Caenas”.

(57) El Capítulo VI del Tít. V, se titulaba: “De los que violen el secreto que les está confiado por razón de empleo, cargo o profesión pública que ejerzan y de los que abran o supriman indebidamente cartas cerradas”.

No es el delito que nos ocupa, precisamente, uno de los que debieron mover a la crítica moderna a alabar la sistemática de los entusiastas codificadores del trienio constitucional.

permitan la interpretación "inter pares" (58) sobre el alcance de las obligaciones legales, sino porque las profesionales quedan, que sepamos, casi limitadas a las Ordenanzas transcritas en la nota 55.

El legislador se va limitando a copiar el 378 de Napoleón. Pero no queda satisfecho y sigue diciendo: "*Si la revelación fuera de secreto que pudiera causar a la persona que lo confió alguna deshonra, odiosidad, mala nota o desprecio en la opinión pública, sufrirá el reo, además de la multa expresada, la reclusión de uno a seis años. Si se probare soborno, se impondrá además la pena de infamia al sobornado y no podrá volver a ejercer aquella profesión u oficio; el sobornado sufrirá arresto de un mes a un año*". Magnífica carta de impunidad para la no colaboración con la justicia. Con la segunda invasión francesa y el restablecimiento del Terror fernandino, se barre el simpático Código del 22. Al refundirse bajo Narváez el de 1848, se adopta una fórmula amplia en el artículo 284: "El empleado público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular los descubriere, incurrirá en la pena de suspensión, arresto mayor y multa de 10 a 100 duros. En las mismas penas incurrirán los que ejerciendo alguna profesión que requiera título revelaren los secretos que por razón de ellas se les hubiese confiado."

Aquí termina la historia penal del tipo. Hasta los últimos años no se vuelve a pensar en el problema, con excepción de la monografía de Royo Villanova (59). En 1944, Benzo insiste sin gran eco (60). Las protestas por el vacío, aunque aisladas, ya procedían de Groizard, cuando quedó sin sanción la figura en 1870 (61).

Con el intermedio del Código de 1928, la legislación general sigue en silencio. La reglamentaria en 1945 define el secreto médico como veremos, y otorga normas para su observancia profesional (62). Finalmente, el doctor Luis Alonso Muñozerro ha articulado, con absoluta y precisa juridicidad, en artículos 91 a 100 del Código de Deontología, toda una verdadera teoría del secreto.

#### IBEROAMERICANOS

A) *Bolivia*.—El artículo 315 del C. P. de 6 de noviembre de 1834 es exacta repetición del español de 1822 (63).

B) *Dominicana*.—Reproduce el artículo 377 del C. P. de 20 de agosto de 1884, el 378 del Código de Napoleón. Es igual el de

(58) Vid. Jiménez Asenjo. D. Procesal Penal (Ed. Rev. D. Privado. Madrid), págs. 53 y ss. T. I., sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Criminal de 1821.

(59) "El secreto médico profesional". Zaragoza, 1924.

(60) "Responsabilidad profesional del médico". Escelicer. Madrid, 1944.

(61) Según Díaz Palos. Op. cit., pág. 300.

(62) Orden del Ministerio de la Gobernación de 8 de septiembre de 1945.

(63) El alambicamiento liberal del precepto hace sufrir al tipo por su detallismo, lo que puede decirse de los artículos que barajan al médico con otros profesionales (sacerdotes, abogados, etc.). El facultativo tiene el deber de curar

C) *Ecuador*, bien que no cite a los oficiales de sanidad y distinga la obligación legal de denunciar y la de testimoniar en juicio (64).

D) *Nicaragua*.—El C. P. de 18 de diciembre de 1891 se ocupa de la revelación de secretos en artículos 253 a 256 (65). Este último dice: “*Sufrirán inhabilitación especial en segundo grado y multa de 25 a 30 pesos los abogados, escribanos, médicos, cirujanos, parteras o comadronas que revelen los secretos que se les confíen por razón de su profesión, salvo cuando la Ley les obligue a revelarlos. Si de la revelación desautorizada resultare daño al particular, la multa podrá elevarse hasta 500 pesos a favor de la parte damnificada, y cuando el culpable no tenga título profesional sobre que recaiga la inhabilitación, se castigará con arresto mayor en segundo grado y la multa expresada.*” Aborda, como vemos, el problema del intrusismo. Además, prevé el perjuicio potencial y consecüente, indemnizando, con originalidad no exenta de clásico criterio retribucionista, al ofendido con la sanción penal del ofensor.

E) *Paraguay*.—Según el artículo 288 del C. P. (66): “*El abogado, procurador, médico, cirujano, partero o funcionario público que revelare un secreto, confiándole por razón de la profesión o cargo que ejerce, del que pudiera seguir grave perjuicio al confidente agraviado o a su familia, sufrirá multa de 800 a 3.000 pesos, según la gravedad del daño, e inhabilitación profesional hasta de dos años.*”

El artículo 290 exige la querrela del interesado, haciendo la salvedad de que si el infractor es funcionario público la acción es igualmente pública. Parece deducirse un doble requisito que limita el alcance: a) Perjuicio grave. b) Confidencia expresa (67).

lacas corporales y no defender o juzgar fallos morales ni sociales. Las dos agravaciones específicas del Código del 22 desaparecerían caso de exigirse el dolo al violador.

(64) Dice el art. 259 del C. P. ecuatoriano de 22 de marzo de 1938: “*Los médicos, cirujanos, farmacéuticos, obstétrices o cualquier otra persona, depositaria, por su estado o profesión, de los secretos que se les confíe, y que fuera del caso en que son llamados a declarar en juicio o cuando la ley les obligue a hacer conocer dichos secretos, los hubiesen revelado, serán reprimidos con prisión de uno a seis meses y multa de 50 a 100 sucres (cap. VI, “Del prevaricato”; tít. III, “Delitos contra la Administración Pública”; lib. II, “Delitos en particular”).*”

(65) El art. 256 se halla camuflado en rúbrica que no le comprende, ya que el tít. VI (lib. II, “Delito y penas”) está para “*Delitos peculiares a los empleados públicos*”.

(66) C. P. de 22 de febrero de 1910. El art. 288 se encuentra dentro del cap. X, “... *Contra las garantías constitucionales*”, del libro II.

(67) El considerar este delito como lesión de garantías constitucionales, valora en exceso la relación existente entre la intimidad y la función terapéutica, pues si el derecho a ser curado es natural y respetabilísimo de todo punto, no hay todavía doctrina suficiente para considerarle como constitucional. Y aunque así fuera, el delito constitucional lo supondría la denegación de auxilio por el médico, pero no la violación del secreto.

F) *Perú*.—Artículo 363 del C. P. de 28 de julio de 1924: “*El que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de secretos cuya publicación pudiese causar daño, los revelase sin consentimiento del interesado, o sin que la revelación fuese necesaria para salvaguardar un interés superior, será reprimido, por acción del perjudicado, con prisión no mayor de dos años, o multa de su renta de tres a noventa días, e inhabilitación, conforme a los incisos 1.º y 3.º del artículo 27, por no más de tres años. Están especialmente comprendidos en esta disposición los eclesiásticos, abogados, apoderados, notarios, médicos, farmacéuticos, los auxiliares de estas personas y las parteras. También están especialmente comprendidos los estudiantes de Medicina que conocieren algún secreto con ocasión de sus estudios.*”

No es necesario comentar la diestra conjunción que se observa entre la enjundia clásica y las exigencias técnicas modernas. La colocación geográfica en el Código, así como su rúbrica, satisface las exigencias jurídicas normales, puesto que el artículo 363 forma parte de la Sección X, “Delitos contra los deberes de la función y los deberes profesionales”, y la rúbrica del Título VIII (del libro II, “Delitos”) es “Violación de los secretos” (68).

\* \* \*

Con el examen del Código del Perú, pasamos a aquellos otros que implícitamente contienen la infracción medical dentro de la revelación general (69).

## CODIGOS QUE IMPLICITAMENTE RECOGEN LA INFRACCION DENTRO DE LA REVELACION DE SECRETOS EN GENERAL

### EUROPEOS

A) *Bulgaria*.—El artículo 163 (70) dice: “*El que contrariamente a la Ley publicare el secreto ajeno, atentando a la buena reputación de una persona, secreto que le ha sido confiado o que conoció por el*

(68) Sólo cabría objetar que resulta mucho más amplia la rúbrica de la sección que la del título VIII.

(69) El C. P. de la antigua Zona Internacional de Tánger, en su art. 179, reproducía el precepto del 378 de Francia. Pudo observarse el problema de hecho, que si bien el C. P. obligaba en justicia a todos los residentes, la multiplicidad de nacionalidades en los facultativos y la dispar legislación nacional sobre el secreto médico, provocaban dudas sobre el sometimiento del facultativo a la *lex locis*. Hasta cierto punto, y respecto de los peritajes o testimonios, se admitió la costumbre de que el presidente del Tribunal de J. I. relevase a los profesionales inquiridos del secreto.

(70) El C. P. de la R. P. de Bulgaria reforma en 1951 el antiguo Real de 1896. En el apartado V de la parte especial, y bajo el título “Delitos contra los particulares”, trata de la violación de secretos ajenos (núm. 7 del apartado).

*ejercicio de su profesión, será castigado con privación de libertad hasta de un año de trabajo correctivo.*

Cautelosamente, se intenta apuntar el dolo específico. Además, admite el contacto del agente con el sigilo, bien directamente, por comunicación o por simple observación.

B) *Dinamarca*.—Para el legislador danés de 1 de enero de 1933, esta figura es “Atentado contra la paz y el honor de las personas”. El artículo 263 castiga con multa o detención simple (71) al que “atentare contra la paz de otro...”. “... 2.º) *Los que desempeñando o habiendo desempeñado una función o misión pública, o ejerciendo o habiendo ejercido una profesión en virtud de nombramiento o autorización pública, así como sus colaboradores, cuando revelen los secretos pertenecientes a la vida privada que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de su actividad, a menos que hayan sido obligados a realizar una declaración en este sentido, o que hubiesen actuado en beneficio de una justificada salvaguardia del manifiesto interés general, de sus propios intereses personales o de los de otra persona.*”

Los requisitos, por tanto, pueden reducirse a cuatro: a) Titulación del agente o colaboración calificada. b) Rompimiento del sigilo cuyo contacto se produce en el ejercicio de la profesión titulada presente o pasado. c) Ausencia de compulsión. d) Idem de justificación (72).

C) *Holanda*.—El artículo 272 (73) castiga a “... *el que revelare intencionadamente un secreto que se halla obligado a guardar en razón de su función o profesión que ejerza actualmente o que haya ejercitado, será castigado con prisión de seis meses, como máximo. Si el delito ha sido cometido en perjuicio de persona determinada, sólo se perseguirá por denuncia de ésta.*”

D) *Islandia* (74).—El artículo 230 señala: “*El que ejerciendo o habiendo ejercido un cargo o profesión, por nombramiento, autorización u homologación pública, desvele secretos pertenecientes a la vida privada ajena que hayan llegado a su conocimiento en el ejercicio de*

(71) Máximo de seis meses.

(72) Secuela reciente del concepto danés es la estructura que el art. 68, núm. 3, de la Ley Penal de Groenlandia de 5 de marzo de 1954, otorga a la violación del secreto médico-profesional. Tiene una buena distinción entre la vida privada y la vida íntima y destaca un amplio arbitrio judicial.

(73) Código de 1 de septiembre de 1886. Título XVII (“Violación de secretos”) del libro II (“Delitos”).

(74) El C. P. islandés se inspiró, en 1869, en el danés de 1866. Al quedar anticuado, en 12 de febrero de 1940 se publica un nuevo Código Penal que contiene importantes modificaciones y que a su vez se nota influido también por el danés de 1933. En relación con el capítulo XXV, se ha sustituido el término del danés (“Atentados contra la paz y el honor de las personas”) por “Atentados contra la paz y el honor de la vida privada”, que para el concreto problema que nos ocupa posee una mayor concentración.

su actividad, será castigado con multa o detención simple.” “Se consideran incurso en la misma sanción a los colaboradores de las personas mencionadas que cometan actos similares en el ejercicio de sus actividades.”

E) *Italia*.—El artículo 622 se titula especialmente “Revelación del secreto profesional” (75): “El que habiendo conocido por su estado o su función, por su profesión o por su arte, un secreto, lo revele sin justa causa o lo utilice en su provecho personal o en provecho de otro, si el hecho es susceptible de causar daño, será castigado con pena de reclusión máxima de un año o con multa de 300 a 5.000 liras (76) Sólo es punible el delito mediante denuncia del ofendido.”

Cabe observar que el precepto castiga no solamente la revelación, sino también una apropiación especial del secreto para el provecho propio o ajeno, aunque en este caso no exista revelación. Parece referirse aquí el Código italiano a una figura típica de “chantage” (77). El peligro que representa la admisión del daño potencialmente, es manifiesto. Distinto totalmente es que el hecho revelado cause daño a que lo suponga la mera revelación o indiscreción medical.

F) *Polonia*.—El capítulo XXXVII de la Parte especial del C. P. polaco de 1932, hoy ligeramente modificado, se refiere a la violación de secretos. Contiene un artículo, el 254, con cuatro párrafos que se redactan con claridad.

“Cualquiera que revele, contrariamente a su deber, un secreto privado del que haya tenido conocimiento con ocasión de su profesión o de su función pública, será castigado con reclusión menor de dos años o prisión menor a dos años.

Dicha infracción puede cometerse igualmente por la persona que ayude a alguien en el ejercicio de una profesión o función pública.

No hay infracción si la revelación ha sido en el interés público o privado justificado.

La persecución se ejerce por requisición del ofendido” (78).

(75) Sección V: “Delitos contra la individualidad de los secretos” del capítulo III, “Delitos contra la libertad individual” del tít XII (“Delitos contra las personas”) del libro II (“Delitos en particular”).

(76) Por disposición de 21 de octubre de 1947, la multa se eleva a la cuantía comprendida entre 2.400 y 40.000 liras.

(77) La jurisprudencia italiana ha entendido por “estado” una condición individual, social y habitual de la persona, ofreciendo servicios personales o prestaciones reales, sin que forzosamente hayan de ser remuneradas, mientras que profesión o arte es toda forma de actividad individual, habitual y remunerada (aquí es donde se comprenden los médicos, cirujanos, etc.). Igualmente son secretos para la jurisprudencia aquellos hechos o cosas, no conocidos, que provienen de la intimidad de una persona, y que, en razón de su naturaleza, de la voluntad del enfermo o de sus intereses, no deben ser comunicados a otros. Para el Código italiano, es indiferente que el enfermo haya confiado voluntariamente el secreto o que haya sido sorprendido. (Confront.: T. Milano, S. 25-VI-1931; Foro italiano 1932, pág. 1489; id. Corte Regno: S. 4-VI-1934; Foro italiano 1935, pág. 1801. Citada por HEIM: *Op. cit.*, pág. 28.)

(78) El C. polaco aparta decididamente el problema de distinción entre

## AMERICANOS

Δ) *Argentina*.—No entraremos en la evolución histórica y legislativa de este país, uno de los que más hondamente se preocupan del secreto médico, a partir, sobre todo, de la actividad del célebre médico forense Nerio Rojas. Tampoco examinaremos las interesantes polémicas de los codificadores, respecto a la figura. Muy completamente puede estudiarse en Molinario (79) y en Asúa (80).

El C. P. argentino de 1886, en su artículo 165, consagraba un eclecticismo que dió origen a fácil evasión de letra y espíritu, duro realmente por invertir la excepción, haciendo de ella la regla general (81). El Código de 1921, en su artículo 156, dice: “Será reprimido con multa de 200 a 1.000 pesos e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años; el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa” (82).

El problema batallón argentino con relación al 156, que por su trascendencia puede aplicarse a cualquier otro ordenamiento, es el de quién sea el portador o dueño de la decisión sobre la justa causa.

Nerio Rojas, en doctrina aproximada a Rodolfo Moreno y a Rivarola, llega a la conclusión, interpretando la Ley, de admitir en el médico el doble derecho de denunciar o callar, según su conciencia.

la confidencia y la observación. Es quizá el que con mayor amplitud comprende a los colaboradores, pues el mero “ayudar” abarca una extensa zona de personal.

(79) ALFREDO J. MOLINARIO: *El secreto profesional de quienes ejercitan el arte de curar y la obligación de denunciar delitos* (“Rev. D. Procesal”. Ediar. B. Aires, II, núm. 4, 1944, págs. 398 y ss.).

(80) *Tratado*, t. IV, págs. 413 y ss.

(81) Art. 165: “Los médicos, cirujanos y demás personas que profesen el arte de curar, harán conocer, dentro de veinticuatro horas, o inmediatamente en caso de grave peligro, los envenenamientos y otros atentados personales, cualquiera que sean, en los que hayan prestado los socorros, al juez competente, al M. Fiscal o a los funcionarios de Policía; bajo las represiones establecidas en la Ley Penal. En esta declaración se indicará dónde se encuentra la víctima y, en cuanto fuere posible, los nombres y demás circunstancias que puedan importar para la averiguación de los delinquentes.”

Art. 167: “Se exceptúan de lo dispuesto en los anteriores artículos el caso en que las personas mencionadas hubieren tenido conocimiento del delito por revelaciones que les fueron hechas bajo el secreto profesional.”

Vemos que la peligrosa excepción del art. 167 podía servir para burlar la lógica y justa previsión del art. 165, que se refería sólo a “envenenamientos o atentados personales”.

(82) Hay gran diferencia entre el tratamiento del Código actual y el anterior. Antes, cuando el médico, aun en presencia de atentado o envenenamiento, denunciaba el hecho habiendo mediado exigencia del secreto, no podía afirmarse que violara el Código, sino que realmente no utilizaba la excepción. Se considera luego que al omitir dicha excepción concedida, debe ser sancionado. Así, antes si ligado por el secreto, el facultativo denunciaba, o b r a b a injustificadamente, a pesar de no venir penado. En el 156, por el contrario, viniendo obligado a silenciar, si lo denuncia mediando justa causa, su postura es correcta. (En este sentido, el recordado Alsina, en el debate de la Sociedad Argentina de Criminología de 28 de agosto de 1944. Citado por Molinario.)

Por el contrario, el profesor Molinario (83), brillantísimamente, y tras detallado análisis de la evolución legislativa y de la fórmula legal, tanto sustantiva como rituaría, opina que sólo se exime el profesional de la obligación legal de denuncia cuando ha mediado promesa explícita de guardar el secreto (84). En la misma línea, Mario Mallo, no cree deba dejarse al subjetivo criterio del médico la calificación sobre la justa causa que obligue a denunciar o a romper el secreto, ya "que no se puede ser juez y parte al mismo tiempo" (85). Cree Asúa que de todos modos se ha exagerado notablemente este aspecto del problema entronizando el secreto profesional. Pero para el maestro es, a pesar de todo, necesario esclarecer si se trata de una facultad de revelar el secreto —excepción hecha de los casos en que la Ley impone romper el silencio— o si, por el contrario, renunciando al excesivo subjetivismo, hay que someter el descubrimiento de estos secretos a las "normas objetivas" que deben regir el conflicto de intereses, es decir: El estado de necesidad (86). Sin embargo, una sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional ha sugerido acertadamente la consagración de lo objetivo y del interés público (87). Sencilísimo

(83) *Op. cit.*, pág. 426.

(84) Es de lamentar que el excesivo ajuste a la interpretación de la Ley argentina no haya conducido al ilustre profesor de La Plata a la conclusión de abogar plenamente por admitir sin reservas la obligación legal de denunciar, máxime cuando con el relato de un apasionante caso de defensa, representando a un médico, sobre presunta omisión del deber de denuncia en accidente de trabajo, reconoce Molinario con admirable hidalguía que la generalización del criterio que sustentó ante el Tribunal "podría conducir a la impunidad de verdaderos y propios descubrimientos punibles" (vid. *op. cit.*, pág. 415).

(85) *Código Penal Comentado*. Buenos Aires, t. II, pág. 353. Sin embargo, la jurisprudencia argentina ha seguido una línea casi constante en el sentido de amparar la libertad de conciencia del médico para declarar lo que sea a su juicio objeto del secreto. (Así, SS. Corte de Casación de 14 de junio de 1937 y 23 de noviembre de 1934.)

(86) Asúa juzga que se ha olvidado en la doctrina y jurisprudencia argentina que "la justicia de la causa por la que se revela, plantea la cuestión en el plano rigurosamente objetivo de la antijuridicidad, y de los motivos que la exciuyen (causas de justificación), penetrando de excesivo subjetivismo todo el tema del secreto profesional. En este sentido cita Asúa la frase de Gómez, parécida a la de Rojas, sobre que no puede haber más juez, respecto a la naturaleza secreta del hecho, que el propio médico (vid. *Tratado*, t. I, págs. 413 y ss.). Insiste el ilustre catedrático sobre el problema de la justa causa en págs. 416-17, donde analiza las opiniones de Eusebio Gómez, del tan citado Nerio Rojas, de José Belbey, Raúl C. Vigliani, Sebastián Soler y el profesor mejicano Ceniceros. Ahora bien, el problema no creemos pueda resolverse con simples exactitudes sobre la corrección de la técnica. Nos encontraríamos que el médico dejaría de ser juez de la justa causa para pasar a serlo del estado de necesidad objetivo, salvo que se pudiese facultar al magistrado para obligar a la revelación.

(87) "Que si bien, como regla profesional, puede ser acertada la recomendación de guardar el secreto, sobre todo de los hechos cuyo conocimiento haya adquirido el médico en el ejercicio de la profesión, no sucede igual desde otros puntos de vista, y menos del que se desprende de nuestras leyes penales, que establecen que el INTERÉS DEL ORDEN PÚBLICO DEBE PRIVAR sobre toda otra consideración particular, ya que se refiere a la extensión del secreto mé-

y adecuado camino a seguir, tan velado con el cendal de la técnica y con las protestas de perfección y autonomía.

Según Mario Mallo (88) los requisitos del 156 son: a) Que el secreto haya llegado a conocimiento del profesional en razón del ejercicio de estado, oficio, profesión, empleo o arte. b) Que la revelación cause un daño o sea susceptible de causarlo. c) Que no exista justa causa.

Finalmente, observa Mallo que no es necesario el requerimiento expreso de la guarda del secreto, por ser tácita esta obligación.

Hay que notar que, aunque la doctrina siga fluctuando sin hallar, la panacea que contente por doquier no puede dejar de admirarse la profunda preocupación de los juristas argentinos por armonizar el artículo 156 con el 165 del Código de Procedimiento Penal, y de sus exposiciones se desprende la más abundosa y honrada doctrina sobre esta materia en los derechos hispánicos.

B) *Brasil*.—La Ley Penal brasileña (89) pena en su artículo 154 “con detención de tres meses a un año o multa de un conto a diez contos de reis a todo aquel que revelase sin justa causa un secreto de que tenga conocimiento en razón de su cargo, ministerio, oficio o profesión, y cuya revelación pueda causar un daño a tercero”. El delito sólo es perseguible a instancia de parte.

C) El artículo 307 del C. P. colombiano (90) dice: “El que teniendo conocimiento, por razón de su profesión, arte u oficio, de un secreto, lo revele sin justa causa, incurrirá en arresto de tres meses a un año, y suspensión para ejercer tal profesión, arte u oficio por el mismo tiempo”.

D) *Costa Rica*.—También es, en el Código de 21 de agosto de 1941 un delito contra la libertad (91), recogido en el artículo 256: “Se impondrá la pena de 200 a 600 colones, y además la de inhabilitación para el ejercicio de cargos u oficios públicos o de profesiones tituladas, en su caso, al que teniendo noticia, por razón de su estado, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño y

---

dico con relación al delito, a la obligación de denunciar y a los casos en que esta obligación no existe y en que están dispensados de testificar.” (Citada por GÓMEZ: *Tratado*, t. III, pág. 443, y recitada por ASÚA: *Tratado*, t. IV, página 420.)

(88) MALLO: *Op. cit.*, pág. 353. Confront. supra opinión de Molinario.

(89) De 7 de diciembre de 1940 (tít. I, “Delitos contra las personas”; cap. VI, “Delitos contra la libertad individual”; sección 4.ª, “Delitos contra la inviolabilidad de los secretos”).

(90) Código Penal de 14 de diciembre de 1936: Capítulo V, “De la violación de secretos”, del título XI, “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, del libro II.

(91) Capítulo III, título IV.

que no consista en un plan o conspiración para delinquir, lo revele sin causa que justifique su conducta" (92).

E) *México*.—Los artículos 210 y 211 (93) tipifican la violación del secreto. El primero castiga con multa de 5 a 50 pesos o prisión de dos meses a un año, *al que sin justa causa, con perjuicio de alguien, sin consentimiento del que pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada, que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto*. Pero los médicos van a comprenderse en el artículo siguiente, que supone agravante específica dentro de esta figura, y que dice: "*La sanción será de uno a cinco años, multa de 50 a 500 pesos y suspensión de profesión, en su caso, de dos meses a un año cuando la revelación punible sea hecha por persona que presta servicios personales o técnicos, o por empleado público, o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial*" (94).

F) *Uruguay*.—Siguiendo la línea más utilizada, para el Código de 4 de diciembre de 1933 es un delito contra la libertad (95). El artículo 302 se titula "Violación del secreto profesional", y dice: "*El que, sin justa causa, revelare secretos que hubiesen llegado a su conocimiento, en virtud de su profesión, empleo o comisión, será castigado, cuando el hecho cause perjuicio, con multa de 100 a 2.000 pesos*".

G) *Venezuela*.—Según el artículo 190 del Código de 1926, "*El que teniendo conocimiento, por razón de su estado, profesión, arte u oficio, de algún secreto cuya divulgación pueda causar algún perjuicio, lo revela, no obstante, sin justo motivo, será castigado con prisión de cinco a treinta días*" (96).

De todo lo examinado hemos de concluir que el tipo discutido no es figura caprichosamente arrastrada del escondrijo de alguna ley exótica, ni hallada casualmente en sus ángulos recónditos. Puede afirmarse la existencia de un solidísimo conjunto legal, que no degrada

(92) La antítesis jurídica que plantea es inútil, pues se representa difícil que la divulgación de una conspiración delictual pueda causar daño.

(93) El título XI de la parte especial del C. Penal de 13 de agosto de 1931 se refiere a la revelación de secretos y comprende un único artículo, igualmente titulado.

(94) El Código mexicano conserva los clásicos requisitos de injustificación y resultado de perjuicio. Pero introduce uno, importante, que es el de exigir la falta de consentimiento del interesado. Por tanto, aparta la discusión doctrinal sobre si seguirá siendo delito la revelación, aun con el consentimiento del sujeto pasivo.

(95) Título XI: "Infracciones contra la libertad". Capítulo III: "Contra la inviolabilidad de los secretos".

(96) Si en el uruguayo se exigía el resultado, aquí basta con el perjuicio potencial. Valora acertadamente el Código de Venezuela, la revelación, como etapa anterior a la divulgación.

la importancia del delito con la realidad de contradicciones y retrasos en algunos de estos exponentes legales. En general, se le considera como un delito contra la libertad; para algunos Códigos se trata de atentado contra el honor y la paz de las personas, sin faltar los que llevan el tipo a alturas insospechadas como lesión a las garantías constitucionales o a la Administración Pública, y para alguno, como el peruano, más modesto y exacto, es delito contra los deberes de la función y los profesionales. En el particular detallismo de cada legislador hemos podido ver cómo se ha matizado de tal forma que poco le queda por inventar al puro bizantinista que lo deseara. El Código búlgaro protege la buena reputación; la Ley de Groenlandia distingue entre vida privada y vida íntima, y las de Grecia y Alemania han previsto las extensiones sucesorias y las de los colaboradores, sin olvidar al estudiantazgo, como también lo hace el del Perú (97).

Legros, después de subrayar la evolución jurisprudencial de Francia y Bélgica, que marchó, desde el secreto absoluto a la concepción relativa, afirma con notorio pesimismo: "La evolución de la Medicina moderna, la de las ideas, han provocado, a propósito del secreto médico, un verdadero malestar intelectual". Y sigue: "Los mejores autores no han cesado de afirmar que se encuentra esta materia en presencia de un problema inextricable" (98).

Estas afirmaciones son incontrovertibles si atendemos a la línea doctrinal que se ha seguido. Consumidos momentos larguísimos y pedazos de legislación inestimables, invocando siempre los derechos del paciente y los sacratísimos del médico (99). Resulta desesperante

---

(97) No podría, sin embargo, decirse que cualquiera de ellos, aun los más completos, no adolecen de alguna posibilidad de discusión y crítica. Menos achacable al legislador que a la constante manía de reclamar prebendas y honores profesionales y de ver contradicciones con el eterno problema de la comparencia en justicia. Diagnosticando certeramente, lo pone de relieve Molinario, cuando dice: "La cuestión no ha sido siempre considerada en forma autónoma. Se la vincula con la obligación de testificar ante los Tribunales, y esta confusión de problemas—por desgracia demasiado generalizada—no ha favorecido la labor de quienes emprenden la tarea de resolverlos" (MOLINARIO: *Op. cit.*, pág. 398).

(98) ROBERT LEGROS: *Op. cit.*, pág. 451.

(99) Ello es perfecto. Así, puede decir el profesor Rodolfo Rivarola, a mediados del pasado siglo: "Ningún interés puede bastar para imponer, a los que dedican su vida al ejercicio de una profesión noble, la obligación legal de violar las reglas de lealtad e hidalguía, presentes siempre en la conciencia del hombre honrado" (RIVAROLA: *Exposición y crítica del Código Penal*. Buenos Aires, Lajouane, 1850, pag. 561. Citado por MOLINARIO: *Op. cit.*, pág. 407). Exacto. Y por todo ello, por la noble profesión de hombre honrado y por su hidalguía, el médico irá a curar, con idéntica nobilísima unción, al asesino herido por la Policía, al atracador que ametralló pacífica muchedumbre o al conductor borracho que ha provocado una hecatombe. Y al coincidir en el Juzgado o Comisaría con los cadáveres de las víctimas o con los desesperados familiares, se felicitará con amable complicidad de que el secreto profesional le impida revelar el lugar del escondrijo del criminal, "porque ningún interés puede bastar para imponer a su noble profesión la obligación de violar su lealtad e hidalguía".

que aún hoy se olviden los deberes y no se piense más que en los derechos. El delincuente tiene el derecho de defenderse, pero correlativamente el deber de soportar la terapéutica de la pena penal. El médico tiene el derecho de defender su deber de sigilo, pero también el de consagrar "su admirable profesión, no sólo al enfermo, sino también al común social (100).

## LOS ELEMENTOS DEL DELITO MATERIALES Y FORMALES

### A) EL OBJETO DEL HECHO PENAL

En su inspiradísima creación *Estructuras de responsabilidad punible*, Marcial Fernández Montes, con ocasión de enfrentarse una vez con Ticio (su Simón de Cyrene), limita el diálogo del justiciable y la Justicia por razón del "inabordable reducto en el que ya Ticio no importaba propiamente a la relación concreta —existencial— de un hombre con los demás existentes" (101). La Justicia omnísuperior, que puede entrar en las almas (102), se detiene ante una intimidad permisible, a la que no tiene razón de llegar. Y es que la esfera de la

---

(100) El médico no es juez de Instrucción ni policía, se arguye. Tampoco estos funcionarios son médicos y jamás se ha permitido que un asesino o delincuente cualquiera enferme o agonice bajo su jurisdicción sin poner los remedios precisos. No es igual, se objetará. A poco que se piense, es absolutamente igual. Y aunque la mayoría de los Códigos admite la justa causa en la violación del secreto, sigue, por desgracia, la polémica sobre si el deber legal de denunciar los delitos sea constitutivo de justa causa. Luego veremos la perfecta expresión que adquiere este aserto en el art. 98, núm. 3, del Código Deontológico Muñozerro.

En pocas doctrinas, se habrá visto el problema con la sencillez y lógica que en Inglaterra. Y es que pesa mucho el respecto intercudadano y la veneración por los Tribunales de Justicia. Si insistimos, en colación forzada, con una de las partes del problema que es la de la comparecencia en Justicia, es porque desgraciadamente, ha servido como arma, en nombre de valores sacrosantos, para bastardear uno de los más claros aspectos de la cuestión. Toda esa maraña que ve Legros, ha sido motivada por las germenías cuando se solicita la declaración del médico. Afortunadamente, en nuestro país no se produce el problema merced a la redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero no es plenamente satisfactoria la solución, debido a la omisión del delito contrario en el Código Penal. Pues bien, en Inglaterra, algunos médicos, reclamaron el privilegio de no contestar a ciertas cuestiones, fundándose en que habían llegado a su conocimiento por comunicaciones privadas y confidenciales de sus enfermos. Un ilustre forense, que fue, Taylor, le contesta así: "La Ley, no concede privilegio alguno de esta naturaleza a los miembros de la profesión médica. La única excepción es que la respuesta pueda incriminar al testigo, pues nadie está obligado a declarar contra sí mismo". (A. S. Taylor. *Traité de Medecine Legale*. París, 1881, pág. 29.)

(101) Aguilar, Madrid, 1957, pág. 63.

(102) Es curioso notar en este momento, como Federico PUIG PEÑA, op. cit., página 304 señala el interés del secreto médico al conectarse con el problema del narcoanálisis.

intimidad ha de respetarse, cuanto más si a ella se arriba, en virtud de una misión, sagrada para el médico e imprescindible para el enfermo, envuelta para y de por sí en la necesidad de descubrir toda la intimidad que al doliente rodea. (103). No quiere decirse con esto que se base el deber de sigilo en la famosa frase de que el enfermo no tiene más remedio que acudir al médico (104). Como tampoco es cierto, y bien lo señala Mallo, que se consulte al facultativo para hacerlo depositario de un secreto (105).

Hay una razón de necesaria profesionalidad en el deber de sigilo, cual es la facilidad de la tarea del médico, a quien no se ponen trabas ni obstáculos, lo que quizá no sería si no se contase con el sigilo. Hay un fundamento puramente estético: la publicación de lacras y miserias corporales disgusta a la sensibilidad social si esta publicación es inútil. Y, sobre todo, hay un determinante moral: el facultativo contacta con el enfermo y su "entourage" en circunstancias anormales... dolor, miseria... o, cuanto menos, preocupación. Tanto el enfermo como su cortejo se hallan en una cierta indefensión. Así, de arrancar la capa de la intimidad, se uniría por su propio peso el abuso de confianza con la villanía. No es una creación artificial, por tanto, y así lo señala Muñoyerro en el artículo 91 de su Código Deontológico (106). De aquí se alegará que también existe una obligación puramente jurídica, que dimana de un contrato civil, tácito o expreso, en cuyas características estructurales no ingresamos (107), encontrándose en él sobrentendida la obligación de silencio por la naturaleza de la prestación que una de las partes viene obligada a cumplir. En este momento podríamos revisar la coordinación de valores que el admirado Fiscal y Abogado Puig Peña realiza al referirse a la tipificación penal de la violación del secreto, "no sólo por incumplir un contrato civilístico, no sólo por faltar a un deber jurídico, sino por producir un estado de alarma e intranquilidad" (108). Y debe atenderse a revisar, decimos, esta coordinación porque no es igual en absoluto un extremo que otro. Como no es igual el tratamiento jurídico de una morosidad que el de

---

(103) *A missao do medico o singularmente facilitada quando além la confiança, possui e simpatia e o respeito do doente*, PIRES DA LIMA. Separata de "A Medicina Contemporânea", núm. 10, de 5 de marzo de 1934. Centro Tip. Colonial. Lisboa.

(104) Vid. Opinión de P. PEÑA, Op. cit., pág. 318.

(105) MARIO MALLO, Ob. cit., pág. 352. "Se recurre al facultativo porque se teme del mal y de las consecuencias que puede significarle una lesión no tratada.

(106) Art. 91. 1) La Ley natural, impone al médico la obligación de guardar secreto sobre lo que ha conocido por razón de su profesión, y pueda causar al cliente o a su familia perjuicio o desagrado racional.

2) Más riguroso que el simplemente natural o prometido, este secreto, aunque no preceda petición explícita del enfermo, lo que exige el interés privado de éste, y el bien social, y nace de un pacto tácito entre el cliente y el médico, por lo que se llama profesional. Obliga en justicia.

(107) Depósito, con. innominado, cont. de gestión de negocios ajenos, o arrend.º de servicios. Vid. P. PEÑA, Op. cit., pág. 316.

(108) PUIG PEÑA. Id. pág. 318.

un ánimo fraudatorio. Podemos, sí, comparar y estudiar la traslación mutua del concepto civilístico con el penal, pero no confundirlos o medirlos por igual (109). Ahora bien, es indudable que la materia reviste dificultades: ¿Cuándo se considerará la revelación como un mero incumplimiento de contrato? ¿Cuándo se llevará al Código penal? Es peligroso afirmar que una mera indiscreción, que, v. gr., no producirá daño ni descrédito, sino simplemente, en términos de Muñozerro, "desagrado racional", deba caer en el Código penal (110). La mayoría de la doctrina, con excepción de Soler y Franck, han intentado ignorar esta realidad, porque desvirtuaba notoriamente la buena marcha de su sistemática. Pero la mayor dificultad se halla en el hecho de que no puede medirse objetivamente la figura por la forma de la revelación ni la calidad de lo revelado. Es evidente, aunque no frecuente, que una "mera indiscreción" pueda complicarse y producir daño auténtico.

Así, pues, propugnamos se ataque el problema a través del subjetivismo del agente. ¿En qué se diferencian las pasiones o el fallo humano de un médico con las de otro justiciable? ¿No puede el médico cometer un homicidio, estafar o perturbar, v. gr., el curso de la misma justicia con un certificado de complacencia? Se dirá que la profesión hace al hombre. Es cierto. Pero también son honorabilísimas la Judicatura o la Administración, y sus funcionarios no están exentos de caer en las más vulgares prevenciones del Código Penal, al tiempo de hallarse específicamente postulados como punibles por delitos inherentes a su profesión. Si estos delitos son infrecuentes o nulos, mejor. ¿Por qué hemos de ignorar la posibilidad de que un médico quiera causar perjuicio a su cliente prevaliéndose precisamente de la traición a su intimidad? ¿Sería justo otorgar idéntico encaje en el Código al que impensadamente desvela un hecho sigiloso, que al que intencionalmente se prevale de su condición para intentar causar perjuicio? Así se redacta una agravante genérica del Código penal español.

Consideramos inadmisibles que blasonando, justamente desde luego, de un pudibundísimo honor profesional y de la excelstitud de la función terapéutica, se produzcan los resultados siguientes:

- 1) Un metódico confusionismo doctrinal, condicionado por románticos recuerdos hipocráticos y por la sistemática rasgadura vestimental cuando de testimoniar en justicia se trata.
- 2) Una interpretación legal y línea jurisprudencial contradictorias, pues a pesar de ser una y universal la función moral y profesional, son distintos los ordenamientos (III).

(109) Vid. p. ejemplo: *Teoría de la continuidad de los Derechos Penal y Civil*. Castejón. Bosch, 1949; pág. 8 y ss.

(110) LÉGROS, Op. cit. "El médico sólo debe ser considerado penalmente culpable de violación en los casos de falta precisa e indiscutible", pág. 462.

(111) Recuérdese por ej. la sentencia citada por Asúa (Tratado T. IV, página 421), contenida en la Gaceta del Foro Argentina de 11 de julio de 1927, según la cual, el médico preguntado como testigo y no como perito puede ampararse en el secreto profesional. Aparte de contradecir el art 165 del Código de Procedimiento, resultaría objetivamente equivocado el criterio si recordamos

3) Un tratamiento jurídico tambaleante y peyorativo para la clase médica, que en loor a la tan decantada sacrosantidad funcional se encuentra inmersa en un delito artificial, sometido a probables caprichos o histerismos de la clientela o a imprevisibles coincidencias.

Se nos dirá que nada ocurre si el secreto se cela devotamente. Pero como puede que a veces se produzca el fallo, es lógico procurar que las discusiones doctrinales sirvan para algo más que piruetas entretenidas. Deben tener utilidad y aplicarse. Lo que no sería si nos limitamos a barajar autores y aquilatar teorías sin afrontar la vida como es. Y es que si el Derecho se elabora para la relación humana misma, o aceptamos situaciones irreales o concluimos que el médico navega diariamente en cómoda inseguridad por los Códigos penales y deontológicos. Porque el soberbio ejemplar humano que es el médico, se produce la mayor parte de su jornada a través de situaciones que, a pesar de la costumbre, no dejarán de marcarle profunda preocupación, que forzosamente y en relación con el sigilo, o le convertirán en amargo misántropo o le empujarán de la tragedia a la anécdota.

En la medida justa para no herir lo que la conciencia del médico considere silencioso, sus colegas, sus familiares, sus tertulias en cierto modo, es normal que participen siquiera sea esporádicamente en preocupaciones y alegrías profesionales. Gollería fuera pedir a un médico que dedica doce horas diarias a compartir y aliviar el fallo de la naturaleza, que ni una sola palabra en relación con esas horas, de sus labios salga después. Se objetará que no es tan extremo el caso y que el médico tiene bondad y conciencia para distinguir. Bien. Hemos visto en la jurisprudencia argentina la discusión establecida sobre si el médico ha de ser el juez del secreto. Esto es inadmisibile, y no ya en el sentido de Mallo sobre imposibilidad de reunir en una persona la condición de juez y parte, sino porque la intimidad no puede valorarla el médico sino el propietario de ella y, en todo caso, el Tribunal teniendo muy en cuenta las condiciones subjetivas del dueño de la intimidad y la forma de revelar el agente.

Resulta arriesgado desamparar al profesional, siempre teniendo en cuenta los circuitos de imponderables, pues quizá un mínimo comentario que normalmente ni por asomo pudiera significar revelación injusta, tenga consecuencias impensadas y constituya legalmente una rotura de silencio perjudicial en alto grado. La mayoría de las legislaciones, es cierto, exigen el resultado de perjuicio, pero en este tipo de delito la solución puede desviarse. ¿Cómo puede el médico res-

---

el magnífico razonamiento del Juez Maule en el asunto "Webb contra Page", que Taylor expone (op. cit., pág. 24):

"Es absolutamente distinto el caso de un hombre que contempla un hecho y que es llamado para probarlo ante el Tribunal, y el de quien es escogido por una de las partes a fin de que opine sobre una materia en la que se encuentra particularmente versado, dado su profesión. El primero viene obligado, por deber público a hablar de un hecho que ha llegado a su conocimiento ya que sin su testificación el curso de la justicia puede detenerse. El segundo no se encuentra sometido a ninguna obligación parecida".

ponder de un perjuicio que causa o va a causar cuando en muchos casos no cobrará conciencia de que está violando el secreto profesional? Con arreglo a nuestra técnica penal, convertiríamos este delito en figura de puro resultado, y si eludimos esto, en delito exclusivamente artificial.

¿Existen inconvenientes de orden doctrinal para impedir la punición del médico que utiliza el sigilo para dañar intencionadamente a su cliente o a un tercero? En absoluto, por lo menos respecto de nuestro Código, que no por desordenadamente asistemático es menos real en cuanto a la exigencia de dolo específico (112).

¿Existe seria dificultad para considerar que la revelación, sin ánimo de perjudicar al cliente o tercero en sus intereses patrimoniales, morales o sociales, es el mero incumplimiento de una tácita obligación contractual, ínsita en la naturaleza misma de prestación medical? En modo alguno. No tiene mayores dificultades que las que pueda presentar la calificación del acto omisivo de pago de la pensión como un incumplimiento del contrato de hospedaje, en lugar de reconocer el delito de estafa.

Afirmamos, por tanto, *la perfecta licitud de distinguir entre el incumplimiento civil y el penal en la revelación del secreto médico profesional.*

La objeción surge, ciertamente, ya que hemos expuesto un criterio de orientación totalmente subjetiva, fijándonos solamente en los sujetos de la relación privada, sea negocio jurídico civil o penal el que resulte. Y los principales gallardetes que tradicionalmente han servido para defender el criterio objetivo de punibilidad han sido, por una parte, el honor de la Corporación médica considerada en conjunto, que se siente herida ante el fallo de un miembro, y por otra, la alarma de la sociedad al ver fallar la Corporación, repetimos, culpándola por el acto de un sujeto particular y, en consecuencia, volvemos a repetir, agravando la situación de este sujeto con olvido de sus normales características de individuo penal. Pensamos, sin embargo, que si un médico envenena a su paciente, la alarma social condicionada por el reprochable uso de la benemérita función se producirá más, si cabe, que por la violación del secreto profesional. No por ello la sanción aplicable, con independencia de las agravantes inherentes, se fundará penológicamente en un especial tratamiento de la Corporación medical. Pero nos atrevemos a poner otro ejemplo, quizá de alguna actualidad nacional, porque para el Derecho español pensamos que, creemos, resaltará nuestra concepción subjetiva. Si un torero adquiere una afección que obligue a delicada intervención quirúrgica en sectores anatómicos tradicionalmente considerados discretos, nos parece suponer lógico que de pregonarse en los periódicos los pormenores de los lugares operados y sus resultados, angustiosos o no, la colectividad consideraría inútil tan pública preocupación, y el interesado molesto por todos conceptos. Quien dice un torero dice cualquier otro ciuda-

(112) Arts. 205, 260, 319, 351, 353 a 356, 440, 497, 500, 514 y otros.

dano. Nos parece recordar, sin embargo, por lo menos en dos ocasiones, que con motivo de percances de lidiadores, se produjeron en toda la Prensa nacional y en el lugar acostumbrado de los por desgracia frecuentes partes facultativos, la descripción lujosísima y antiestética de los destrozos causados en muy púdicas regiones. Y ni la colectividad se siente alarmada ni la Corporación desprestigiada, sino todo lo contrario, ni el interesado reclama. ¿Es que existe algún motivo para anunciar algo más que gravedad o lenidad en el pronóstico? ¿Es que alguna autoridad exige a la Prensa tan prolija divulgación? ¿Y a los facultativos? No, lo que ocurre es simplemente que a los actores interesa poner de relieve el riesgo y la pericia de las profesiones intervinientes. Ello es muy justo. Pero entonces son únicamente los actores quienes tienen auténtico poder para considerar en qué circunstancias debe subrayarse el sigilo en la profesión medical (113).

*Entendemos que exigiéndose el dolo específico y su inherente ánimo de causar un perjuicio patrimonial o moral al cliente, se evita el divorcio entre la Ley y la realidad* (114). Además, este era, sin ninguna duda, el primitivo intencionalismo del legislador francés, pero la parva aparición forense del delito del 378 motivó la desnaturalización (115), y al extenderse a los demás Códigos se produjo el giro que se debe enmendar (116). Ciertamente, la prueba del ánimo de dañar será trabajosa, aunque, con toda probabilidad, menos difícil que en los anteriores artículos del Código penal español que citamos en nota 112, si bien con excepción, claro está, del 500 y 514. En cuanto a los casos en que dicho ánimo esté ausente, ancha es la vía civil para

(113) En definitiva, no desdeñamos la consideración de la dignidad profesional y de la alarma social, pero como muy remotos fundamentos e indudablemente degradados ante el interés y dignidad del enfermo y la protección al médico.

(114) LEGROS. (*op. cit.*, pág. 459) apunta este problema sin decidirse a resolverlo.

(115) La Ley de 28 de abril de 1832 sobre Instrucción Criminal, en su Exposición de Motivos, y refiriéndose a lo cuestionado, dice: "La Ley se ha visto obligada a penar a los que indiscreta o *dolosamente* divulgan los hechos, de positados en ellos por su profesión; a los que, por ejemplo, sacrifican sus deberes a la causticidad, se burlan de los más graves asuntos, alimentan la malignidad con revelaciones indecentes, con anécdotas escandalosas, y vierten de este modo la deshonra sobre los individuos y la desolación en las familias."

(116) No hay duda que la primitiva intención del legislador francés fué la exigencia del dolo específico. La jurisprudencia, como señalamos arriba, ha mantenido esta opinión desde el famoso Arret de Cassation de 23 de julio de 1830, aunque sin conservar posteriormente la uniformidad. En cambio, el párrafo 2 del Código alemán, al agravar, como vimos, la pena especialmente en el caso en que se hubiese obrado "para perjudicar a otra persona", convierte la revelación pura en delito artificial. La jurisprudencia no corrigió el problema, sino tan sólo vino en exigir la injustificación o arbitrariedad en la revelación. El Código español de 1822 sólo se preocupó de agravar, si la revelación producía deshonra.

La mayor parte de los ordenamientos iberoamericanos exigen el perjuicio o daño para la perfección del tipo, pero no llegan a admitir la intención de no causarlo. Los de Bulgaria y Holanda se acercan algo más, sobre todo el holandés: "El que revelare intencionadamente..."

pedir la correspondiente indemnización, sin que quepa hablar de nuevos obstáculos para la prueba de daños y perjuicios, no sólo materiales, sino morales (117).

a) *Materia del sigilo.*—Muy discutido es este extremo. Entendemos, a efectos de construcción, que existen dos especies de hechos destinados al sigilo:

1) Aquellos que tradicionalmente se reputan como tales en la inteligencia y experiencia media de un facultativo, así como en la diaria valoración de un núcleo social que no posea alteraciones vitales en su normalidad moral o histórica.

2) Los que poseyendo un previsible destino de sigilo para el facultativo normal, dicho destino resalte ordinariamente debido a que el enfermo por razones lícitas de su honor y libertad lo valora de tal modo que haya de respetarse aunque dicha valoración sea desacostumbrada en la experiencia del facultativo (118).

(117) Véase la actualización del daño moral. P. ej., en *Análisis crítico del daño moral*, JOSÉ VELOSO RODRÍGUEZ. Tesis doctoral leída en Madrid el 13 de diciembre de 1957.

(118) Puig Peña resume su estudio diciendo que debe afectar el secreto a hechos o circunstancias de carácter íntimo u oculto, conocidas por el médico sólo a través del ejercicio profesional y respecto de los que él sepa o presuma fundadamente que deban continuar en sigilo (pág. 334).

Y la disposición deontológica 23 de la O. M. de Gobernación de 8 de septiembre de 1945, aprobando el Reglamento para la Organización Médica Colegiada, entiende por secreto médico AQUELLAS CONFIDENCIAS QUE POR RAZÓN DE PROFESIÓN EL MÉDICO RECIBA DE SUS CLIENTES, CONDUCENTES A RECIBIR EN CAMBIO UN CONSEJO O SERVICIO CORRESPONDIENTE A SU PROFESIÓN. Se ha entendido por la doctrina que dicha disposición no restringe el secreto tan sólo a aquellas manifestaciones que el enfermo hace, sino a todas aquellas circunstancias que el médico observe y conozca, relacionadas con la enfermedad (PUIG PEÑA, pág. 313, y DÍAZ PALOS, pág. 300, *op. citados*).

Muñoyerro, con magnífico sentido realista, hace una gradación entre las circunstancias generalmente comprendidas en el secreto y las particulares. Artículo 94: "Están comprendidas en el secreto médico todas las enfermedades y sus circunstancias conocidas por el profesor en el ejercicio de su misión, ya por manifestación del enfermo, ya en el reconocimiento facultativo, y cuya divulgación originaría perjuicio al cliente o a su familia, en el honor o en las legítimas aspiraciones de la vida."

Art. 95: "ESPECIALMENTE, caen bajo secreto:

a) La naturaleza de ciertas enfermedades designadas con el calificativo de secretas y las hereditarias.

b) El pronóstico de algunas, que, en el concepto público, aun curadas o atenuadas, pueden ser impedimento al enfermo para ocupar cargos (v. g., la diabetes).

c) La gravedad de una afección, a causa de los antecedentes personales del cliente (v. g., el alcoholismo).

d) Algunas circunstancias que comprometen el honor del enfermo o su seguridad en relación a los Tribunales o a la paz del hogar doméstico.

e) Ciertos hechos deshonrosos (v. g., un embarazo ilegítimo, un parto oculto) y los delitos ya cometidos (v. g., un aborto provocado, un infanticidio), salvo lo que disponga la ley."

Art. 96: "No constituyen objeto del secreto médico profesional, pero sí del natural:

El problema se centra en la dificultad de calificar apriorísticamente qué sea lo sigiloso. Al lado de los secretos valores en sí, existen secretos valores en potencia, ya que esta valoración sólo puede hacerse a posteriori respecto de su rompimiento, puesto que es entonces, ante la reacción del que se considera lesionado o de la sociedad, cuando aparece la calidad del sigilo (119). Este problema no puede superarse a base de clasificaciones u orientaciones. La única salvaguarda del médico será considerar *secreto todo lo que pueda relacionarse con el enfermo*. Pero como señalamos la imposibilidad humana de guardar esta regla, en virtud de la vida de relación del médico-hombre, sirve de lenitivo para el tratamiento jurídico y de garantía para el justiciable y para el médico la intención de perjudicar exigible en el campo penal.

Entendemos por secreto médico profesional *cualquier hecho o valor, en sí o condicionado, que el médico conozca o compruebe desde el comienzo de su relación profesional con el enfermo, con su problema o con su circunstancia* (120).

b) *Forma del sigilo*.—La estructura del silencio no puede dar lugar a más dudas que las derivadas de las formas de revelar (121) o a la forma de conocer. Respecto de la última, con la amplísima fórmula que en beneficio del facultativo propugnamos, pasan a letra superada las discusiones sobre si ha de comunicarse el secreto tácita o expresamente, a través del ejercicio simple de la profesión o de la simple observación (122). Así, el contacto con el secreto puede producirse a) por conversación, b) por comprensión, c) por observación. Y el descubrimiento doloso, por acción u omisión, conforme al artículo 1.º C. p. O, empleando la terminología de Muñozerro, pudiera ser revelación directa o indirecta (123).

---

a) Los diagnósticos que haga el médico en una persona, sin intervención facultativa cerca de la misma.

b) Los hechos extraños a la profesión que conoce con ocasión del ejercicio de sus funciones.

c) Las tentativas criminales que, en razón de su intervención médica, advierte en contra del enfermo."

(119) P. ej., un embarazo prematrimonial, parece siempre secreto en sí. Una tuberculosis prematrimonial es secreto valor en potencia.

(120) Con esto evitamos la dificultad que se deriva de los requisitos exigidos tradicionalmente: hecho privado, oculto, sustraído al dominio público, etc., y lo compensamos, insistimos, con el ánimo doloso.

(121) Más adelante examinaremos este problema con especial atención.

(122) PÉREZ PEÑA: *Op. cit.*, pág. 313, con las opiniones de Carrara, Florián, Soler, Manzini, Garraud, Franck, Schmidt, etc.

(123) Art. 97, pgf. 1: "A más de la revelación directa del secreto, se prohíbe la manifestación indirecta por la que la persona del enfermo puede ser reconocida y el que el médico se aproveche del secreto para su bien particular.

## B) EL SUJETO DEL ACTO PENAL.

a) *Activo: La postulación.*—Implicítamente, viene considerando la doctrina como distintos los valores Secreto Médico y Profesional Médico. Una comadrona, un practicante o el estudiante en Facultad pueden ser sujetos activos en el delito de revelación injusta. Puede verse en P. Peña (págs. 322-23) un completísimo razonamiento sobre la inclusión de estos profesionales. Perfectamente de acuerdo con su postura, creemos pueden considerarse sujetos penales a las comadronas, auxiliares titulados y practicantes, en contra del sector que niega su valoración por ser incomparables las funciones; el tono profesional; la cultura, etc., o del sector intermedio que los admite como sujetos sólo cuando participen activamente de la función personal del médico, mas no si trabajan por sí solos (124).

Los Códigos de Alemania, Finlandia, Suiza, Perú, Dinamarca y otros se pronuncian por el más amplio sentido del sujeto activo. Suele admitirse también el secreto farmacéutico, pero aquí convendría, y no es este el lugar, distinguir entre la discreción dimanante de la técnica apotecaria y la obligada por razón de expender la prescripción médica (125). En este caso creemos que debe participar plenamente del secreto médico profesional, distinto, por supuesto, al secreto farmacéutico profesional. Tampoco debe existir duda en cuanto a la inclusión de especialidades, tales como odontólogos, oftalmólogos, etc.

Señala Muñoyerro que a este secreto están sometidos los que por razón de su profesión concurren a la prestación de los cuidados médicos o son confidentes necesarios (farmacéuticos, comadronas, enfermeros, practicantes). Y en el 2.º párrafo de este artículo 92 se excluyen, lógicamente, a los médicos peritos, a los inspectores de seguros mutuos o semejantes, respecto de las personas o entidades que las hubiesen encomendado la función pericial o inspectora (126).

Problema interesante es el del "intrusismo". Franck, niega que deba equipararse; sin embargo, Fernando Alamillo, con aplastante lógica, arguye que de existir un más duro tratamiento para el profe-

(124) No vemos tan convincente, respecto de los estudiantes en Facultad; es la exoneración del secreto si actúan en salas de prácticas, y la exigencia cuando se transforman en auxiliares del médico. Comprendemos el sentido realista—siempre propugnado por nosotros—de la opinión de Puig Peña en este punto; pero resulta excesivo pensar, aunque el ejemplo sea extremo, que en un anfiteatro se lleve a cabo una intervención o autopsia ante los alumnos y éstos no se sometan al secreto; pero si el profesor o cirujano solicita en algún momento la cooperación, remunerada o no, de algún estudiante, no sólo como ejercicio de prácticas, sino por ser precisa su ayuda, el alumno que abandona las gradas para bajar a la mesa, se vea obligado a un distinto tratamiento jurídico por el hecho de franquear unos escalones. En este sentido, Finger se opone a la aplicación del silencio a los estudiantes (vid. ALAMILLO: *Op. cit.*, pág. 81).

(125) Vid. supra Código austríaco. Novela de 1937 en relación al párrafo 494.

(126) Código Deontológico, art. 92.

sional auténtico que para el suplantador sería injusto, pareciéndonos que el precitado autor se inclina por la sanción del intruso como violador del secreto médico, sin perjuicio de aplicar las normas penales comunes previstas para la represión del intrusismo (127). Admitiendo Puig Peña, y nosotros en el mismo sentido, el impecable razonamiento, de Alamillo, cree que no cabe aplicarles el secreto porque al ser profesiones ilícitas no existe la situación de necesidad en la dación del secreto que tanto influye para la estimación penal de su violación. No es momento para discutir el oscuro problema del intrusismo en nuestro Código penal, pero cabría distinguir entre aquella usurpación, ensanchamiento o atribución de funciones que racionalmente y según la calidad cultural del necesitado le induzcan a creer que su asistente es un profesional inpecablemente titulado, en cuyo caso no es admisible la objeción de Puig Peña, debiendo afirmarse con Alamillo que se extienda la represión a estos y aquellos otros sucesos en que a pesar de observar el menos diligente ciudadano la absoluta carencia de notas titulables confía sus dolencias al "medio-médico", "veedor" o curandero, sin que éste se atribuya convincentemente dichas notas. En el primer caso, no sólo debe pensarse el descubrimiento intencional y doloso, sino, además, pensar en la agravante de abuso de confianza, incompatible, desde luego, como genérica con el tipo de revelación normal, con independencia de las sanciones que cupiesen por estafa, intrusismo, etc. En el segundo caso, por el contrario, cobra valor la objeción de Puig Peña y procedería dejar al margen del delito profesional de revelación, pues ni hay honor médico que retribuir ni salvaguardar la confianza del paciente.

Diremos, por último, con arreglo a una amplia concepción del problema, que debe igualmente extenderse la punición a quienes por su relación con el facultativo pudieran, tanto en vida como al fallecimiento de éste, tomar contacto con los secretos de éste y los revelaran, siempre, decimos, con intención de perjudicar (128).

b) *Pasivo: El titular del interés.*—Debe considerarse no sólo el paciente, sino cualquiera de sus familiares o terceros poseedores del hecho sigiloso, siempre que el motivo originador del conocimiento del secreto por el médico sea la asistencia del médico al doliente en quien, o a cuyo alrededor palpita el secreto. No parezca exagerada la hipertrofia del titular. Lo que cabría propugnar en este caso es una imposición, en máximo grado, cuando el secreto perteneciese exclusivamente al doliente. Es bastante acertada la formulación de Muñozerro sobre

(127) ALAMILLO CANILLAS: *Op. cit.*, pág. 81.

(128) Vid. supra Código de Grecia. Se suele aludir y discutir en esta figura, respecto de los perjuicios causados por otras indiscreciones profesionales: bañeros, barberos, peñadoras, domésticos, cargadores, artesanos (vid. ALAMILLO: *Op. cit.*, pág. 79; confr. MANZINI). Y peluqueros, sastres, etc. (vid. GARÇON: *Code Penal annoté*. París, 1901, pág. 1086), no debiendo existir inconveniente para suponer que la revelación por tales sujetos causen daños similares a la revelación medical. Pero esto como regla general solamente.

el titular del interés. Todo enfermo, *aun después del fallecimiento*, tiene derecho a la guarda del secreto (129).

C) EL HECHO PENAL DOLOSO.—*La revelación y sus formas.—La divulgación.*

Revelación, el acto de revelar, es tanto como levantar el velo que cela algo. Para que este hecho cobre valor trascendente será preciso la concurrencia del sujeto activo y del pasivo. En nuestra teoría basta con que el sujeto activo —el facultativo “in genus”— sea unipersonal.

Pero el sujeto pasivo puede ser unipersonal o pluripersonal. Y la diferencia no es gratuita. En este terreno del dolo, “prima facie” parece existir superior malicia en la revelación a sujeto múltiple. Entonces, podríamos llamar al acto “publicación”. Pero no podemos llegar a admitir un alza en la punición. La tesis del delito plurieventual impropio, de Carnelutti, sólo ha de servirnos como una denominación ajustada en cuanto pensemos que aumenta la carga potencial de perjuicios al ofendido.

En todo caso, no podemos diferenciar el tratamiento penal entre la revelación y la publicación. En ambos casos el acto se agota sin volver sobre el mismo. Pero pudiera surgir una figura de delito continuado. Sería cuando el médico convierte la revelación o publicación, cuyos valores pudieran esfumarse, en la *divulgación*. El autor asegura más el deseado resultado dañoso, insistiendo y repitiendo por sí mismo la acción de revelar o publicar en diversos círculos auditores. Este nuevo concepto creemos que viene a facilitar el viejo problema de la investigación del ánimo doloso (130).

Aunque la doctrina suele manejar indistintamente ambos conceptos (131), la referencia no se ha producido por afán glosario. Creemos,

---

(129) Establece aquí una exclusión: “... salvo el que puedan tener padres y tutores respecto de los hijos y de los incapacitados en los casos en que tal revelación sea precisa para el fin del enfermo o de los que cohabitan con él.” “También lo tiene la familia del enfermo en las enfermedades de uno de sus miembros que sean hereditarias o cuya revelación pueda causarle perjuicio o desagrado” (art. 93 C. Deontológico).

(130) La exigencia del ánimo de lesionar la libertad, el honor, etc., del cliente se verá sometida en el caso concreto de revelación o publicación a tan cuidadoso examen como en, v. g., el ánimo homicida. Pero demostrada la actitud del facultativo que corre y regresa y repite el estallido del sigilo, que se asegura que el secreto será conocido, que él mismo será el vehículo cuidadoso del escándalo, sin aventurarse a dejarlo en manos de sus iniciales recipiendarios, ¿no existe una verdadera inversión en la prueba? ¿Será el perjudicado quien deba probar el ánimo doloso? No es que se altere el régimen de la prueba penal, es que no puede subsistir ya racionalmente ninguna duda..., la prueba se ha realizado. Moralmente, hay una inversión. Existe la presunción de intención, porque el acto revela la malicia (vid. GORPHE: *Apreciación de las Pruebas*. Bosch. Buenos Aires, 1950, págs. 27 y ss.).

(131) Puig Peña emplea la palabra certeramente, pero sin utilizar nuestro objetivo (*op. cit.*, pág. 324) y sin aclarar si la divulgación es la personal por

aparte de la necesidad de una punición agravada en el caso de la divulgación, que es fundamental para decidírnos en la vieja polémica sobre el *titular de la acción*. Es tan diversa entre sí la conclusión en el Derecho Comparado, ya lo hemos podido examinar, como en la doctrina (132), y, sin embargo, pudiera ser solución decisiva. Quisiéramos imponer un ejemplo cuya vulgaridad sea paralela a su utilidad. En un lugar público, una persona insulta a otra groseramente. Delito de injurias, eminentemente privado. Pero si los denuestos son de tal calidad, que superan la normal recepción del destinatario, para pasar a ofender el pudor, la moral, y otros sentimientos honorables de quienes están ajenos a este verbal ajuste de cuentas y forzosamente son obligados a escandalizarse, ni el más rigorista y fiel intérprete de la letra del Código se escandalizaría a su vez porque se ejercitase la acción pública. Pues bien, si el divulgador hace *forzosa e involuntariamente partícipe* en la desagradable situación de conocer secretos ajenos, quizá ni estéticos ni edificantes a veces, a una parte de la sociedad, violentando así sus naturales sentimientos de respeto a lo ajeno, la acción debe concederse con todas sus consecuencias al Ministerio Público, pudiendo incoarse de oficio el procedimiento, independientemente, claro está, de la acción privada del perjudicado.

En resumen, propugnamos que en caso de revelación simple o publicación, los hechos no puedan perseguirse de oficio, sino previa denuncia del agraviado, sin excluir, naturalmente, la acción pública. Y en caso de divulgación, debe ejercitarse ésta sin impedir la particular del ofendido.

#### D) EL HECHO PENAL CULPOSO

Hemos señalado repetidamente que no estamos ante un delito artificial. Ni es sólo una razón de defensa social la base penológica. Y los autores suelen referirse repetidamente al caso del facultativo que abandona sin precauciones documentos, fichas, informes. No es preciso ceñir tan excesivamente la figura. Admitido el delito doloso, la culpa surge, a nuestro modo de ver, sin plantear ningún especial problema, en los términos conocidos de nuestro Código y Jurisprudencia (133).

Diez Palos relata como tangible ejemplo de imprudencia el dejar sobre la mesa de despacho, una carta o consulta de un cliente, sin adoptar otra precaución de custodia, o dejar sus archivos al fácil acce-

---

el facultativo o consecuencia de la revelación, si bien la adorna con calidad de agravante.

(132) DÍAZ PALOS: *Op. cit.*, pág. 305: "Nadie como el afectado puede valorar el perjuicio real. Una vez iniciado el proceso, el titular del mismo debe perder el dominio de la acción y quedar legitimado al Ministerio público para intervenir. De este modo se conjuga el interés privado y el público."

(133) P. PEÑA: *Op. cit.*, pág. 333. Algo dudosa y forzada puede parecer su tesis sobre el dolo eventual en estos delitos.

so de la indiscreción ajena (134). No se plantea ninguna cuestión de método (135).

## CONCLUSION

Hemos de poner punto final, sin perjuicio de marcar problemas no tocados aquí:

El consentimiento del interesado, como condición penal impeditiva, no es de los menos importantes, si bien existe sobre el mismo abundante material (136) y el de una especialísima legitimación del sujeto activo, como es el de los médicos de empresa, de seguros y fundamentalmente donde los forenses están autorizados al libre ejercicio profesional, la colisión de intereses (137).

En general, la famosa discusión sobre el deber de testimoniar ante la Justicia, ha de resolverse afirmativamente (138).

Alamillo (139) estima que mientras no se modifiquen en nuestra legislación las leyes procesales, habría que estimar que el deber de declarar en juicio eximiría de guardar el secreto, ya que la Ley de Enjuiciamiento criminal solamente reconoce el derecho a negarse a declarar sobre hechos, conocidos por razón profesional, a los abogados, eclesiásticos y funcionarios públicos en los artículos 416 y 417.

Podríamos terminar recordando la frase del inolvidable médico legista Taylor: "Un hombre de nuestra profesión, que reclama un privilegio, cuando ninguno se le concede, busca simplemente ponerse por encima de la Ley... La opinión expresada del juez cubrirá totalmente al testigo médico. En cierta ocasión, el abogado de un acusado

(134) Pág. 305, *op. cit.*

(135) Para la distinción entre 565 C. P. y 1.104 C. C. no caben obstáculos. Vid. QUINTANO RIPOLLÉS: *Diferencia entre la culpa civil y la culpa criminal*. ANUARIO DE D. CIVIL, t. X, fasc. IV, págs. 104 en especial y ss.

(136) Ya se planteó en el siglo XIX en un Arret del Tribunal de Montpellier de 24 de septiembre de 1827, semejante al de Grenoble de 23 de agosto de 1828, en los que se señaló que la obligación de sigilo continuaba, aun en el caso de que la persona interesada, la que ha confiado el secreto, solicite su revelación, ya que la obligación del artículo 378 se establece en el interés general, y sólo a este precio, las profesiones cuyo ejercicio interesa a toda la sociedad, pueden gozar de la confianza y consideración necesarias (vid. LACASSAGNE: *Précis de Médecine Judiciaire*. París, 1878, pág. 36).

Una sentencia de la Cour d'Assises de Lyon, en 16 de junio de 1909, por el contrario, ordena el castigo de la revelación, SALVO cuando ha sido precedentemente autorizada.

Creemos que el consentimiento EXPRESO debe condonar la revelación cuando el interés objetivo no quede lesionado. Este consentimiento no debe presumirse jamás, y en ninguno ha de valorarse cuando se compruebe la ignorancia del titular respecto a la verdadera significación del hecho sigiloso.

(137) Véase LEGROS: *Op. cit.*, págs. 453 y 454, comentando la sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas, de 16 de diciembre de 1957, y otra de la de Lieja, de 19 de febrero de 1957 también.

(138) FRANK, citado por ALAMILLO, pág. 86.

(139) *Op. cit.*, pág. 86.

preguntó al testigo médico qué remedio o antídoto había empleado cuando fué llamado por primera vez a asistir al difunto. El médico preguntó al juez si estaba obligado a contestar dicha cuestión. Sí, respondió el magistrado, a menos que tengáis razones para creer que vuestro antídoto sea el causante de la muerte. La respuesta fué inmediatamente otorgada (140).

---

(140) A. S. TAYLOR: *Traité de Medecine Legale*. París, 1881, págs. 29 y ss.

# Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español

JOSE CERÉZO MIR

## 1). *Evolución dogmática del concepto de lo injusto (1) de los delitos dolosos.*

a) En la dogmática jurídico-penal de principios de siglo se intentaba delimitar la antijuricidad y la culpabilidad de la conducta delictiva, por medio del contraste objetivo-subjetivo. El juicio disvalorativo de la antijuricidad era referido exclusivamente a los elementos objetivos o externos de la acción. El lado subjetivo de la acción constituía, en cambio, la culpabilidad. Esta concepción de los caracteres del delito estaba vinculada al concepto causal de la acción. La acción era concebida como un proceso causal que tenía su origen en un acto voluntario. El contenido de la voluntad era alejado del concepto de la acción. Los elementos de la acción eran la manifestación de voluntad, el resultado y la relación de causalidad. En la doctrina de la antijuricidad se asignaba después consecuentemente todo lo «externo» a lo injusto y se relegaba, en cambio, lo «interno» a la culpabilidad. Esta concepción de lo injusto de los delitos dolosos se veía apoyada también, aparentemente, por el carácter objetivo de la antijuricidad. El hecho indudable de que la antijuricidad es un juicio disvalorativo objetivo, inducía fácilmente a la conclusión errónea de que dicho juicio disvalorativo tenía que tener sólo por objeto, necesariamente, los elementos objetivos o externos de la acción. Esta confusión en torno al sentido de la objetividad de la antijuricidad se ha aclarado solo mucho más tarde. La dogmática jurídico-penal de principios de siglo concebía la antijuricidad materialmente como lesión o peligro de un bien jurídico protegido.

---

(1) Los términos antijuricidad e injusto suelen ser utilizados a veces como sinónimos. No debe perderse de vista, sin embargo, la diferencia existente entre ambos conceptos. La antijuricidad es la relación de contradicción entre la conducta y el Derecho. Es un predicado que expresa el disvalor de la conducta. Injusto es la conducta antijurídica misma; es un sustantivo. Véase a este respecto WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 7 Aufl., 1960 pág. 49. En el mismo sentido, ahora, ENGISCHE, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag*, 1960, págs. 402-3.

La culpabilidad era concebida como la relación psicológica o subjetiva entre el autor y el resultado delictivo (2).

b) En esta concepción de la antijuricidad y la culpabilidad, orientada en el contraste objetivo-subjetivo, supuso el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto la introducción de un cuerpo extraño. Se puso de manifiesto, que no era posible concebir lo injusto específico de numerosas figuras delictivas de un modo puramente objetivo. El apoderamiento de una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, no agota lo injusto específico del hurto (art. 514 C. p.). Este está constituido a la vez por el elemento subjetivo del ánimo de lucro. El apoderamiento de una cosa mueble ajena sin ánimo de lucro constituye un injusto civil (art. 1.902 del C. c.), pero no lo injusto específico del delito de hurto. En el delito de apropiación indebida (artículo 535) la acción típica de «apropiación» no puede ser concebida ni descrita sin el elemento subjetivo del ánimo de apropiación.

La doctrina de los elementos subjetivos de lo injusto es relativamente reciente. Las primeras sugerencias se deben a H. A. Fischer (3), en 1911. Hegler (4), M. E. Mayer (5), Sieverts (6) y Mezger (7) han sido sus principales impulsores. La existencia de elementos subjetivos de lo injusto es admitida hace ya tiempo en Alemania por la opinión dominante (8). En España la doc-

(2) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., 1960, pág. 54.

(3) *Die Rechtswidrigkeit*, 1911.

(4) *Z. Str. W. Bd.* 36, págs. 19 y ss. y *Frank-Festsgabe*. 1930, Bd. I, páginas 251 y ss.

(5) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 1915, págs 10 y ss. y 185 y ss.

(6) *Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht*, 1934.

(7) *Die subjektiven Unrechtselemente*, *Ger. Saal* 89, 1923, págs. 207 y ss.; *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, *Traeger-Festschrift* 1926, pág. 187 y ss.; *Lehrbuch*, págs. 168 y ss.; *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, págs. 21 y ss. y *Kurz-Lehrbuch*, 8 te Aufl., págs. 86 y ss.

(8) Uno de sus principales detractores fué BELING, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, págs. 10 y ss. La existencia de elementos subjetivos de lo injusto es negada hoy por H. MAYER, *Strafrecht*, 1953, págs. 104 y ss. Los autores austriacos NOWAKOWSKI (*Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, págs. 47 y 54 y ss.), RITTLER (*Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2 te Aufl. 1954, págs. 121 y ss.), W. MALANIUK (*Lehrbuch des Strafrechts*, I, 1947, págs. 105 y ss.) y KADECKA (*Z. Str. W.* 59, B, 1939, págs. 10 y ss.) se han adherido fundamentalmente a la posición de Belling y no admiten tampoco la existencia de elementos subjetivos de lo injusto. Véase la crítica certera de ENGISCH de las opiniones de RITTLER y BELING en *Rittler-Festschrift*, 1957, págs. 165 y ss. La existencia de elementos subjetivos de lo injusto ha sido negada recientemente por OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*. Berlín, 1959. Los elementos subjetivos de lo injusto pertenecen, según OEHLER, a la culpabilidad: su falta excluye, sin embargo, la antijuricidad. Esta contradicción en que incurre constantemente OEHLER es una prueba de la imposibilidad de fundamentar lo injusto específico de numerosas figuras delictivas y especialmente de la tentativa de delito, sin recurrir a determinados ele-

trina de los elementos subjetivos de lo injusto ha hallado un eco favorable. La existencia de dichos elementos es admitida por los penalistas patrios (9). Como ejemplos de elementos subjetivos de lo injusto en el Código penal se señalan, entre otros muchos, por nuestra doctrina la tendencia voluptuosa en el delito de abusos deshonestos (art. 430), el ánimo de lucro en los delitos de hurto (art. 514), y robo (art. 500), el ánimo de ofender en el delito de injurias (art. 457), la intención de descubrir los secretos en el delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497 y las miras deshonestas en el delito de rapto (art. 440).

El reconocimiento de los elementos subjetivos de lo injusto representó, como decíamos, la introducción de un cuerpo extraño en la concepción de la antijuricidad entonces dominante, según la cual lo injusto de la acción estaba constituido exclusivamente por sus elementos externos y objetivos. A pesar de ello no se llevó a cabo, de momento, una revisión a fondo del concepto de lo injusto. Se consideró que el juicio disvalorativo de la antijuricidad se refiere regularmente al lado objetivo o externo de la acción y sólo en casos excepcionales a elementos subjetivos o anímicos (10).

c) La revisión a fondo de esta concepción de lo injusto se hizo de todo punto necesaria al poner de manifiesto la doctrina alemana que la voluntad de realizar un hecho delictivo es un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa (art. 43 del Código penal alemán). Lo injusto de la tentativa está constituido necesariamente por la resolución delictiva, es decir, el dolo

---

mentos subjetivos. OEHLEK recurre a estos elementos subjetivos constantemente para constatar el "fin objetivo" de la acción. Véase págs. 93, 95 ("La tipicidad del peligro para el bien jurídico desaparece si falta la intención"), 96, 97, 99, 101, 103, 105, 106 ("La tipicidad es excluida sólo si el autor no tenía excepcionalmente la intención de engañar"), 107, 108, 109, 110, 124, 126, 127, 128, 133, 135, 138, 139, 141, 166, 168, 170, 179 y 180.

(9) Véase por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal de E. MEZGER, I, 1955, págs. 357-358 y 388; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, I, Parte General*, Madrid, 1949, págs. 179-80; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, I, Parte General*, 12 ed., Barcelona, 1956, págs. 335 y 366; JIMÉNEZ ASÚA, *La Ley y el delito*, segunda edición, 1954, págs. 716 y ss., y JUAN DEL ROSAL, *Derecho Penal español, I*, Madrid, 1960, págs. 296 y ss. Los elementos subjetivos de las causas de justificación han sido apreciados en nuestro Código penal por ANTÓN ONECA, ob. cit., págs. 179-80 (legítima defensa y estado de necesidad); JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, págs. 318 y 321, y *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, IV, págs. 195 y ss. y 405 y ss. (legítima defensa y estado de necesidad); JUAN DEL ROSAL, *Derecho penal español I*, Madrid, 1960, págs. 298-99 (legítima defensa de extraño), y FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal, I*, Murcia, 1946, págs. 189-190 (legítima defensa) y 201 (estado de necesidad). RODRÍGUEZ MUÑOZ ha negado la existencia de elementos subjetivos de las causas de justificación en nuestro Código penal, ob. cit., págs. 350-1.

(10) Véase en este sentido MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Rodríguez Muñoz, I, 1955, pág. 349.

en el sentido de la teoría de la acción finalista. Dolo en sentido de la teoría de la acción finalista (11) equivale a conocimiento (o previsión) y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo (de lo injusto); no comprende la conciencia de la anti-juricidad de la conducta. Una misma acción será o no tentativa de delito, según que esté o no animada por la resolución delictiva. Engisch ha formulado a este respecto dos ejemplos clarísimos (12). Una mujer le sirve a su marido un plato de setas, que ha recogido ella misma, creyendo que son venenosas y apropiadas para causar la muerte, mientras que en realidad son inofensivas. En un restaurante, un cliente coge un abrigo ajeno, que está colgado sobre el suyo, con la intención de llevárselo en caso de que pueda hacerlo sin ser visto; en caso de que el dueño del abrigo se dé cuenta de la maniobra, quiere aparentar que ha cogido sólo el abrigo ajeno para poder descolgar el suyo de la percha. En este último ejemplo, si el autor no tuviera el propósito de apoderarse del abrigo ajeno, es decir, si quisiera coger sólo el abrigo para poder descolgar el suyo, la acción realizada, que se repite a diario en todos los restaurantes, considerada en sí, objetivamente, no sólo no sería expresión de una voluntad criminal, sino que no supondría peligro alguno del bien jurídico protegido, es decir, de la propiedad. La misma existencia del peligro del bien jurídico depende aquí de la presencia de la resolución delictiva. En el ejemplo de la mujer que ofrece setas inofensivas a su marido creyendo que son venenosas, si se considera la acción en su aspecto puramente objetivo no cabe apreciar sino una conducta jurídica: La mujer ofrece al marido una comida suculenta. Estos dos ejemplos demuestran de modo indudable que la resolución delictiva, es decir, el dolo, es necesariamente un elemento constitutivo, fundamentador, de la antijuricidad de la tentativa, con indiferencia de que se sustente una teoría subjetiva u objetiva de la tentativa. El ejemplo del cliente del restaurante que se quiere llevar el abrigo ajeno, nos ha puesto de manifiesto que la existencia misma del peligro del bien jurídico depende en muchos casos de la presencia de la resolución delictiva. El juicio disvalorativo de la antijuricidad no puede ir referido, por ello, exclusivamente al lado objetivo de la acción. La resolución delictiva es siempre un elemento constitutivo de lo injusto típico de la tentativa, aunque se parta de una concepción objetiva de la misma (13). Si se admite la teoría subjetiva y se niega

(11) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 59 y ss.

(12) Véase Rittler-Feestschrift, págs. 178-9.

(13) En el mismo sentido ENGISCH, *loc. cit.*, y BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrechts, Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pág. 151, y ya antes en *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*; pág. 35. No es posible seguir, por ello, a MEZGER cuando dice que sólo en el marco de la teoría subjetiva tiene que ser la resolución delictiva necesariamente un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa; N. J. W., 1953, 4.

la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto es preciso llegar a la conclusión lógicamente inadmisibile de que en la tentativa es posible culpabilidad sin antijuricidad (14).

La concepción que atribuye a la resolución delictiva en la tentativa el carácter de un elemento subjetivo de lo injusto, es desde hace mucho tiempo opinión dominante en Alemania (15). En España empieza a abrirse camino recientemente (16).

La consecuencia lógica de esta concepción es, según Welzel (17), que si el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa tiene que conservar la misma función cuando el delito se consuma. No es concebible que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa y no lo sea, en cambio, en el delito consumado. ¿Cómo podría depender, dice Welzel, de que el disparo dé o no dé en el blanco, el que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto o sólo una forma de la culpabilidad? La corrección de esta conclusión se comprueba, además, fácilmente en los tipos de los delitos consumados. Si alguien hiere a otro y se produce su muerte, cabrá preguntarse si el autor ha realizado con ello el tipo del homicidio (art. 212 del C. p. alemán) o el de lesiones con resultado de muerte (art. 226 Código penal alemán) o el de homicidio culposo (art. 222). La contestación

(14) A esta conclusión llega NOVAKOWSKI al negar la existencia de elementos subjetivos de lo injusto y sustentar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la tentativa; véase *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, págs. 42 y ss. y 55 y ss.; y *Z. Str. W.* Bd. 63, pág. 299 y *J. Z.*, 1958, pág. 336. La admisión de la existencia de una conducta culpable, pero no antijurídica, daría lugar, en último término, a una punición de la disposición de ánimo—ha señalado con acierto GALLAS (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, *Sonderabdruck aus der Z. Str. W.* Bd. 67, págs. 35-6)—y representaría una anomalía inexplicable en un Derecho penal de hecho. En el mismo sentido ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, 1957, pág. 175. Este admite (*Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, págs. 433-4), sin embargo, la posibilidad lógica de la existencia en la tentativa inidónea de culpabilidad sin antijuricidad. El dolo va dirigido también en la tentativa imposible a la realización de un tipo de lo injusto. No es preciso que éste se realice, sin embargo, para que pueda elevarse el reproche de la culpabilidad. El tipo de lo injusto sigue siendo, aun sin realizarse, el presupuesto básico de la culpabilidad en la tentativa inidónea. No acierto a comprender, sin embargo, si el dolo queda excluido del tipo de lo injusto, que es lo que ha de ser el objeto del juicio de reproche.

(15) Véase, por ejemplo, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl. 1960, pág. 55; BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, en *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, págs. 151 y ss.; ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, págs. 178-9, y *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, pág. 435; MEZGER, *Strafrecht, Ein Studienbuch*, I, Allg. Teil, 8 te Aufl., pág. 98; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, 1955, pág. 35; F. SCHMIDT, *Strafrechtspraktikum*, 3.<sup>a</sup> ed., 1949, pág. 13, y SCHRÖDER, *Komm.*, III, 1, pág. 43.

(16) Esta opinión la sustentaba yo en mi tesis doctoral, "Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa", 1957 (de próxima publicación). Véase en este sentido, recientemente, DEL ROSAL, *Derecho penal español*, I, Madrid, 1960, pág. 297.

(17) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl. 1960, pág. 55.

a esta pregunta dependerá exclusivamente de la existencia y del contenido del dolo. El dolo es, pues, un elemento constitutivo del tipo (de lo injusto), dice Welzel, es decir, de la antijuricidad de los delitos dolosos.

La deducción de Welzel de que el dolo por ser en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto ha de serlo también necesariamente en el delito consumado es aceptada sin reservas por Nicse (18) y Bockelmann (19). Es cierto, dice Bockelmann, que la consumación del hecho añade al disvalor de la acción, que concurre ya en la tentativa, un nuevo acento de lo injusto, precisamente el disvalor del resultado. Esto no puede tener, por consecuencia, sin embargo, que el disvalor de la acción desaparezca, simplemente, porque el dolo, que hasta entonces era un elemento subjetivo de lo injusto deja ahora de serlo. Si la finalidad es un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa ha de serlo también, según Gallas, de lo injusto de los delitos dolosos consumados (20). La producción del resultado delictivo confiere al hecho un disvalor adicional, el disvalor del resultado, que viene a añadirse, pero no a sustituir al disvalor de la acción. El disvalor del resultado, dice Gallas, no puede sustituir al disvalor de la acción, pues son cualitativamente distintos. La realización de una voluntad criminal es una cosa distinta de la causación de un resultado delictivo.

La conclusión de que la resolución delictiva por ser un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa ha de serlo también, necesariamente en el delito consumado es impugnada principalmente de Mezger (21). Este admite que la resolución delictiva es un elemento subjetivo de lo injusto en la tentativa, e incluso, en aquellos delitos consumados cuyos tipos están configurados finalmente (22). Estos tipos legales configurados finalmente representan, según Mezger, alrededor del 90 por 100 de un total de más de 700 tipos independientes existentes en el Código penal alemán (23). Están configurados, finalmente, según

(18) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 21 y ss.

(19) *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, págs. 151 y ss.

(20) *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, págs. 35-7. Finalidad y dolo no son idénticos, según GALLAS. La finalidad se extiende no sólo a las consecuencias de la acción perseguidas intencionalmente por el sujeto y a las consecuencias unidas necesariamente a la realización del fin, sino también a las consecuencias previstas por el autor como posibles. La finalidad es un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos, en el estadio de la tentativa y de la consumación. El dolo pertenece, en cambio, al tipo de la culpabilidad y contiene un elemento emocional (véase *loc. cit.*, págs. 42 y ss.).

(21) STRAFRECHT, *Ein Studienbuch*, I Allg. Teil, 8 te Aufl., 1958, págs. 89 y ss.; *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., 1956, págs. 13 y 15 y 298-99; *Vom Sinn der strafbaren Handlung*, J. Z., 1952, pág. 675, y *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950, págs. 27-28.

(22) Véase MEZGER, *Strafrecht*, I, págs. 87-89, y *Moderne Wege*, páginas 22-28.

(23) Mezger recoge aquí los datos de la tesis leída en Munich (no impresa)

Mezger, todos aquellos tipos cuya forma de comisión culposa no sólo no está castigada por la Ley, sino que ni siquiera es imaginable. «El momento final, dice Mezger, es aquí siempre esencial al tipo (del delito doloso)» (24). La resolución delictiva es en estos casos un elemento constitutivo de lo injusto y al mismo tiempo contiene el dolo como elemento de la culpabilidad. Esto no quiere decir, sin embargo, según Mezger, que el dolo sea un elemento subjetivo de lo injusto. Dolo y elemento subjetivo de lo injusto son dos cosas distintas. El dolo es solo la imagen en el ánimo del autor de los elementos objetivos y subjetivos del tipo (25).

El argumento que opone Mezger a la conclusión de que la resolución delictiva, por ser un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa ha de serlo también necesariamente del delito doloso consumado, es un argumento metodológico. Tanto en la tentativa, como en la consumación; la resolución delictiva pertenece, según Mezger, al tipo de la acción. En el mundo de la realidad jurídico-penal todas las acciones son finales y esta estructura ontológica de la acción humana no puede ser alterada por el legislador. El juicio disvalorativo de la antijuricidad puede recaer, sin embargo, según Mezger, unas veces sobre unos elementos de la acción y otras sobre otros. La ley es soberana al elegir el objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad. En la tentativa la resolución delictiva es un elemento constitutivo de lo injusto, mientras que en el delito consumado el juicio disvalorativo de la antijuricidad recae a veces (no siempre) exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción (26). Basán-

de ROLF SCHMIDT, *Die subjektiven Unrechtselemente in der neuere Strafrechtstentwicklung*, 1952. La distinción entre los tipos configurados final y causalmente se debe a v. WEBER, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 2 te Aufl., 1948, págs. 54 y ss. MEZGER va, sin embargo, mucho más allá que v. WEBER al decir que sólo en los tipos configurados finalmente la resolución delictiva (el dolo, dice v. WEBER) es un elemento subjetivo de lo injusto. El dolo es, según v. WEBER, un elemento objetivo de lo injusto en todos los delitos dolosos, con independencia de que la acción típica esté descrita con un verbo final o causal. El dolo pertenece siempre al tipo subjetivo, es decir, es uno de los elementos constitutivos de lo injusto penal específico (punible) (*Grundriss*, páginas 63, 72-73 y 87; *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pág. 11). MEZGER invoca las siguientes palabras de v. WEBER: "el legislador tiene fundamentalmente dos posibilidades para declarar antijurídica una conducta humana. Puede referir la norma exclusivamente al acontecer externo y prohibir toda conducta causal para un resultado, o puede tomar también por base la voluntad del autor y colocar bajo pena la conducta dirigida a la producción de un resultado" (*Zum Aufbau*, págs. 9 y ss.). V. WEBER considera, sin embargo, que en el "delito doloso de resultado" el legislador hace uso al mismo tiempo de las dos posibilidades; contiene "la conducta causal por una parte y la conducta dolosa por otra" (*Zum Aufbau*, pág. 12). Véase en este sentido ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pág. 82.

(24) MEZGER, *Strafrecht*, I, pág. 88.

(25) MEZGER, *Strafrecht*, I, págs. 89 y 91, y *Moderne Wege*, pág. 27. En el mismo sentido ENGISCHEL, *Rittler-Festschrift*, 1957, págs. 172 y 174 y ss.

(26) MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., 1956, págs. 15 y 16, y ya

dose en este mismo criterio metodológico, afirman ahora Mezger y Lange, que gran parte de los elementos subjetivos de lo injusto admitidos por la doctrina tradicional son sólo elementos subjetivos de lo injusto mientras la acción se halla en el estadio de la tentativa, pero no conservan dicho carácter cuando el hecho pasa al estadio de la consumación (27). La mayor parte de los elementos subjetivos de lo injusto representan una mera anticipación de la protección del Derecho, que queda sin objeto al consumarse el hecho. Esto sucede, según Mezger y Lange, en los delitos de intención, por ejemplo, en el hurto. El ánimo de lucro es un elemento subjetivo de lo injusto mientras la acción se halla en la fase de la tentativa, pero deja de serlo cuando el delito se consuma. El juicio disvalorativo de la antijuricidad recae entonces exclusivamente sobre el lado externo u objetivo de la acción. Existen al mismo tiempo, sin embargo, según Mezger y Lange, elementos subjetivos de lo injusto «auténticos», es decir, que conservan dicho carácter después de la consumación del hecho delictivo. La tendencia voluptuosa en los delitos contra la honestidad y el *animus iniuriandi* en el delito de injurias del artículo 185 del Código penal alemán pertenecen a este grupo.

Este criterio metodológico de la independencia y soberanía de la ley en la elección del objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad no me parece admisible en los términos formulados por Mezger. El Derecho sería libre, según Mezger, de hacer recaer en cada momento el juicio disvalorativo de la antijuricidad sobre elementos diversos de la acción. La resolución delictiva sería en la tentativa un elemento subjetivo de lo injusto, pero no en el delito consumado. El ánimo de lucro sería un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa de hurto, pero no del hurto consumado. El *animus iniuriandi* o la tendencia voluptuosa pertenecerían, en cambio, tanto en la tentativa como en la consumación, al objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad.

El legislador no goza de una libertad tan grande al proceder a la descripción de lo injusto punible. Una vez adoptado por él un criterio rector, es decir, una concepción determinada de la antijuricidad habrán de pertenecer al tipo de lo injusto, necesariamente, todos aquellos elementos que se destaquen como esen-

---

antes en *Vom Sinn der strafbaren Handlung, Juristenzeitung*, 1952, pág. 675 (al señalar ejemplos de tipos en que el juicio disvalorativo de la antijuricidad se refiere sólo al lado objetivo de la acción, MEZGER incurre en algunas contradicciones. Véase *Leipziger Kommentar*, pág. 15; el dolo en el homicidio (art. 212) es tan pronto elemento subjetivo de lo injusto como deja de serlo). Este criterio metodológico es el que fundamenta también las argumentaciones de ENGEL para atribuir a la resolución delictiva en la tentativa el carácter de un elemento subjetivo de lo injusto y negárselo, en cambio, en la consumación: véase *Rittler-Festschrift*, 1957, pág. 174, y *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, pág. 436.

(27) Véase MEZGER, *Strafrecht*, I, págs. 89-90, y *Leipziger Kommentar*, págs. 298-99.

ciales desde el punto de vista de la concepción de la antijuricidad adoptada. Objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad habrán de ser, necesariamente, todos aquellos elementos que se destaquen como esenciales desde el punto de vista adoptado para proceder a la descripción de lo injusto punible. De lo contrario, el legislador incurriría en una contradicción que no sería puramente lógica, sino lógico-objetiva. No es posible, por ello, por ejemplo, que la resolución delictiva sea un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa y no lo sea, en cambio, en el delito consumado. Hemos visto que la resolución delictiva tiene que ser necesariamente un elemento subjetivo de lo injusto de la tentativa, tanto si se parte de una concepción objetiva o subjetiva de la misma. La punición de la tentativa sólo tiene sentido, pues, dentro de una concepción de la antijuricidad que distingue el disvalor de la acción y el disvalor del resultado. El castigo de la tentativa no tiene sentido en una concepción puramente objetiva o despersonalizada de lo injusto, por ejemplo, como mera lesión o peligro de un bien jurídico protegido; desde este punto de vista, el contenido de la voluntad del autor es irrelevante y no puede ser objeto del juicio disvalorativo de la antijuricidad. La pena de la tentativa sólo tiene sentido si se parte de una concepción personal de lo injusto, si se parte de una concepción de la antijuricidad que distingue y destaca del mero disvalor del resultado el disvalor de la acción. Desde este punto de vista, el contenido de la voluntad del autor se destaca como esencial y habrá de recaer sobre él el juicio disvalorativo de la antijuricidad. El dolo habrá de pertenecer entonces al tipo de lo injusto de los delitos dolosos; pero no sólo al tipo de lo injusto de la tentativa, sino también al del delito consumado. Si el juicio disvalorativo de la antijuricidad recayera sobre el dolo en la tentativa, pero no en el delito consumado, el Derecho incurriría en una contradicción lógico-objetiva. El juicio disvalorativo de la antijuricidad recaería alternativamente sobre elementos, que se destacan como esenciales desde puntos de vista distintos, es decir, desde concepciones diversas de la antijuricidad. Las contradicciones lógico-objetivas son por ello, al mismo tiempo, contradicciones en la valoración jurídica. Estas contradicciones son contrarias a la justicia, pues sin la unidad de los criterios valorativos rectores (en nuestro caso sin la unidad de la concepción de lo injusto) el Derecho se transformaría en un caos de valoraciones incompatibles y, por tanto, injustas (28). Sin la unidad de los criterios valorativos rectores sería imposible incluso la ciencia del Derecho, pues su tarea no es otra que interpretar los preceptos jurídicos y exponer su contenido sistemáticamente, es decir, en su conexión interna.

Tiene razón, por ello, Bockelmann (29) al decir que con la

(28) STRATENWERTH, *Das rechtstheoretische Problem der "Natur der Sache"*, págs. 26-27 y 30-31.

(29) BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, págs. 151 y ss.

punición de la tentativa se adopta una auténtica decisión sistemática. El dolo tiene que ser entonces necesariamente un elemento constitutivo de lo injusto en la tentativa y en el delito consumado (30).

Al argumento metodológico que fundamenta esta conclusión no es posible objetar que la voluntad del autor no sea, en los delitos culposos, un elemento constitutivo de lo injusto y que, al menos en ellos sea indudable que el juicio disvalorativo de la antijuricidad recae exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción (31). El juicio disvalorativo de la antijuricidad recae también, sin embargo, sobre el contenido de la voluntad del autor en el delito culposo. También en el delito culposo el contenido de la voluntad del autor es jurídico-penalmente relevante (32). El fin perseguido por el agente es muchas veces jurídico-penalmente irrelevante, pero no los medios elegidos por él para su realización o la forma de su utilización. El hombre que conduce un coche y causa, en forma no dolosa, la muerte de un peatón realiza una acción final: Conducir el coche. El fin de la acción—ir a un lugar determinado—es jurídico-penalmente irrelevante. El medio elegido—el coche—lo es en este caso también. Jurídico-penalmente irrelevante es, en cambio, la forma de la utilización del medio, si el autor, por ejemplo, había conducido a una velocidad excesiva. La forma de utilización del coche, es decir, su conducción a velocidad excesiva, querida por el autor, implica una inobservancia del cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos. El cuidado objetivamente debido se determina según las necesidades del tráfico y según la capacidad de un hombre inteligente y cuidadoso, y no según la capacidad del autor de la acción concreta. Es un criterio objetivo que se utiliza para

---

(30) WELZEL (*Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2 te Aufl., pág. 197; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3 te Aufl., 1957, págs. 7 y ss., especialmente pág. 10, y *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., 1960, págs. 28 y ss.); ARMIN KAUFMANN (*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, páginas 67 y ss.), y MAURACH (*Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 2 te Aufl., páginas 133-34) consideran que de la estructura final de la acción humana se deriva ya la necesidad de que la resolución delictiva sea un elemento del tipo de lo injusto. A mí me parece, en cambio, que la estructura final de la acción humana es compatible con una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto. Véase mi artículo "La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica", de próxima publicación.

(31) En este sentido habría que interpretar las palabras de Mezger, cuando dice que aunque la conducta humana sea siempre final su punibilidad no puede depender de la existencia de una relación final con el resultado delictivo, puesto que ésta no existe en el delito culposo; véase MEZGER, *Strafrecht Ein Studienbuch*, Allg. 8 te Aufl., págs. 90-91.

(32) Véase WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3 te Aufl., pág. 11, y *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 36 y 37. Véase también mi artículo *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, Z. Str. W. Bd. 71, H. 1.

determinar la tipicidad de la conducta. El contenido de la voluntad del autor es, pues, jurídico-penalmente relevante y fundamenta la antijuricidad de la acción. La muerte no dolosa del peatón es sólo típica si se ha producido precisamente a causa de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Si la muerte del peatón se hubiera producido, aunque el conductor hubiera observado el cuidado objetivamente debido, es decir, aunque no hubiera conducido a velocidad excesiva, la lesión del bien jurídico no sería típica. El disvalor de la acción —es decir, la inobservancia del cuidado objetivamente debido— constituye también el núcleo esencial de lo injusto de los delitos culposos (33). El disvalor del resultado no tiene relevancia, si la lesión del bien jurídico no ha sido causada por una acción antijurídica. El juicio disvalorativo de la antijuricidad recae, pues, también en el delito culposo sobre el contenido de la voluntad del autor, es decir, sobre el lado interno o subjetivo de la acción.

d) La necesidad de que el dolo sea un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos se deriva de la punición de la tentativa, es decir, de la punición de las acciones dirigidas por la voluntad de sus autores a la lesión de un bien jurídico. Si un Código penal castiga la tentativa de delito, será necesario concebir el dolo como un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos; de todos ellos, y tanto en el estadio de la tentativa como en el de la consumación.

La inclusión del dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos viene exigida, además, por la existencia de los restantes elementos subjetivos de lo injusto. ¿Cómo es posible considerar, por ejemplo, el ánimo de lucro en el hurto, como un elemento subjetivo de lo injusto y negar dicho carácter, en cambio, al dolo (34). El ánimo de lucro no es posible sin el conocimiento del carácter ajeno de la cosa. No tiene sentido, por otra parte, el incluir sólo en el tipo de lo injusto, como hace Mezger (35), el conocimiento del carácter ajeno de la cosa y dejar, en cambio, los restantes elementos del dolo para la culpabilidad. Esta escisión carecería de sentido.

e) Una vez demostrada la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto carece de sentido el incluirle de nuevo en la culpabilidad (36). Por el mero hecho de su pertenencia al tipo de lo in-

(33) Véase en este sentido WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 113 y ss.

(34) Sobre esta inconsecuencia han llamado la atención, entre otros, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2 te Aufl., pág. 184; BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 35, y WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 35, 55 y 56.

(35) MEZGER, *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., pág. 295.

(36) Como hacen, por ejemplo, MEZGER, *Strafrecht*, I, pág. 91; *Leipziger Kommentar*, 8 te Aufl., pág. 296; ENGISCH, *Rittler-Festschrift*, págs. 171 y ss., y BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1959, págs. 35 y ss.

justo es ya un presupuesto de la culpabilidad. La culpabilidad, como juicio de reproche personal, comprende todos los presupuestos de dicho juicio, es decir, la acción antijurídica. En la culpabilidad se examina la reprochabilidad de la resolución delictiva del autor y de los restantes elementos subjetivos de lo injusto (37).

Carece de sentido, asimismo, el intento de Mezger de diferenciar la resolución delictiva como elemento subjetivo de lo injusto y el dolo. Este sería, según Mezger, el reflejo en la mente del autor de la resolución delictiva. El dolo sería el conocimiento y voluntad del autor de que conoce y quiere la realización de los elementos objetivos del tipo de lo injusto. No tiene sentido, a mi juicio, la referencia del dolo a los elementos subjetivos del tipo de lo injusto (38). Es preciso concluir, por ello, que el dolo es idéntico a la resolución delictiva y es un elemento constitutivo de lo injusto.

2) *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español.*

El razonamiento llevado a cabo para demostrar que el dolo ha de ser un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos es válido para todo Código penal en que se castigue la tentativa de delito. Es válido, por tanto, para el Código penal español, que castiga la tentativa en el artículo 3.º. Las razones que fundamentan la necesidad de la inclusión del dolo en el tipo de lo injusto—la punición de la tentativa y la existencia de elementos subjetivos de lo injusto—concurren en el Código penal español Rodríguez Muñoz ha creído ver, sin embargo, ciertos obstáculos en el Código penal español para admitir que el dolo pertenezca a lo injusto (38 bis).

Rodríguez Muñoz señala, en primer término, que la palabra dolo en la lengua castellana «expresa un concepto *esencial* y *exclusivamente jurídico* y que en ningún caso nos servimos de dicha palabra fuera de la órbita del Derecho para expresar un propósito, una intención o un designio irrelevantes para el Derecho». A este respecto es preciso observar, que el hecho de que la palabra dolo exprese en castellano un concepto jurídico no prejuzga en absoluto cuál haya de ser el contenido de dicho concepto. Para la doctrina de la acción finalista el dolo es *también* un concepto jurídico. Dolo es para ella la finalidad jurídico-penalmente relevante (40). La palabra *Vorsatz* tiene en alemán un sen-

(37) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., págs. 139-40.

(38) ENGELSCH considera, en cambio, como MEZGER, posible la referencia del dolo a los elementos subjetivos de lo injusto; véase *Rittler-Festschrift*, página 172, y *Der Unrechtsstaibestand im Strafrecht, Festschrift Deutscher Juristentag*, págs. 427-8.

(38 bis) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, "Anales de la Universidad de Valencia", vol. XXVII, 1953, pág. 38.

(40) Véase WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 7 te Aufl., pág. 59; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2 te Aufl., págs. 218 y ss., y NIESE,

tido corriente, equivalente a propósito o intención, pero a la vez también un sentido técnico-jurídico. *Vorsatz*, en sentido técnico, es para los finalistas la conciencia y la voluntad de la realización de los elementos objetivos de un tipo delictivo; para los representantes de la concepción tradicional comprende, además, la conciencia de la antijuricidad. En la doctrina penal española, como en la alemana, antes del advenimiento del finalismo, el término dolo es utilizado en el sentido tradicional, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. El término dolo es utilizado, sin embargo, muy pocas veces por el Código penal español y, cuando lo hace, no es preciso en modo alguno entenderlo en el sentido comprensivo de la conciencia de la antijuricidad; así, por ejemplo, en el artículo 423, al hablar el Código de las infracciones dolosas de las leyes de trabajo. Los tipos de las acciones prohibidas por las leyes de trabajo pueden ser realizadas en forma culposa, es decir, no dolosa (en el sentido de dolo del hecho).

El Código penal español utiliza con mucha frecuencia las palabras voluntad, intención o malicia para designar la forma de realización dolosa de los tipos penales. No creo que estas expresiones estén transidas de un sentido disvalorativo, desde el punto de vista de la culpabilidad, como cree Rodríguez Muñoz. Las palabras intención y voluntad no es preciso que sean entendidas como sinónimas de dolo en el sentido tradicional; pueden ser entendidas como sinónimas de dolo de hecho, es decir, como conocimiento y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo. La lesión de un bien jurídico puede ser voluntaria o incluso intencional, a pesar de que el autor no tenga conciencia de la antijuricidad de su conducta. La palabra malicia tiene varios significados en el lenguaje usual y puede tenerlos también en el lenguaje jurídico. La palabra malicia puede ser equivalente en la técnica penal al conocimiento y voluntad de la concurrencia de las circunstancias objetivas que pertenecen al tipo de lo injusto. No es preciso, a mi juicio, que tenga un sentido más amplio, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad, como cree Antón Oneca (41). El que causa de un modo culposo (con culpa de hecho) la lesión de un bien jurídico actúa sin malicia. La mujer que limpia los cristales de una ventana y da sin querer un empujón a un tiesto y éste cae sobre la cabeza de un transeúnte causándole la muerte, ha obrado sin malicia. Este es el sentido en que, a mi juicio, está utilizada la palabra malicia en el artículo 565, al decir la ley: «El que por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que si mediare malicia constituiría delito...». Si así no fuera se llegaría a conclusiones absurdas. Si la pa-

*Finalität Vorsatz und Fahrlässigkeit*, págs. 53 y ss. Por esto es inexacto el término de dolo natural para designar el dolo en el sentido de la teoría de la acción finalista.

(41) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, pág. 206.

labra malicia incluyera necesariamente la conciencia de la antijuricidad no estarían comprendidos en el artículo 565 todos aquellos casos de culpa consciente en que el autor actúa con conciencia de la antijuricidad de la conducta; es decir, en que el autor actúa con conciencia de que su conducta crea un peligro *antijurídico* de un bien jurídico protegido; es decir, que su conducta no responde al cuidado objetivamente exigido por el Derecho para evitar las lesiones de los bienes jurídicos (42). Por otra parte, si se aceptase la llamada teoría del dolo (según la cual éste comprende la conciencia de la antijuricidad) habría que incluir en el artículo 565 los casos de la llamada culpa jurídica, es decir, aquellos en que el autor no tenía conciencia de la antijuricidad de su conducta, pero podría tenerla. Para ello, habría que forzar, sin embargo, los límites del tenor literal del precepto, pues difícilmente podría decirse que el autor había realizado el hecho por imprudencia temeraria (o simple, con infracción de reglamentos) cuando había actuado dolosamente, con dolo de hecho.

La prueba, en fin, de que la palabra malicia puede tener en la técnica penal otros sentidos distintos al del dolo en sentido tradicional nos la suministra el Código mismo. En los artículos 357 (retardo malicioso en la administración de justicia) y 359 (el funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, deja maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes) no puede ser sinónima de dolo en el sentido tradicional comprensivo de la conciencia de la antijuricidad. La palabra malicia es utilizada aquí para designar un elemento subjetivo de lo injusto (el ánimo de perjudicar a una de las partes, en el artículo 357, y el de favorecer la impunidad del delincuente, en el artículo 359):

No creo que pueda verse, por consiguiente, obstáculo alguno en la terminología del Código penal español para incluir el dolo en el tipo de lo injusto de los delitos dolosos, inclusión, por otra parte, necesaria desde el momento en que el Código pune la tentativa.

---

(42) Esta conducta es antijurídica aunque no se produjera la lesión del bien jurídico y aunque no infringiera reglamentos o normas especiales, es decir, aunque el cuidado objetivamente debido no estuviera fijado en otra norma del ordenamiento jurídico. Contra esta conducta es lícita la legítima defensa.

## SECCION LEGISLATIVA

# La recepción en el Derecho español de las sanciones por infracción al derecho de la guerra \*

MANUEL MEDINA ORTEGA

Profesor Encargado de Curso en la Universidad de Madrid

La historia del Derecho internacional público puede ser definida en los términos de un proceso de concreción. El Derecho de gentes pasa de lo abstracto a lo concreto, en una evolución de cuatro o cinco siglos. El Derecho de gentes surge, íntimamente relacionado con el Derecho natural y como una parte del mismo, de las manos de los teólogos-juristas españoles y los filósofos-juristas europeos (1), para irse diferenciando poco a poco, hasta adquirir autonomía (2). Hay un proceso de positivación, de modo que de la formulación doctrinal de un conjunto de principios se pasa a la solidificación de las costumbres internacionales y a la redacción de tratados y convenciones. Por otro lado, el Derecho internacional sufre una ampliación, de modo que el todopoderoso Estado moderno se ve hoy constreñido, cada vez más, por normas internacionales, y su competencia doméstica se va reduciendo continuamente.

En el derecho de la guerra, este proceso de positivación y ampliación ha alcanzado un estado muy avanzado de desarrollo. Los convenios de Ginebra de protección a las víctimas de la guerra, de 1949, y el Convenio firmado en La Haya para la protección de bienes culturales en tiempo de guerra, suponen, efectivamente, una importante realización. No quiere decir esto que creamos que la positivación del Derecho de la guerra constituya *en sí* un progreso. Es evidente que el progreso sólo se producirá si se obtiene en definitiva una humanización de la guerra. La positivación del Derecho de la guerra es sólo un instrumento para la consecución de este fin, no el fin en sí mismo. Concretamente, en el caso de estas Convenciones, una cosa es la positivación de las normas de Derecho de la guerra, y otra distinta es la aplicación efectiva de las minuciosas disposiciones sobre alojamiento y cuidados médicos de los prisioneros de guerra, o de conservación de obras de arte.

---

(\*) Comunicación presentada a las Jornadas de Derecho penal militar y Derecho de la guerra.

(1) MARY: Règles générales des conflits des lois. *Rec. des Cours* (de l'Académie de Droit International), 57 (1936-III), p. 362.

(2) GUGGENHEIM: Les origines de la notion autonome du droit des gens. *Simbolae Versijl*, 177-189.

La Comunidad internacional está hoy en una fase de articulación. El desarrollo de las Organizaciones internacionales va dotando de órganos propios a esa Comunidad. Pero la estructuración es todavía imperfecta. No existen los órganos internacionales necesarios, dotados del poder que les haría falta para imponer el cumplimiento de las normas de Derecho de gentes. En esta situación, hay que recurrir en muchas ocasiones al poder coactivo de los Estados, para lograr la efectividad de esos preceptos. Los Estados se convierten así en órganos de la Comunidad internacional, en ejecutores o auxiliares en la realización de la justicia internacional, encargados de reprimir y sancionar las infracciones a las normas positivas de Derecho de gentes. Mientras el cumplimiento de estas disposiciones quede sometido al arbitrio estatal, no podremos hablar de una auténtica Comunidad internacional, y hemos de conformarnos con la más modesta Sociedad internacional (3).

El Derecho internacional penal de la segunda postguerra ha supuesto, sin embargo, un considerable avance en este terreno, al declarar punibles internacionalmente una serie de infracciones al Derecho de gentes, como los crímenes de guerra, los crímenes contra la paz y los crímenes contra la humanidad. Pero la acción de los Tribunales de Nüremberg y del Extremo Oriente ha sido realmente esporádica. Incluso se nos plantea el problema de la validez de sus decisiones (4). Algo en lo que ahora no profundizamos para no alejarnos del problema que nos ocupa. Baste consignar que hasta la fecha no se ha llegado a una institucionalización de la función penal internacional mediante la creación de una jurisdicción *ad hoc*.

Los Convenios de Ginebra y La Haya suponen también un progreso en cuanto a la positivación del Derecho internacional penal. Aunque en materia penal se advierte un grado menor de utopismo que en el resto de los textos. Son mucho más cautos a la hora de definir tipos penales que en el momento de imponer obligaciones a los Estados sobre la conducción de las hostilidades. Esto supondría muy bien ayudar a una mayor efectividad de esas normas positivadas. La sociología jurídica actual nos enseña que cuanto menor sea el *écart* entre norma y realidad social, mayores son las posibilidades de aplicación de aquélla (5). Por esto no hay nada más dañino que el utopismo en la positivación del Derecho internacional (6).

La posibilidad de funcionamiento del Derecho depende, en definitiva de

(3) TRUYOL Y SERRA: *Genèse et structure de la société internationale. Rec. des Cours*, 96 (1959-I), 573 s.

(4) Sobre el tema hay una abundante bibliografía. Recogemos "ad exemplum", algunos títulos: DEL ROSAL: *Principios de Derecho Penal*, 1948, p. 217 ss., y *Acercas de los crímenes contra la Humanidad*, 1950; JESCHEK: *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, 1952; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, III (1950), 982 ss.; MIAJA DE LA MUELA: El genocidio, delito internacional, *R. E. D. I.* (Revista española de Derecho internacional), IV (1951), 363-408; QUINTANA RIPOLLÉS: *Tratado de Derecho penal internacional y de internacional penal*, 2 vols. 1955-57; TRUYOL Y SERRA: *Crímenes de guerra y Derecho natural, R. E. D. I.*, I (1948), 45-73.

(5) LANDHEER: *Les théories de la Sociologie contemporaine et le droit international. Rec. des Cours*, 92 (1957-555), 547 ss.

(6) Como ejemplos de utopismo en el Derecho internacional penal, vid las obras de V. PELLÁ: *La criminalidad colectiva y el derecho penal del porvenir* (trad. española), Madrid, y de Q. SALDAÑA: *La justicia penal internacional*, 1923.

la existencia de una serie de garantías y de la existencia de responsabilidades para quienes infrinjan las normas jurídicas. El Derecho internacional clásico no admitía otros sujetos que los Estados y algunas entidades afines. El nuevo Derecho internacional ha desbordado ese *numerus clausus* de sujetos, admitiendo otros sujetos distintos, como las Organizaciones internacionales y los simples individuos (7), y, al hacerlo, ha permitido sentar las bases del Derecho internacional penal de la segunda mitad del siglo xx. Los Convenios de Ginebra y La Haya son tratados multilaterales firmados entre Estados y concebidos primordialmente en el sentido de imponer una serie de obligaciones a los Estados, llevando la infracción de esas normas aparejada la consiguiente responsabilidad estatal. Pero se advierte en ellas la conciencia de que esta responsabilidad genérica no basta para garantizar la ejecución del texto de los convenios. Es necesario individualizar la responsabilidad, concretar en las personas que efectivamente infringen las normas del derecho de la guerra la imposición de sanciones penales (8).

Sentado este principio, dos posibilidades cabían a los redactores de los Convenios que analizamos: crear unos órganos internacionales con competencia universal para sancionar las infracciones o atribuir a cada Estado la facultad sancionadora. Se rechazó la primera solución. En aras—como hemos visto— de una concepción realista del Derecho internacional, se prefirió no acudir a la creación de una jurisdicción penal internacional. Se optó por la segunda, la de encomendar a los Estados la represión de estas infracciones (principios de justicia mundial) (9). Pero no totalmente dentro de los esquemas tradicionales, como veremos a continuación.

Las cinco convenciones a que nos referimos contienen preceptos de carácter penal para el caso de infracción de sus normas. Estos son los artículos 49-54 de la Convención relativa a la mejora de la suerte de los heridos y enfermos en los ejércitos en campaña, los artículos 50-53 de la Convención de náufragos y heridos en el mar, los artículos 129-132 de la Convención sobre prisioneros de guerra y los artículos 146-169 de la Convención para la protección de personas civiles; así como el artículo 28 de la Convención sobre protección de bienes culturales. El texto de los artículos 49-52 de la Convención sobre heridos y enfermos en campaña es repetido en las otras tres Convenciones, y el artículo 28 de la Convención sobre bienes culturales es, sencillamente, distinto, aunque de idéntico contenido sustancial. Hagamos, pues, el análisis básico partiendo de los artículos 49-52 de la primera Convención.

«Art. 49. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente.

---

(7) VERDROSS: *Ont he Concept of International Law*. A. J., 43 (1949), 435 ss.

(8) Sabido es que en Derecho penal no existe otro tipo de responsabilidad que la que nace de la culpabilidad, y ésta es individual, personal. Cfr. DEL ROSAL: *Derecho penal español*. I, 1960, p. 370.

(9) DEL ROSAL: *Principios*, p. 191 s.; JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado*, II (1950), p. 656 ss.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefriere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas a otra parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.

Cada Parte Contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.

En todas circunstancias, los inculpados gozarán de las garantías de procedimiento y de libre defensa, que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de prisioneros de guerra.

»Art. 50. Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican alguno de los actos siguientes, si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.

»Art. 51. Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que incurra ella misma u otra Parte Contratante, respecto a las infracciones previstas en el artículo precedente.

»Art. 52. A petición de una de las Partes contendientes, deberá incoarse una encuesta, según la modalidad que se fije entre las partes interesadas, respecto a toda supuesta violación alegada del Convenio.

Si no se consigue un acuerdo acerca del procedimiento de encuesta, las Partes se entenderán para escoger un árbitro, que decidirá sobre el procedimiento que haya de seguirse.

Una vez comprobada la violación, las Partes contendientes acabarán con ella, reprimiéndola lo más rápidamente posible.»

Los Convenios pudieron haber optado por la creación de una auténtica jurisdicción criminal internacional, pretensión que la doctrina había formulado como objetivo a alcanzar (10). No dudamos que esta solución es, desde luego, teóricamente más perfecta; pero, ¿hasta qué punto realizable? Los Convenios de Ginebra fueron mucho más moderados, mucho más realistas. El principio recogido es otro; el de que cada Parte Contratante *tiene que perseguir* las infracciones, cualquiera que sea la nacionalidad del infractor. La competencia para la persecución de estos delitos no se apoya en ninguno de los criterios clásicos: territorialidad o nacionalidad. Se apoya simplemente en la comisión de infracciones a los convenios. Con esto no estamos ante la competencia estatal. No podemos hablar auténticamente de una competencia estatal. La represión de los delitos hay que entenderla como competencia a la Comuni-

(10) GLASER: *Introduction à l'étude du droit international pénal* (1954), p. 168; SÁNCHEZ-APELIANIZ: *Notas para una teoría del crimen de guerra, Actas del Primer Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, II (1952), p. 275 ss.

dad internacional. Los Estados actúan aquí sólo como órganos de la Comunidad internacional, por carecer ésta de órganos propios. Estamos aceptando así la tesis del desdoblamiento funcional, que creemos hoy una realidad innegable.

La obligación de perseguir las infracciones por parte de los Estados sólo se extiende a las infracciones graves. Una serie de infracciones que vienen taxativamente enumeradas en el artículo 50 de la Convención sobre heridos en campaña. La figura de la «infracción grave» se delimita a través de unos requisitos, que podemos clasificar de la siguiente forma:

1. La acción relevante ha de consistir en:

- matar intencionalmente;
- torturar o tratar inhumanamente, incluso las experiencias biológicas;
- causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud;
- destruir y apropiarse bienes (en el texto inglés, creemos que más razonablemente, se dice «extensive destruction and appropriation of property»).

2. Objeto material:

- personas protegidas por los convenios. Es decir, heridos y enfermos en campaña o en el mar, naufragos, prisioneros de guerra, personas civiles;
- cosas muebles o inmuebles.

3. Bien jurídico protegido:

- la vida humana e integridad física, los principios de humanidad, la propiedad y el patrimonio cultural.

4. Es necesario que se «ejecuten en gran escala, de manera ilícita y arbitraria». En el texto inglés hay una diferencia importante. El «en gran escala» no se coloca en este apartado general, sino que se antepone a la «destrucción y apropiación de propiedad», calificando así sólo a una de las acciones y no a todas. La redacción inglesa parece más razonable que la franco-española, porque tiene sentido al calificar los atentados contra la propiedad, bien jurídico protegido de menor importancia que el de los otros supuestos, a saber, la persona humana. Un solo homicidio intencional arbitrario, ilícito y no justificado por las necesidades de la guerra, constituye en sí una infracción grave. En cambio, cuando el bien protegido, la propiedad, tiene una importancia secundaria, sólo podremos hablar de «infracción grave» cuando los actos a que aludimos se realizan a una escala mayor.

Es necesario, desde luego, que los actos se «ejecuten» de manera ilícita y arbitraria». Hemos de entender que se hagan infringiendo las leyes de la guerra. No sólo el derecho de los convenios, sino también cuando se infrinja cualquiera otra norma del *ius in bello*, pacticia o consuetudinaria. No podemos ahora profundizar en este sentido.

5. Que no sean justificadas por las necesidades de la guerra. Es éste el punto más impreciso de la figura que estudiamos. El estado de necesidad es una institución admitida como causa de exclusión de responsabilidad por los derechos penales estatales (11). Se justifica en base a la conservación de la

(11) Así, en el Código penal español, art. 8-7.º.

propia persona, y cuando se lesionan sólo bienes de menor valor que el que se intenta proteger. En el derecho de la guerra, la «necesidad militar» sufre, sin embargo, una ampliación. La cuestión está en determinar los límites de esa ampliación. Una determinada concepción del derecho de la guerra hace equivaler necesidad militar a razón de guerra. Una omnipotente «razón de guerra» que, como la «raggione di stato» de Maquiavelo, lo justifica todo. Como se expresa en la doctrina alemana, «Kriegsräson geht vor Kriegsmannier». Frente a esta concepción exagerada de la razón de guerra, el Tribunal de Nüremberg ha señalado la existencia de auténticas limitaciones. La necesidad militar—creemos con Glaser (12)—no puede ser entendida de forma distinta a como lo es el estado de necesidad en el Derecho penal estatal. Debe ser apreciada en actos particulares, como causa de inculpabilidad en supuestos concretos y eximiendo, por tanto, de la pena (13).

Junto a estos tipos penales básicos cabe añadir el artículo 54 de la Convención sobre heridos (utilización indebida de distintivos de la Cruz Roja y similares), y el artículo 28 del Convenio sobre protección de bienes culturales (sanciones por infracción a los preceptos de la Convención), que no analizamos ahora por razones de espacio y tiempo.

Estas figuras delictivas no son perfectas. Los textos internacionales no las delimitan a efectos de su aplicación directa, sólo a efectos de su aplicación indirecta a través de la función legislativa de los Estados firmantes de las Convenciones. Impone una obligación a los Estados, cuyo cumplimiento dará lugar a la responsabilidad de éstos. Los Estados se obligan, fundamentalmente, a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de esas infracciones.

España depositó en Berna, el 4 de agosto de 1952, los instrumentos de ratificación de las cuatro Convenciones de protección a las víctimas de la guerra, y el de ratificación del Convenio sobre protección de bienes culturales en la Dirección de la UNESCO el 7 de julio de 1960, publicando sus textos en el *Boletín Oficial del Estado*.

La relación entre el Derecho internacional y el Derecho interno es quizá el problema más debatido de la teoría general del Derecho de gentes. Para una postura internacionalista extrema, las normas internacionales obligan directamente dentro del Estado, el derecho estatal es sólo una especie de apéndice del Derecho internacional. Para una teoría nacionalista extrema, la separación neta de los dos órdenes jurídicos impedirá que una norma internacional adquiera ningún valor dentro del ámbito de validez del Derecho estatal, sino mediante una recepción a través de las fuentes de producción de este último. A primera vista, podría parecer que el problema que nos ocupa requeriría la solución de este problema previo. Pero no ocurre nada de esto. Como acabamos de ver, las figuras delictivas recogidas en los Convenios de Ginebra son incompletas. No describen auténticamente delitos internacionales. Imponen a los Estados, eso sí, la obligación de definir en sus derechos

(12) Op. cit., p. 109 ss.

(13) Véase un planteamiento dogmático de la cuestión en DEL ROSAL, *Derecho penal español*. I (1960), p. 359 ss.

internos tales figuras delictivas. Un juez nacional, aun admitiendo que las normas internacionales formen parte directamente del Derecho estatal, no podría aplicar esos tipos incompletos sin una adecuada recepción estatal.

En Derecho español, concretamente, el principio de legalidad (arts. 23 del Código penal y 128 del Código de justicia militar) exige la promulgación de una ley que recoja esos tipos, completados por la fijación de penas (art. 1.º del Código penal y 181 del Código de justicia militar). Como hace ocho años que España ratificó los Convenios de Ginebra, se nos plantea el problema de si en este momento nuestro país ha cumplido o está cumpliendo con las obligaciones que en él se le imponen, por motivos de evidente índole práctica. Se trata de evitar que España incurra en responsabilidad debido al incumplimiento de esas obligaciones.

Tres leyes importantes recogen en España los delitos contra el Derecho de gentes: el Código penal, el Código de justicia militar y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante.

El Código penal, bajo la rúbrica «Delitos contra el Derecho de gentes», no incluye otra cosa que los delitos contra Jefes de Estado extranjeros y su representantes (arts. 136 y 137). A continuación incluye el «Delito de piratería», auténtico delito contra el Derecho de gentes, pero indiferenciado de la piratería interna (arts. 138 y 139). A lo largo de su articulado se pueden encontrar supuestos de sanciones por infracciones relacionadas con el derecho de guerra, como el artículo 127 (dar motivo a una declaración de guerra contra España o exponer a los españoles a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes); artículo 130 (el que violare tregua o armisticio); artículo 133-2.º (el que destinare buques al corso); artículo 195 (el funcionario público que expropiare de sus bienes a un nacional o extranjero). El artículo 324 (el que usare insignias que no estuviere autorizado para llevar) podría ponerse en relación con el artículo 53 de la Convención sobre heridos y enfermos, en cuanto a la utilización de signos distintivos de la Cruz Roja y similares. En cuanto se produzcan homicidios y lesiones, será aplicable el título de los delitos contra las personas a los supuestos correspondientes del artículo 50 del Convenio sobre heridos y enfermos. Y lo mismo ocurrirá con las disposiciones relativas a los delitos contra la propiedad, en especial de los artículos 547 y siguientes (del incendio y otros estragos).

La Ley penal y Disciplinaria de la Marina mercante, de 22 de diciembre de 1955, es mucho más cuidadosa en este aspecto que el Código penal. Lo que se explica por su mayor modernidad y por haber sido dictada después de la ratificación por España de las Convenciones de Ginebra. El capítulo II del Título II de esa Ley está dedicado a los «Delitos contra el Derecho de gentes y las leyes y usos internacionales», comprendiendo los artículos 9.º a 23. La sección 1.ª (arts. 9-12) está dedicada a la piratería. La sección 2.ª (arts. 13-17) sanciona la denegación de auxilio, considerando delictiva la omisión de socorro en caso de naufragio; estos artículos habrán de ser considerados en relación con los artículos 12-21 de la Convención sobre heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.

La sección 3.ª («Infracción de las normas internacionales») es, sin embargo, la que más nos interesa. El artículo 19 castiga la conducta del «Capitán de un buque mercante que infrinja las normas internacionales de la guerra

marítima en forma que pueda representar algún peligro para los intereses o neutralidad de España). Es de lamentar la inclusión de la coletilla final, que resulta, además, innecesaria. La simple infracción grave de las normas de la guerra marítima debía bastar para constituir el tipo delictivo; porque cualquier infracción grave habrá de implicar una responsabilidad por parte del Estado español, en cuanto miembro de la Comunidad internacional y, en especial, como firmante del Convenio sobre heridos, enfermos y náufragos en el mar.

El artículo 18 es más claro en este aspecto: «El que a bordo de una embarcación mercante o formando parte de su dotación, infligiere malos tratos o despojare de sus vestidos y efectos a heridos, enfermos o náufragos». Este artículo cubre una parte del contenido del artículo 50-3.º del Convenio sobre heridos, enfermos y náufragos: «Cada Parte contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, distintas de las infracciones graves enumeradas en el artículo siguiente», en relación con el artículo 12-2.º: «Serán tratados y cuidados con humanidad por la parte contendiente que los tenga en su poder».

El artículo 22 castiga «el empleo abusivo de los signos distintivos señalados por los Convenios internacionales para los buques hospitales militares, equipados por particulares o sociedades de socorro oficialmente reconocidas, o a costa de entidades y Estados neutrales», correspondiendo a la protección que los artículos 43-45 dan a esos signos distintivos.

En resumen, la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante supone un acercamiento a los compromisos de Derecho internacional contraídos por España. Pero las normas siguen siendo escasas, un tanto anárquicas y no comprensivas de los supuestos penales que hemos expuesto antes, recogidos en el artículo 51 de la Convención sobre náufragos.

El Código de justicia militar es el texto más indicado para la incorporación de los preceptos comunes de los Convenios de Ginebra y el artículo 28 del Convenio sobre protección de bienes culturales. Nos encontramos, sin embargo, con que es anterior a estas convenciones (1945), y con posterioridad no se ha introducido ninguna reforma que incorpore las disposiciones en cuestión. Dentro del título que se ocupa de los «Delitos contra la seguridad de la Patria», el capítulo III (arts. 279-285) se encabeza con la rúbrica «Delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo». De estos artículos, el 283 resulta claro que no constituye un delito contra el Derecho de gentes: «El militar que en la guerra despoje y se apropie del dinero o alhajas que sus compañeros de armas muertos en el campo llevaren sobre sí» Para Pastor Ridruejo, su lugar adecuado está en el Título XI, «Delitos contra el honor militar» (14).

El artículo 280 sanciona al «militar o agregado a los Ejércitos que sin orden expresa de sus jefes, incendie o destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades, saquee a los habitantes de pueblos o caseríos o cometa actos de violencia en las personas». No encontramos en este artículo una completa protección contra las infracciones al Derecho de

(14) Los delitos contra el Derecho de gentes en el Código de Justicia militar. *Rev. Española de Derecho militar*, núm. 10 (julio-diciembre 1960), 9-20.

gentes. El «sin orden expresa de sus jefes» deja ver que no sería posible la imposición de sanciones cuando los jefes ordenaran expresamente esos actos, aun cuando fueran en contra de todas las prescripciones del derecho de guerra.

El artículo 281 da auténticas garantías. Así, su apartado 3.º sanciona la destrucción de templos, bibliotecas, archivos, acueductos u obras notables de arte. Hay que entenderlo, pues, como una protección al texto del convenio sobre bienes culturales. El párrafo 2.º prohíbe igualmente «atacar directamente, sin necesidad, hospitales, asilos de beneficencia, aeronaves o medio de transporte dedicado a idénticos fines, dados a conocer por los signos establecidos para tales casos». El artículo 282 sanciona la conducta de despojar a un herido o prisionero de guerra de sus vestidos u otros efectos para apropiárselos, y el hecho de causarle lesiones o agravar notablemente su estado con ese motivo. El artículo 284 castiga, en fin, la apropiación indebida o innecesaria de edificios u objetos muebles a título de requisa.

El Código de justicia militar, en conclusión, cubre algunos aspectos de los previstos por los Convenios que estudiamos. Pero, como texto anterior a los Convenios de Ginebra y al Convenio sobre protección de bienes culturales, no recoge todos los supuestos previstos en ellos. Lo hace, además, desordenadamente y sin conciencia clara de lo que son los delitos contra el Derecho de gentes, confundiendo las infracciones a éste con las infracciones a la disciplina militar. No está aquí el sitio adecuado para sancionar los actos de desobediencia o desacato a los superiores. Se trata de tipificar una serie de conductas que atentan a los criterios de humanidad y que vienen descritos en textos firmados por España. Es necesario tipificar estas infracciones al Derecho internacional de una manera ordenada, señalando los supuestos delictivos y las penas que llevan aparejadas.

Es necesaria, a la vista de todo esto, una rectificación legislativa, para salvar la responsabilidad contraída por España al firmar estos Convenios. Esta modificación legislativa debe afectar a los tres textos legales que hemos mencionado, el Código penal, el Código de justicia militar y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante. En el Código penal, la introducción de los delitos contra el Derecho de gentes es una necesidad ineludible. Deben ser comprendidas en él todas las modernas figuras delictivas internacionales. Pero, en lo que en este momento nos afecta, las principales modificaciones deben ir a la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina mercante y al Código de justicia militar. La tipificación de estas figuras penales no es fácil. La traducción de los textos internacionales a los nacionales debe verificarse con sumo cuidado. Además, debe buscarse una uniformidad de soluciones con los demás derechos penales nacionales, lo que requiere una labor previa de estudios comparados. Se trata, pues, de una tarea delicada, en que internacionalistas y penalistas han de cooperar estrechamente si se quiere llegar a resultados satisfactorios.

**Ley 30 julio 1959.-Procedimiento de urgencia**

A partir de la entrada en vigor de la Ley de 8 de junio de 1957, que instauró un procedimiento de urgencia para la persecución de determinados delitos, fueron llegando al Ministerio de Justicia muy autorizados testimonios acerca de los li-sonjeros resultados alcanzados con su aplicación, unidos a sugerencias de ampliar su ámbito material, ya con carácter general, ya circunscribiéndolo a ciertos delitos que, como todos los de emigración, demandaban una mayor agilidad y rapidez en su enjuiciamiento. Aunque el tiempo transcurrido desde que la Ley reformadora de la de Enjuiciamiento Criminal se puso a prueba ha sido tan breve que cualquiera ampliación de su ámbito pudiera parecer prematura, la unanimidad y reiteración de aquellos testimonios ha sido tal, que mueven el ánimo a tomarlos en consideración, extendiendo al efecto la aplicación de la Ley a los delitos perseguibles de oficio castigados con pena privativa de la libertad no superior a las de presidio y prisión menor, o con la multa, cualquiera que sea su cuantía, o con ambas penas, así como a los delitos flagrantes perseguibles de oficio castigados con pena no superior a las de presidio o prisión mayor.

La reforma de este punto capital ha sido aprovechada para retocar algunos preceptos reguladores del procedimiento, bien para acentuar su flexibilidad, como la pretendida con la modificación de los artículos 780, párrafo tercero; 786, regla tercera, y 792, párrafos cuarto y quinto; bien para aclarar algunas pequeñas dudas que habían surgido en su aplicación, cual sucedió con la de los artículos 786, regla sexta; 991, párrafo primero; 793. 799 y 800; bien para mejorar la colocación del as normas, como ocurre con el párrafo tercero del vigente artículo 793, que tiene lugar más adecuado en el siguiente artículo 794.

Independientemente de las reflexiones anteriores, y ante la circunstancia de que el considerable número de sumarios que ha de acomodarse al procedimiento especial, requiere su atribución exclusiva a uno o varios Juzgados, en los Partidos donde hubiere varios, se ha estimado conveniente añadir un inciso al apartado primero del artículo segundo de la Ley de 8 de junio de 1957, mediante el cual puedan conferirse los asuntos no penales de la competencia de dichos Juzgados a aquellos otros que en su momento se concreten. Porque, de omitirse esa previsión, podría correr el riesgo de frustrarse la sustancial reforma que se implanta, si los órganos instructores tuvieren que atender siempre a funciones distintas con menoscabo entonces de la celeridad y eficacia que constituye su fundamento.

En su virtud y de conformidad con la propuesta elaborada por las Cortes Españolas, dispongo:

**Artículo 1.º** Los artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal, modificados por la de 8 de junio de 1957, que a continuación se indican, quedarán redactados en la forma siguiente:

a) Artículo 779. El procedimiento regulado en este título se aplicará al enjuiciamiento de las infracciones enumeradas a continuación:

1.º Delitos flagrantes perseguidos de oficio castigados con pena no superior a las de presidio o prisión mayor, cualquiera que sea la que pueda corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales.

Se considerará flagrante delito el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos.

Se entenderá sorprendido en el acto no sólo el delincuente que fuere cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persigan.

También se considerará delincuente "in fraganti" aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido el delito, con efectos o instrumentos que infundan a la sospecha vehemente de su participación en él.

2.º Los delitos perseguibles de oficio castigados con pena privativa de libertad no superior a las de presidio o prisión menor, o con la multa, cualquiera que sea su cuantía, o con ambas penas, cualquiera que sea la que pueda corresponder al reo por razón de sus antecedentes penales.

3.º Delitos de imprudencia cometidos con ocasión de la circulación.

4.º Delitos comprendidos en la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso o circulación de vehículos.

b) Artículo 780, párrafo 3.º. En la primera declaración que preste el inculpado se le hará saber que el sumario se sigue por el procedimiento de urgencia. Iniciado un proceso de acuerdo con las normas de este título, en cuanto aparezca que el hecho enjuiciado no se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo anterior, continuará conforme a las generales de esta Ley, sin retroceder en el procedimiento más que en el caso de que resulte necesario practicar diligencias o realizar actuaciones con arreglo a dichas normas legales. Por el contrario, iniciado un proceso conforme a las normas comunes de esta Ley, continuará su sustanciación, de acuerdo con las del presente título, en cuanto conste que el hecho enjuiciado se halla comprendido en alguno de los supuestos del artículo precedente. En ambos casos, el cambio del procedimiento no implicará el del instructor, salvo que se hubiere asignado la instrucción de los sumarios por los delitos comprendidos en el artículo anterior a un Juzgado especial, conforme al número 1.º del artículo 2.º de la Ley de 8 de junio de 1957.

c) Artículo 786, reglas 3.ª y 6.ª.

3.ª Si el que hubiere de ser citado no tuviere domicilio conocido, no fuere encontrado por la policía judicial en el plazo señalado a ésta, el Juez o Tribunal mandará publicar la correspondiente cédula por el medio que estime más idóneo para que pueda llegar a conocimiento del interesado, y sólo cuando lo considere indispensable acordará su inserción en el periódico o periódicos oficiales, o su inclusión en las emisiones de la radiodifusión o televisión nacionales.

6.ª Las fianzas que se exijan para asegurar las responsabilidades pecuniarias podrán constituirse también mediante garantía bancaria, o de la entidad aseguradora en que esté asegurado el inculpado o el responsable civil subsidiario en los casos tercero y cuarto del artículo 779, por el importe máximo de la póliza formalizada por escrito o por comparecencia ante el Juzgado o Tribunal o por persona que ostente la legítima representación de cualquiera de los Bancos o banqueros autorizados para operar en el territorio nacional o por la entidad aseguradora correspondiente.

En ningún caso y por concepto alguno, la intervención de tales Compañías,

entidades bancarias o banqueros en el proceso, podrá ser otra que la expresamente establecida en el párrafo anterior.

d) Artículo 791, párrafo 1.º. Practicadas las diligencias a que se refiere el artículo 787, el Juez declarará concluso el sumario, para lo que no será obstáculo que se halle pendiente algún recurso ante la Audiencia ni que no se hayan recibido los certificados de nacimiento o informes de conducta. El auto de conclusión se notificará a las partes y se pondrá en conocimiento del Ministerio fiscal, emplazándose a aquéllas para que comparezcan ante la respectiva Audiencia en el término de cinco días. Al emplazar al procesado y al tercero responsable civil se les requerirá para que en el acto, o dentro del término del emplazamiento, designen al Procurador y al Abogado que habrá de representarles y defenderles ante la Audiencia, y se les apercibirá de que, en otro caso, les serán nombrados de oficio.

e) Artículo 792, párrafos 4.º y 5.º. Contra los autos que dicte el Juez, conforme a los tres párrafos precedentes, podrán interponer el Fiscal y las partes acusadoras recurso de reforma y subsidiariamente de apelación, dentro de los tres días siguientes al de la respectiva notificación, por medio de escrito razonado.

En el caso de que el Juez desestimare el recurso de reforma, admitirá el de apelación interpuesto en ambos efectos y mandará remitir el sumario a la Audiencia, con emplazamiento de las partes para su comparecencia ante ella, dentro del término de cinco días.

f) Artículo 793. La renovación de auto de conclusión de los sumarios no comprendidos en el artículo anterior y su devolución al instructor para la práctica de nuevas diligencias, en las que concurren los requisitos señalados en el párrafo primero del artículo 787, sólo podrá ordenarse a instancia del Fiscal que antes de dictarse aquél no tuviera adscrito uno de sus auxiliares al respectivo Juzgado.

Cuando entre aquéllas diligencias figurase el procesamiento de un inculpado o la declaración de responsabilidad civil de tercera persona y el Tribunal estimare procedente la petición, dictará, desde luego, auto decretando el procesamiento o haciendo la declaración solicitada.

g) Artículo 794. A continuación del párrafo tercero se añadirá el siguiente:

Lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior será igualmente de aplicación a la resolución del recurso de queja.

h) Artículo 799. El párrafo tercero de este artículo quedará redactado del siguiente modo:

El Tribunal podrá acordar, para evitar dilaciones en el procedimiento, que designe Abogado de oficio en sustitución del nombrado por el procesado o responsable civil, si por cualquier causa dejaran de comparecer los elegidos.

A continuación de este párrafo tercero se añadirá el siguiente:

Lo dispuesto en los párrafos anteriores será igualmente aplicable a la designación de Procurador de oficio.

i) Artículo 800. El juicio se celebrará en la forma ordinaria, con las modificaciones siguientes:

1.ª A falta de conformidad del procesado y tercero responsable civil, el presidente preguntará a las partes si tienen que aportar nuevas pruebas, y

previo acuerdo del Tribunal sobre su admisión, se practicarán inmediatamente todas las admitidas.

2.<sup>a</sup> El informe pericial podrá ser prestado por un solo perito.

3.<sup>a</sup> Las partes formularán por escrito sus conclusiones definitivas o la modificación de las provisionales, extendiéndolas a las faltas, sean o no incidentales, que hayan sido objeto de enjuiciamiento y se imputen a los procesados.

4.<sup>a</sup> Si las partes acusadoras estimaren que en definitiva los hechos son constitutivos de falta, los calificarán así en su escrito de conclusiones.

Artículo 2.º El texto del artículo de igual número de la Ley de 8 de junio de 1957 quedará redactado como a continuación se expresa:

El Ministerio de Justicia, previo informe de la Sala de Gobierno de la respectiva Audiencia Territorial, teniendo en cuenta la frecuencia de los hechos punibles de que habla el artículo y la conveniencia de su más acertado y rápido enjuiciamiento, podrá ordenar:

1.º Que en los partidos donde hubiere varios Juzgados la instrucción de los sumarios por dichos delitos quede reservada al Juzgado o Juzgados que determine, y que la instrucción de los demás sumarios quede atribuida a otro u otros de los restantes Juzgados en la forma y proporción que se señale. Y asimismo que la tramitación y resolución de los asuntos no penales correspondientes a los Juzgados dichos se confiera a los que de entre ellos se determine y del modo que se establezca.

2.º Que en las Audiencias Provinciales con varias Secciones quede limitada la competencia de la Sección o Secciones que determine al despacho de las causas comprendidas en el título tercero del libro cuarto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que el de las demás causas quede atribuido a otra Sección o se reparta entre las restantes Secciones en la forma y proporción que se fije.

Artículo 3.º Los preceptos del artículo 1.º de esta Ley, en cuanto modifican los del correlativo de la Ley de 8 de junio de 1957, se aplicarán a los procesos que se incoen a partir del 15 de octubre de 1959, continuándose la tramitación y decisión de los ya iniciados conforme a las normas vigentes hasta dicha fecha.

Artículo 4.º Quedan derogadas las disposiciones de la Ley de 8 de junio de 1957, que se modifican por la presente, y autorizado el Ministro de Justicia para dictar las necesarias para el debido cumplimiento de la misma.

# Texto de la Ley de Israel sobre (castigo a) los nazis y colaboraciones nazis

Núm. 5.710 - 1950 (1)

1. (a) Toda persona que haya cometido cualesquiera de los siguientes delitos:

- (1) Que durante el período nazi, en cualquier país enemigo, haya cometido un acto que constituya un crimen contra el pueblo judío;
- (2) Que durante el período nazi, en cualquier país enemigo, haya cometido un acto que constituya un crimen contra la humanidad; y
- (3) Que durante el período de la Segunda Guerra Mundial, en cualquier país enemigo, haya cometido un acto que constituya un crimen de guerra;

es acreedor a la pena de muerte.

(b) En este artículo:

*Crimen en contra del pueblo judío*, significa cualesquiera de los siguientes actos, cometidos con intención de destruir total o parcialmente al pueblo judío:

- (1) Matar judíos;
- (2) Causar grave daño mental o corporal a los judíos;
- (3) Someter a los judíos a condiciones de vida calculadas para causar su destrucción física;
- (4) Imponer medidas destinadas a prevenir nacimientos entre los judíos;
- (5) Transferir por la fuerza, a niños judíos hacia otros grupos nacionales o religiosos;
- (6) Destruir o profanar bienes o valores religiosos y culturales judíos; y
- (7) Incitar el odio hacia los judíos;

*Crimen contra la humanidad*, significa cualesquiera de los siguientes actos: asesinato, exterminación, esclavizamiento o deportación y otros actos inhumanos cometidos en contra de cualquier población civil; y la persecución sobre bases nacionales, religiosas o políticas; y

*Crimen de guerra* significa cualquiera de los siguientes actos: asesinato, maltrato o deportación para trabajos forzados o cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de o en territorio ocupado;

---

(1) A la atención del profesor I. DRAPKIN se debe la traducción de esta ley, que publicamos hoy, porque en ella hallarán información nuestros lectores sobre algunas cuestiones que suscita el proceso EICHMANN actualmente.

asesinato o maltrato de prisioneros de guerra; asesinato de rehenes; saqueo de la propiedad privada o pública; desenfrenada destrucción de ciudades, pueblos y villas; y devastación no justificada por las necesidades militares.

2. Si una persona, durante el período del régimen nazi, hubiese cometido en un país enemigo un acto por el cual, de haberlo cometido en territorio israelí, sería culpable de delito bajo alguno de los artículos siguientes del Código Penal, y lo haya cometido contra un perseguido como tal, será culpable de delito bajo esta Ley y será acreedora a la misma pena a la cual sería acreedora si lo hubiese cometido en territorio israelí:
  - (a) Artículo 152 (violación o delitos "contra natura");
  - (b) Artículo 153 (rapto por engaño);
  - (c) Artículo 157 (actos indecentes por la fuerza, etc.);
  - (d) Artículo 188 (secuestro de niños);
  - (e) Artículo 212 (homicidio);
  - (f) Artículo 214 (asesinato);
  - (g) Artículo 222 (intento de asesinato);
  - (h) Artículo 235 (actos destinados a causar graves daños);
  - (i) Artículo 236 (prevenir la huída en los naufragios);
  - (j) Artículo 238 (daños graves);
  - (k) Artículo 240 (administrar veneno en forma maliciosa con intención de daño);
  - (l) Artículo 256 (rapto con intención de asesinar);
  - (m) Artículo 258 (rapto con intención de causar graves daños);
  - (n) Artículo 288 (robo o intento de robo); y
  - (o) Artículo 293 (demandar propiedades con amenazas, con intención de robo).
  
3. (a) Una persona que durante el régimen nazi, en un país enemigo, haya sido miembro de o haya ocupado o ejercido cualquier cargo o puesto en una organización enemiga, será acreedora a encarcelamiento por un período no mayor de siete años;
  - (b) En este artículo "organización enemiga" significa:
    - (1) Un grupo de personas que, bajo el artículo 9 del "Charter of the International Military Tribunal" adjunto al acuerdo de los Cuatro Grandes del 8 de agosto de 1945, en el juicio a los Criminales de Guerra, han sido declarados, a juicio de ese Tribunal, organización criminal; y
    - (2) Cualquier otro grupo de personas que ocuparon un país enemigo con el objeto de llevar adelante o ayudar a las acciones de una administración enemiga, dirigida en contra de personas perseguidas.
  
4. (a) Una persona que durante el período del régimen nazi, en un país enemigo, ejerciendo funciones en un lugar de confinamiento, a nombre de una administración enemiga o de la persona a cargo de dicho lugar de confinamiento, haya cometido en ese lugar actos

en contra de personas perseguidas que, de haberlos cometido en territorio israelí, lo harían culpable de un delito por algunos de los siguientes artículos del Código Penal y acreedor al mismo castigo que tendría si hubiese cometido tal delito en territorio israelí:

- (1) Artículo 100 (c) (Violencia amenazante).
- (2) Artículo 162 (estupro por amenaza, engaño o administración de drogas)
- (3) Artículo 241 (daños y otros actos similares);
- (4) Artículo 242 (no proveer de las necesidades mínimas);
- (5) Artículo 249 (asalto);
- (6) Artículo 250 (asalto con daño corporal);
- (7) Artículo 261 (trabajo forzado ilegal); y
- (8) Artículo 270 (robo);

(b) *Lugar de confinamiento*, en este artículo significa cualquier lugar de un país enemigo que, por orden de una administración enemiga, haya sido destinado a personas perseguidas e incluye cualquier punto de ese lugar.

5. Una persona que durante el régimen nazi, en un país enemigo, haya entregado una persona perseguida a una administración enemiga, es acreedora a la pena de cárcel por un período no mayor de diez años.
6. Una persona que durante el período del régimen nazi, en un país enemigo, haya recibido o demandado beneficios:
  - (a) De una persona perseguida con la amenaza de entregarla, o a otra persona perseguida, a la administración enemiga; y
  - (b) De una persona que haya dado refugio a una persona perseguida, bajo amenaza de entregarla a ella o a la persona que está protegida, a una administración enemiga.
 se hará acreedora a la pena de cárcel por un período no mayor de siete años.
7. Las disposiciones de la primera parte de este Código Penal deben, salvo que la Ley lo determine de otra manera, aplicarse a los delitos contemplados en esta Ley.
8. Los artículos 16, 17, 18 y 19 del Código Penal no se aplicarán a los delitos contemplados en esta Ley. (Se refieren a la exención de responsabilidad criminal, de los funcionarios judiciales, en el ejercicio de sus funciones; de personas que actúan bajo amenazas serias e inminentes; de personas que puedan demostrar que obraron efectivamente por necesidad; o de personas que actúan en cumplimiento de la Ley o de una autoridad competente.)
9. (a) Una persona que haya cometido un delito contemplado en esta Ley puede ser juzgado en Israel aun cuando lo haya sido en el extranjero, sea en un Tribunal Internacional o en un Tribunal de un país extranjero, por el mismo delito;

*Sección legislativa*

- (b) Si una persona es condenada en Israel por un delito contemplado en esta Ley y ya haya sido condenada por el mismo delito en un país extranjero, la Corte de Israel, al determinar el castigo, tomara en cuenta la sentencia que ya haya cumplido en el exterior.
10. Si una persona perseguida haya hecho o haya omitido hacer cualquier acto, y que este acto u omisión sea un delito contemplado en esta Ley, la Corte lo relevará de responsabilidad criminal.
- (a) Si ejecutó o dejó de ejecutar el acto con el propósito de salvarse, por estar amenazado de muerte, y si la Corte comprueba que hizo lo posible por paliar las consecuencias del acto u omisión;
- (b) Si ejecutó o dejó de ejecutar el acto con la intención de evitar consecuencias mayores que las que se presentaron al hacerlo, y que así resultara;
- estas disposiciones, sin embargo no serán aplicables a actos u omisiones que constituyan delito, según lo prescrito en los artículos 1 y 2.
11. Al imponer una pena a una persona encontrada culpable de delitos contemplados en la presente Ley, la Corte puede tomar en consideración, como atenuantes, las siguientes circunstancias.
- (a) Que la persona haya cometido el delito en condiciones que, excepto lo establecido en el artículo 8, puedan eximirlo de responsabilidad criminal o constituyan razones para eximirlo de culpabilidad y que éste haya hecho todo lo posible por reducir la gravedad de las consecuencias de su delito;
- (b) Que el delito haya sido cometido con intención de evitar consecuencias más serias que aquellas que resultaren de tal delito.
- En caso, sin embargo, de los delitos contemplados en el artículo 1.º, la Corte no podrá imponer al condenado una pena menor que presidio por diez años.
12. (a) Las disposiciones sobre prescripción establecidas en el Capítulo 5.º, del Código Otomano de Procedimiento en la Criminal, no serán aplicables a los delitos contemplados en esta Ley; y
- (b) Nadie podrá ser juzgado por delitos bajo esta Ley, excepto los contemplados en los artículos 1.º y 2.º, después de transcurridos veinte años de la comisión del delito.
13. Las disposiciones de la Ordenanza de Amnistía General, 5709-1949, no serán aplicables a los delitos contemplados en la presente Ley.
14. Sólo el Fiscal General del Gobierno de Israel o su representante podrá instruir sumario por delitos de la presente Ley.
15. (a) Al tomar decisión sobre un delincuente sometido a la presente Ley, la Corte puede apartarse de las Reglas de la Evidencia, si se considera satisfecha en que ello ratificará la verdad y la justa consideración del caso; y
- (b) Cuando la Corte decida apartarse de las Reglas de la Evidencia, dejará estampadas en las Actas las razones que movieron tal decisión.

16. En esta Ley:

*Período del régimen nazi*, señala el período comprendido entre el 30 de enero de 1933 y el 8 de mayo de 1945;

*Período de la Segunda Guerra Mundial*, señalará el período comprendido entre el 1.º de septiembre de 1939 y el 14 de agosto de 1945.

*Potencias Aliadas*, significa los países que firmaron la Declaración de las Naciones Unidas, el 1.º de enero de 1942, o adhirió a ella durante el período de la Segunda Guerra Mundial;

*Países del Eje*, se refiere a los Estados que durante parte o todo el período de la Segunda Guerra Mundial, estuvieron en guerra con las Potencias Aliadas; el período que comienza con el día del comienzo del estado de guerra entre un determinado país del Eje y la primera de las Potencias Aliadas y termina el día del cese de las hostilidades entre tal Estado y las Potencias Aliadas;

*País enemigo* significa:

(a) Alemania, durante el período del régimen nazi;

(b) Todo otro país del Eje, durante el período de guerra entre éste y las Potencias Aliadas;

(c) Cualquier territorio que durante todo o parte del período del régimen nazi, estaba de facto bajo la autoridad alemana, durante el tiempo que la mencionada autoridad existía de facto en dicho territorio; y

(d) Cualquier territorio que estuviera de facto bajo la autoridad de cualquier otro país del Eje, durante parte o todo el período de guerra entre el país y las potencias Aliadas, durante el tiempo que la mencionada autoridad de facto existía en dicho territorio;

*Administración enemiga*, significa la administración existente en un país enemigo;

*Persona perseguida*, significa una persona perteneciente a cualquier grupo nacional, racial, religioso o político, perseguido por una administración enemiga; y

*Código Penal*, significa la Ley del Código Penal de 1936.

17. Corresponderá al Ministerio de Justicia la implantación de esta Ley.

DAVID BEN GURION, *Primer Ministro*.—YOSEF SPKINZAK, *Presidente de la Cámara y Presidente en Ejercicio del Estado*.—PINHAS ROSEN, *Ministro de Justicia*.

(Traducción del Profesor doctor I. DRAPKIN).

# SECCION DE JURISPRUDENCIA

18 de Enero de 1961

JUAN DEL ROSAL

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

**SUMARIO:** 1.º Relación circunstanciada de los hechos.—2.º Sentencia del Tribunal «a quo».—3.º Impugnación de la citada sentencia.—4.º Sucinto análisis de la decisión de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.

## 1.º *Relación circunstancial de los hechos.*

La sentencia da como «probados» los siguientes: a) Que en 19 de julio de 1947, los procesados, hermanos A. y F. A. M., obtuvieron un préstamo hipotecario de setenta mil pesetas al interés del ocho por ciento anual y plazo de dos años, de D. L. F. Molina, con la garantía de dos casas sitas en Churra, pertenecientes en proindiviso a ambos hermanos, y de un trozo de tierra riego moreral, sito en igual partido, propiedad éste sólo del procesado A., otorgándose la correspondiente escritura ante el Notario de B. D. F. C., en cuyo documento se advirtió a las partes que hallándose pendientes de inscripción a nombre de los procesados, las fincas puestas en garantías, no podría inscribirse la hipoteca, sin que se practicasen las mismas. b) Que en 23 de septiembre de 1948, el procesado A. A. vendió, ante el Notario de M., D. F. S. C., la finca rústica de su exclusiva propiedad, referida en el apartado anterior, al también procesado J. M. M., haciéndolo como «libre de cargas», siendo presentada la copia autorizada correspondiente en el Registro de la propiedad de M., en donde se inscribió tal transmisión en 13 de noviembre del mismo año. c) Que en 31 de diciembre de 1948, ante el Notario de M., D. M. P., comparecieron los hermanos procesados A. M. y vendieron al también procesado J. A. B. M., las dos casas que poseían en proindiviso, referidas en el apartado a), constando en el referido documento que «ambas fincas carecen de toda carga o gravamen», teniendo este documento acceso al Registro de la propiedad el 10 de enero de 1950, siendo inscrita la transmisión, como fincas libres, el día 20 de los propios mes y año. d) Que en 10 de mayo de 1950, el citado procesado J. A. B. M., compareció ante el Notario de Murcia D. J. I. B., y tras de hacer con las fincas urbanas referidas en el apartado anterior, unas agrupaciones y unas agregaciones, las enajenó a los procesados hermanos M. y J. M. S., de M. donde quedó inscrita la transmisión en 18 de septiembre de 1950. e) El acreedor hipotecario, D. L. F. M., falleció en momento impreciso que no consta sumariamente, llevándose a efectos la partición de sus bienes, que se protocolizó en 24 de febrero de 1948, adjudicándose a su viuda, la hoy

querellante, el crédito de autos, cuyo documento notarial fué presentado en el Registro de M. el 7 de octubre de 1949. f) La escritura de constitución de hipoteca referida en el apartado 2) aparece presentada por primera vez en el Registro de la Propiedad de M. el 20 de julio de 1950, siendo retirada por el presentante, teniendo nuevo acceso a dicha oficina el 13 de octubre de 1950, siendo denegada la inscripción de la hipoteca por aparcer las fincas hipotecadas inscritas a nombre de personas distintas de los deudores, en fecha de 24 de octubre de 1950. g) No consta acreditada suficientemente que en las transmisiones mencionadas en los anteriores apartados, hubiere propósito y acuerdo entre los procesados para hacer ineficaces las garantías hipotecarias.

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

Que se estimó por la Audiencia Provincial respectiva que los hechos, anteriormente narrados, no eran constitutivos de delito alguno. Y, en su consecuencia, absolvieron libremente a los procesados A, y F. A. M., J. A. B. M., M. y J. M. S. y J. M. M., declarando de oficio las costas.

### 3.º *Impugnación de la citada sentencia.*

Por el querellante se interpuso, en su día, el pertinente recurso de *casación* por infracción de Ley, al amparo del núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por cuanto se valoró que los meritados hechos revestían carácter delictivo: a) Por lo que respecta a los hermanos A. y F., son autores de la estafa del núm. 1 del artículo 529, en referencia inmediata con el número 1 del artículo 528, toda vez que se infiere de modo evidente que, transmitirían las fincas como libres, siendo así que estaban grabadas, por sí no fuera bastante que tampoco cumplieron con la prevención establecida de inscribir la hipoteca recaída sobre las citadas fincas. b) De igual modo, en base al núm. 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por la existencia del delito de falsedad al otorgar la escritura los procesados A. y F. A. M., previsto y penado en el artículo 303 en relación con el núm. 4 del 2º 2, todos ellos del Código penal vigente, y del segundo F. A. M., en unión de su hermano A, al hacer constar, igualmente ante Notario, la venta de las fincas urbanas afectadas por el crédito hipotecario, con lo que faltaran a la verdad en la narración de los hechos. c) Apoyándose en el núm. 2 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que existen documentos auténticos que evidencian la equivocación del juzgador.

El M. público se pronunció en favor del segundo de los motivos, impugnando los demás, y la parte recurrida se opuso a todos.

### 4.º *Sucinto análisis de la decisión de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo.*

La decisión dictada por el más alto Tribunal de Justicia tiene superlativa importancia, en orden a diferentes razones que esquemáticamente expondremos, a medida que reproduzca las alegaciones aducidas por la Sala.

En el primero de los «considerandos» la presente sentencia razona del modo siguiente: «Que si bien las maniobras descritas en la declaración de hechos probados, no pueden encuadrarse precisamente en la figura de la estafa del núm. 1.º del artículo 529 del Código penal, como en el primer motivo del recurso se pretende, porque el artero proceder de los prestatarios A. y F. A. M., no precedió a la obtención del préstamo hipotecario del señor F. M., ya que a la sazón poseían, efectivamente, las fincas ofrecidas en garantía, y no se fingió, por lo tanto, la solvencia ni cualidades reales o personales inciertas, y en este sentido la sentencia impugnada fué ajustada a derecho, pudo y debió haber calificado los hechos conforme al tipo de alzamiento de bienes del artículo 519, que le era ofrecido en el escrito de conclusiones de la acusación privada, y aunque no haya vuelto a ser reproducido expresamente en las motivaciones de su recurso, es procedente incluirlo en la primera, al invocar como infringida la figura básica de estafa, ya que el alzamiento figura dentro del mismo Título XIII del Libro II del Código penal, y aun en igual Capítulo cuarto referido, genéricamente, a las «defraudaciones» y teniendo asignada pena menor que la de estafa propiamente dicha, y habiendo sido objeto de acusación en instancia, no precisa su aplicación el planteamiento de la tesis».

Como se verá, se efectúa, al primer golpe de vista, un trasplante, cabría decir, de la relación juridicopenal, puesto que entendemos que la imputación no se refiere al hecho relatado en la letra a), ya que éste sólo sirve de antecedente y carece a las claras de relieve penal. La significación delictiva y, en consecuencia, el nacimiento de la relación se establece desde punto y hora que venden como libre las fincas afectadas en garantía hipotecaria. Y claro está, el desmontaje de las inscripciones efectuadas sólo principia a conocerse en cuanto pretende la viuda hacer efectivo su crédito hipotecario. Entendemos, por los escuetos datos de los motivos de casación, que la inculpación va flecnada a partir de los hechos b), que es cuando se oculta y, además, se hace omisión de la prevención, en atención a que no se hallaban todavía inscritas en favor de los hermanos procesados, con lo que resultaba imposible la anotación de la hipoteca.

¿Cómo se desplaza la estafa en favor del alzamiento? Por medio de un agudo razonamiento: «Que, aparte las razones de índole formal aducidas, la calificación de alzamiento del artículo 519 no ofrece lugar alguno a dudas, porque al disponer los procesados A. y F. A. de las fincas afectadas a la garantía del préstamo hipotecario contraído en el señor F. M., al enajenarlos a compradores de buena fe, ocultando las cargas que sobre ellas pesaban, si bien no se perjudicó a los adquirentes que pudieran inscribirlas en su favor y disfrutar de su propiedad, no habiendo, por tanto, lugar a la figura de estelionato prevista en el segundo párrafo del artículo 531 del Código penal, se hurtó y perjudicó el crédito contraído con el prestamista, haciendo ilusorias las garantías para la devolución de las 70.000 pesetas en que consistía, y que se dejaron incumplidas, sin que sea impedimento aducir la no inscripción en el Registro de la Propiedad, condición precisa para la realidad hipotecaria *erga omnes*, pero no para vincular a las partes contratantes del préstamo formalizado en la correspondiente escritura notarial bajo la formal promesa de ulteriores inscripciones que unilateralmente se dejarán incum-

plidas, al igual que la obligación de pago de la deuda con los correlativos perjuicios y lucros patrimoniales propios del fraude, y comprendidos en la tipicidad del artículo 519, que no requiere una insolvencia total judicialmente acreditada, bastando con la de hecho dimanante del perjuicio real inferido mediante la volatilización de las garantías constitutivas, evidenciada por la ineficacia de los procedimientos civiles intentados».

Ahora bien, aparte de los problemas que aparece esta transmutación, en cierto modo, indiscutible formalmente, si bien desde el plano sustancial, la peripecia da lugar a relieves juridicopenales distintos, pues siempre cabría preguntar, situando la relación penal al momento en que vende, a sabiendas de la garantía hipotecaria que pesa sobre las fincas ¿qué sucede entonces?, ¿qué eficacia *real*, o mejor, a efectos penales reviste tamaña venta?, pues no se olvide que aquí juega la inscripción hipotecaria, que penalmente carece de la trascendencia debida en punto a la valoración típico. Sobre todo, cuando se opera con una realidad en los delitos contra la propiedad, configurada enteramente con los instrumentos que deparen una mejor política criminal, todavía más claro, con vistas a la mejor represión de esta delincuencia,

Forzosamente el alzamiento se obliga a inquirir originariamente por el principio del curso causal, esto es, el crédito contraído y la insoslayable exigencia del quebrantamiento de las garantías, una vez que los olviden a sabiendas las garantías, aprovechándose del incumplimiento de la inscripción. Obsérvese, por tanto, cómo un requisito formal, pero de tan suma importancia que inviste de propietario a una persona, es capaz de cambiar el enjuiciamiento de los «hechos» relatados, proyectando su eficacia en el alzamiento, y no en la estafa.

Sin embargo, con ser de sabida importancia el problema en debate que, en fin de cuentas, es de tipificación, si bien para su logro se requiere puntualizar determinados presupuestos, quizá la significación de la presente sentencia se encuentra justamente en el recorte que da a las falsedades ideológicas.

Dice así el tercero de los «considerandos»: «En cambio, que no ha lugar a aceptar, ni plena ni parcialmente, el motivo segundo del recurso, que aduce, asimismo, infracción por inaplicación del núm. 4.º del artículo 302 del Código penal, definidor de una forma de falsedad ideológica, consistente en «faltar a la verdad en la narración de los hechos», pero para que así sea y se den los requisitos precisos de dicha figura delictiva, como el recurrente pretende, no es bastante una nutación de verdad en cualquier circunstancia ni por cualquier persona, sino precisamente por funcionario público y en documento de igual carácter, o los que le fueren asimilables, que es a lo que la tipificación base del artículo 302 se refiere, y aunque es cierto que el 303 estipula una extensión personal a particulares, con referencia a los modos comisivos del artículo anterior, sin excepciones expresas, es forzoso exceptuar las que imponen la naturaleza material del documento mismo, y aun constando en escrituras notariales manifestaciones no veraces, pero que no dimanen del otorgante único jurídicamente obligado a decir verdad, sino de personas comparientes, cuyas declaraciones carecen en absoluto de la fehcencia que es la *ratio essendi* del privilegio que en materia de falsedad acuerda la Ley a los documentos públicos y asimilados, de todo ello hay que deducir que la

escritura deja de ser documento público en tales extremos, carente de virtualidad probatoria alguna, constituyendo lo dicho por las partes meros testimonios que más que falsedades documentales merecerían el calificativo de testificales, atípicas fuera del marco de las de orden judicial, por todo lo cual obró, conforme a derecho la Sala sentenciadora al absolver por los delitos de falsedad de que los procesados eran acusados, pues de no ser así e incriminar testimonios, inveraces, pero irrelevantes en lo punible y probatorio, quedarían en peor condición penal los prestados ante funcionarios de cualquier orden que los producidos ante la Autoridad judicial, incluso en la máxima solemnidad del juicio oral».

A) La primera cuestión que se plantea, sin duda, es la conexión entre la estafa —según inculpación del recurrente— alzamiento, conforme decide la Sentencia y la falsedad, de la que salen absueltos los hermanos procesados.

Es curioso, claro está, que ambas imputaciones se hallan estañadas, por cuanto giran en torno de un máximo centro, el engaño. Se engaña en la una y en la otra, concretamente en el número 4 del artículo 302 del Código penal. De esto no cabe duda alguna.

Pues bien, descartada la estafa por el más alto Tribunal, ¿qué sucede con la relación entre alzamiento y falsedad?, ¿existe o no realmente?

B) Para dar al traste en el caso concreto, con la vinculación existente, se tiene que proceder a un giro, de modernidad, en cuanto a la falsedad, ideológica, que a nuestro modo de entender, no está exento de encomio, pero que, sin duda, dará lugar, en su día, a polémica, puesto que limita acertadamente el ámbito de aplicación del número 4 del artículo 302 del Código penal vigente.

C) ¿Qué requiere, por tanto, para que funcione la falsedad ideológica? Enumerativamente se describen por la actual sentencia los elementos siguientes:

1.º La existencia de una mutación de verdad que ensombrezca, por decirlo así, el acto que se ejecuta. O dicho de otro modo, que concurra la cualificación exigida en la persona y en las circunstancias.

2.º Que sea, en una palabra, una persona que la incumba jurídicamente decir verdad.

3.º Que cabe establecer excepciones en la remisión que hace el 303 al 302, por de pronto, la que se refiere a la naturaleza material del documento.

4.º Que la falsedad habrá de aprehenderse en determinados documentos, pero profesadas las declaraciones por aquellas personas que estén vinculadas a expresar la «verdad».

5.º Quedan, por tanto, por fuera del fenómeno falsitario, las disposiciones de personas comparecientes, pero cuyas declaraciones carecen de feacencia.

6.º Quedan, por tanto, por fuera del fenómeno falsitario, las deposiciones meritadas sentencia, en la feacencia, especie de *ratio essendi* del privilegio que en materia de falsedad acuerda la Ley a los documentos públicos y asimilados.

7.º Que el documento, objeto material de las falsedades, no todo puede

revestir significación penal, sino únicamente la parte del mismo que dé fe de algo.

8.º Con ello el fallo no ha hecho más que recortar la excesiva extensión en que viene montada la falsedad del número 4 del artículo 302, que ya sentarían en su día las Sentencias de 12 de febrero de 1932 y 25 de junio de 1931, respectivamente (1).

9.º La distinción dentro del documento en partes esenciales y accesorias, cabría decir, desde el punto de vista penal, por cuanto «la escritura deja de ser documento público en tales extremos, carente de virtualidad probatoria alguna».

10. De esta forma se advierte que se protegen en las falsedades medios probatorios, puesto que este criterio sirve aquí para separar aspectos del documento en cuestión (2).

---

(1) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS: *La falsedad documental*, Ed. Reus, Madrid, 1952, página 183.

(2) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Quintano Ripollés.

# Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1959

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

## CODIGO PENAL

1. Art. 1.º... *Delito*.—Son requisitos del delito continuado: la identidad perfecta de sujetos activos y pasivos, la unidad de designio y la determinación temporal de las acciones. Y no cabe hablar de infracción de la doctrina del delito continuado, al no ser figura regulada en nuestro derecho positivo (S. 28 de septiembre).

La intervención quirúrgica que ocasionó la muerte del que fué víctima de un disparo, no interrumpió el nexo causal, porque la operación se llevó a efecto por indicación del especialista que asistía al lesionado (S. 15 diciembre). Ni tampoco la embolia sobrevenida a causa de la operación quirúrgica, porque esta operación era precisa; y no hubo una nueva o autónoma serie causal, imputable al propio lesionado o a un tercero (S. 23 diciembre).

2. Art. 8.º... *Circunstancias*.—Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, han de estar basadas en la relación de hechos probados, y tan probadas como el propio delito que se enjuicia (S. 3 noviembre, 2 y 14 diciembre).

3. Art. 8., núm. 1.º *Enajenación mental*.—Se aprecia la eximente incompleta, en el procesado afecto de un síndrome neurótico sobre una disposición explosiva de déficit intelectual, lindando casi con la anormalidad; aunque se agrega que tiene conciencia clara en todo momento (S. 29 octubre).

4. Art. 8.º núm. 4.º y núm. 5.º *Legítima defensa*.—Legítima defensa, que no excluye la del derecho de propiedad, descansa en dos presupuestos: colisión de derechos de análogo rango; e imposibilidad de actuación de los órganos de seguridad del Estado (S. 22 diciembre).

La situación de riña impide aplicar tanto la eximente 4.ª, como la 5.ª del Código penal (S. 23 y 25 noviembre).

5. Art. 8.º, núm. 8.º *Caso fortuito*.—La existencia de culpa o negligencia, excluye la estimación de esta eximente (Ss. 28 octubre y 12 noviembre).

6. Art. 9.º, núm. 2.º *Embriaguez*.—Para que exima de responsabilidad criminal, es preciso que anule por completo el discernimiento y la voluntad (S. 8 octubre).

La embriaguez habitual impide apreciar la eximente, y también la tenuante, aunque sea embriaguez plena (S. 14 octubre).

7. Art. 9.º núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—Existe la atenuante en el dar en rifa un palo en la cabeza que origina la muerte por hemorragia en el cráneo; porque no es frecuente que siga la muerte al empleo de un palo en las circunstancias dichas (S. 30 diciembre).

La ignorancia de ley prohibitiva, cual la que prohíbe ciertos estupefacientes, por ser problema de naturaleza intelectual, de carencia de conocimiento, no puede enlazarse con la circunstancia de preterintencionalidad, que es de esencia voluntarista; y no puede darse esta circunstancia en los delitos destinados a proteger bienes comunes, como la salud pública nacional y aun la universal, por derivarse la lucha contra los estupefacientes de obligaciones internacionales contraídas por España (S. 27 octubre).

Para que el artículo 50 del Código penal entre en juego en los delitos contra la integridad personal, es preciso que el detrimento físico recaiga en persona distinta de la que se pretende ofender y, además, como regla general, que conste la especie de delito que se había propuesto ejecutar el culpable (S. 13 noviembre).

8. Art. 9.º, núm. 6.º *Vindicación*.—Ha de ser vindicación próxima de una ofensa grave, causada por la persona que resulta víctima de la acción vindicativa, nunca si proviene de sujeto distinto (S. 15 octubre).

9. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato*.—Los estímulos productores del arrebato tienen que haber sido provocados por la persona que resulta agravada (Ss. 15 octubre, 13 y 14 noviembre, 14 diciembre).

La pasión de los celos es estímulo del arrebato (S. 11 noviembre).

El «ímpetu» no puede equipararse a la situación psicológica del arrebato (S. 24 septiembre). Ni en los deseos lúbricos puede estimarse la atenuante, aunque provenga de la imposibilidad del débito conyugal o de las consecuencias de una prolongada privación de libertad (S. 25 noviembre).

10. Art. 10, núm. 1.º *Alevosía*.—La premeditación, que es complacencia del espíritu en la idea criminal, es circunstancia que antecede al hecho delictivo; y la alevosía concurre en su ejecución, y puede darse sin que se haya premeditado ni buscado el propósito (S. 14 diciembre). La alevosía no repele la atenuante de arrebato (S. 22 diciembre).

Existe alevosía en el disparo por la espalda (S. 30 diciembre).

11. Art. 10, núm. 6.º *Premeditación*.—Se aprecia la agravante, pues la idea homicida condicionada que concibieron los procesados en el pueblo de su residencia, la maduraron después, planeando ya en el lugar del suceso la manera de llevarlo a efecto, y con plena reflexión y ánimo de matar excogitaron la forma de ejecución (S. 25 noviembre).

12. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—No importa que las condenas anteriores recayeren en una sola sentencia o en varias (S. 12 noviembre).

13. Art. 10, núm. 16. *Sexo*.—La agravante de desprecio del sexo hay que estimarla en los ataques del hombre a la mujer, siempre que esta cualidad no sea inherente al delito y la mujer no haya provocado el acto punible (S. 5 diciembre).

14. Art. 11. *Parentesco*.—El parentesco se aprecia generalmente como

agravante de los delitos contra las personas, y como atenuante en los delitos contra la propiedad (S. 23 noviembre). Pero no puede apreciarse la agravante, si la víctima es la provocadora del suceso (S. 28 septiembre).

15. Art. 14. *Autoría*.—El acuerdo para la realización de un delito constituye a todos en autores (S. 2 octubre y 5 noviembre).

16. Art. 15. *Imprenta*.—No es preciso para concretar la responsabilidad que se trate de un editor-empresa, regulada por el Derecho mercantil, pudiendo ser un editor no empresa (S. 24 octubre).

17. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—Fue acertado el no estimar válida la renuncia por la madre, de los derechos del hijo menor, hijo también del interfecto pues para esa renuncia o transición sería precisa la autorización judicial, conforme a los artículos 2.025 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento civil (S. 20 noviembre).

La responsabilidad civil subsidiaria sólo alcanza a los delitos ejecutados por los dependientes en el desempeño de sus obligaciones; por lo que no responde la dueña del taxímetro que tenía prohibido el viaje al conductor del vehículo (S. 9 octubre). Pero responde la empresa si el conductor del camión, después de descargarlo, va a ver a la novia, pues finalizada aquella faena tenía que recorrer distintos lugares de la población sin tener que ajustarse a un itinerario previamente trazado (S. 5 noviembre).

La cuantía de la responsabilidad civil no es materia de casación (S. 7 noviembre). A no ser por conceptos (S. 28 septiembre).

Si la guardabarrera abandona el paso a nivel, dejando el mismo al cuidado de otra persona, la Renfe es responsable civil subsidiaria en el accidente, pues esa sustitución antirreglamentaria no rompió la relación laboral (S. 2 noviembre).

18. Art. 28... *Multa*.—No es de aplicación la reducción al triple de la pena más grave, establecida en la regla 2.ª del artículo 70 del Código penal, a las sanciones pecuniarias, por restringir la ley su ámbito a las penas que se cuentan por tiempo (S. 27 octubre).

Se da lugar al recurso, pues al rebajar en un grado la pena señalada en el núm. 2.º del artículo 240 del Código penal, por tratarse de un delito culposo se prescindió de la pena de multa (S. 7 diciembre). E igualmente, si sancionado el delito con arresto y multa conforme al núm. 4.º del artículo 420, si al elevar la pena por concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406, no se hizo mención de la multa (S. 12 diciembre).

19. Art. 113... *Prescripción*.—Al cumplirse el lapso de tiempo prescribió automáticamente el delito, pese a la situación de rebeldía. Y no existe precepto que prohíba al Tribunal declarar de oficio prescrito el delito y absolver al procesado después de conformarse éste con la pena (S. 6 octubre).

Las espontáneas diligencias puramente policiales no interrumpirán la prescripción; pero no las practicadas por la Policía Judicial en cumplimiento de disposiciones del Juzgado, que ostentan inequívoco carácter de diligencias judiciales (S. 27 noviembre).

20. Art. 231... *Atentado*.—Existe un solo delito, aunque eran dos los guardias acometidos, pues es único el bien jurídico lesionado, el principio

de Autoridad; pero fueron dos conductas independientes, la agresión en la vía pública, y la nueva agresión ya en el Cuartelillo (S. 21 diciembre).

La reducción facultativa de penas del artículo 235 del Código penal, no afecta a los artículos posteriores (S. 5 noviembre).

21. Art. 239. *Blasfemia*.—Hubo el grave escándalo a que se refiere el artículo 239 del Código penal, en las blasfemias proferidas en la vía pública ante un conglomerado de vecinos (S. 17 noviembre).

22. Art. 251... *Propaganda ilegal*.—Son delitos distintos y compatibles, el de asociación ilícita, previsto en los artículos 172, 173 y 174 del Código penal, y el de propaganda ilegal tipificado en el artículo 251 del mismo cuerpo legal (S. 25 noviembre).

23. Art. 272... *Falsedad*.—El delito de falsedad, tanto en sus modalidades comisivas como en las ideológicas, requiere que el concepto de mutación de verdad encarne en algún documento susceptible de eventual o real trascendencia en el tráfico jurídico (S. 17 diciembre).

Si bien en las falsedades de documento público no es necesario un propósito ulterior lesivo, sí es menester un ánimo falsario de alterar la vocación probatoria del documento. Pero no son aplicables a las manifestaciones de las partes en escrituras públicas, las modalidades de falsedad ideológica del núm. 4.º del artículo 302 del Código penal, por no ser los comparecientes, sino el Notario, el depositario de la fe pública; ni aquellas declaraciones han de merecer más protección penal, que las prestadas ante Autoridades judiciales, siendo más bien una variedad de falso testimonio (S. 25 septiembre).

El delito previsto en el artículo 304 se comete desde que se presenta ante los Tribunales o se hace uso del documento falso; y puede ser sancionado sin la previa declaración de falsedad recaída en sentencia firme (S. 29 octubre).

Es delito previsto en el artículo 280 del Código penal, la construcción de contraseñas o billetes que erróneamente se admiten como auténticos en un espectáculo (S. 5 y 10 noviembre).

24. Art. 394... *Malversación*.—Hubo malversación de caudales públicos, pues el Secretario del Juzgado Comarcal se apropió de la cantidad consignada en el Juzgado, pues son caudales públicos los que en virtud de disposiciones legales son intervenidos por un funcionario público (S. 4 diciembre). Pero no lo hubo en las irregularidades atribuidas al Presidente de una Cooperativa Vitivinícola por ser estas entidades, asociaciones de productores que se agrupan para la defensa de sus intereses privados y no pierden tal carácter por el hecho de que su constitución y funcionamiento están controlados por el Estado (S. 14 octubre).

25. Art. 406. *Asesinato*.—Pueden aplicarse la alevosía y la premeditación, al aguardar un buen rato a la víctima, y al verla con los brazos ocupados de paquetes acometerla de improviso con una navaja (S. 12 diciembre).

24. Art. 411... *Aborto*.—Es autor el novio que convence a la novia para que produjese el aborto; sin que la aceptación por la embarazada de la proposición del novio degrade en éste la calidad de autor a la de mera proposición, pues no se limita a invitar al delito, sino que convence a la gestante (S. 30 septiembre).

27. Art. 418.. *Lesiones*.—La deformidad es un hecho de apreciación del Tribunal (S. 28 diciembre).

28. Art. 429. *Violación*.—En las palabras «privada de razón o de sentido» del artículo 429 del Código penal, caben las situaciones de inhibición de las facultades volitivas, en grado suficiente para no conocer el alcance y trascendencia de los actos y poder abstenerse o no de realizarlos; cual la mujer sordomuda, de intensa disminución en la capacidad valorativa de su conducta y de frenos inhibitorios contra los instintos. Y se aprecia la agravante de parentesco, en la violación de la hermana de su mujer, que vivía con ellos en el mismo domicilio (S. 2 octubre).

Fué delito frustrado, pues no logró sus deseos al haber eyaculado antes de consumar el acto carnal. Pero la reparación del daño moral, de los artículos 19 y 104 del Código penal, es extensiva a los delitos no consumados (S. 29 diciembre).

29. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—Abrazar a una mujer no es acto libidinoso. Si el delito lo ejecuta un maestro o persona encargada de la educación, puede concurrir la agravante de abuso de confianza (S. 28 septiembre).

El delito se consuma al realizar actos externos que demuestren la intención libidinosa (Ss. 4 noviembre y 18 diciembre); cualquiera que sea la trascendencia del acto (S. 31 octubre).

Los abusos deshonestos de un profesor sobre un niño, en presencia de otros niños, caen también en el área del escándalo público del artículo 431 del Código penal (S. 5 noviembre).

30. Art. 431... *Escándalo público*.—Existe el delito previsto en el número 1.º del artículo 431 del Código penal, en el trato ilícito entre personas de distinto sexo no unidas en matrimonio, del que se hace comercio y hábito (S. 30 septiembre). Y en los actos de extravío sexual del procesado con un niño de trece años, que adquirieron publicidad al ser sorprendidos por el guarda y revistieron trascendencia por el peligro de despertar en el menor hábitos viciosos (S. 17 octubre). Y en la obscena propuesta del procesado a dos jóvenes del sexo masculino, que reaccionaron sujetándole para entregarle a la fuerza pública, que acudió a las voces que profería y con tal motivo y el de su detención, trascendieron los hechos al vecindario (S. 28 diciembre). Y en el conseguir en un solo acto, de tres menores de siete años, que le exhiban los órganos genitales, lo que integra un solo delito (S. 10 octubre).

Existe el delito previsto en el núm. 2.º del artículo 431 del Código penal, en el alquilar habitaciones a parejas que acuden para satisfacer sus apatencias sexuales (S. 10 octubre) y en poner un piso a disposición de tres mujeres ostensiblemente dedicadas a la prostitución (S. 21 diciembre).

Son compatibles los números segundos de los artículos 431 y 438 del Código penal, de comerciar con la prostitución y de inducciones corruptoras sobre menores de veintitrés años (S. 21 diciembre).

31. Art. 434... *Estupro*.—El elemento objetivo del delito es el yacimiento con mujer, y no el de su embarazo o nacimiento de fruto del mismo (S. 25 noviembre).

Es engaño la promesa de matrimonio (S. 7 octubre). Pero no es nece-

saría promesa categórica y solemne, y así se da el engaño en el pedir autorización a la madre de la estuprada para ser novio de ésta (S. 15 diciembre).

Cabe la multiplicidad de condenas por varios yacimientos efectuados con una sola mujer, cuando la estuprada es de condición honesta, menor de dieciséis años; pero si se trata de mujer mayor de dieciséis años, no cabe distinguir diversas infracciones en los repetidos accesos carnales (S. 29 septiembre).

32 Art. 449... *Adulterio*.—Hubo tentativa de adulterio, por la reunión en local dedicado a recibir parejas, provisto de lecho, y el impedimento de todo acto posterior por la sorpresa de la Policía (S. 27 octubre).

En el delito de adulterio hay patrimonio moral lesionado (S. 24 octubre).

Para admitir la prescripción sería preciso probar que habían transcurrido más de cinco años desde que se dejó de realizar la actuación punible (S. 19 septiembre).

33. Art. 457... *Injurias*.—La intención de injuriar debe presumirse en las expresiones afrentosas (S. 8 octubre). Pero no basta atender a la significación gramatical de las palabras, sino al propósito, los antecedentes, el lugar, la ocasión y demás circunstancias (S. 24 octubre).

34. Art. 471. *Bigamia*.—Se consuma por el hecho de contraer segundo o ulterior matrimonio; y no se prolonga o subsiste en forma que no pueda empezar a correr la prescripción (S. 16 noviembre).

35. Art. 480... *Detención ilegal*.—El hecho no encaja en el artículo 482 del Código penal, pues el procesado se limitó a requerir a un agente de la Autoridad para que detuviese a determinada persona, a la que dicho agente invitó a que le acompañase a la Comisaría, como así lo hizo voluntariamente; pues las normas penales hay que interpretarlas restrictivamente, y no cabe ampliarlas por razones analógicas (S. 5 diciembre).

36. Art. 496. *Couccion*.—Requiere el empleo de violencia, material o intimidativa, y no estar legitimamente autorizado (S. 24 septiembre).

Se comete, no solamente cuando la violencia se ejerce contra las personas, sino cuando mediante la fuerza ejercida sobre las cosas del perjudicado, se le priva de su goce y disfrute (S. 2 diciembre).

37. Art. 500... *Robo*.—En el delito de robo con homicidio, es indiferente que la muerte preceda, coincida o subsiga al robo, así como que el culpable tuviera o no intención de matar. El portal y la escalera de una casa de viviendas, son dependencia de casa habitada. Como el recurrente se proveyó del cuchillo cuando proyectó el delito, e hizo uso del mismo para dar muerte después de robar al interfecto, está bien apreciada la agravante del último párrafo del artículo 501 del Código penal. La índole del delito de robo, excluye la intención del arrebató (S. 29 octubre).

Existe robo, si la cajita de caudales se forzó fuera de la casa en donde fué sustraída (S. 14 noviembre).

38. Art. 541... *Hurto*.—El ánimo de lucro es un elemento del dolo, presumible por imperativo del artículo 1.º del Código penal (S. 13 noviembre).

Existe hurto con abuso de confianza: Porque el sustractor era huésped de la misma habitación que ocupaba aquél a quien sustrajo el dinero (S. 15 octubre). Porque la sustracción la realizó en el edificio donde

prestaba servicios como vigilante nocturno (S. 13 noviembre). Por el vínculo laboral existente (S. 16 octubre); aunque no se precisan relaciones de dependencia o subordinación con el perjudicado, sino el quebrantamiento de deberes de lealtad, cual realiza el expendedor de billetes de ferrocarril que entra en la taquilla de un compañero, en la que despacha billetes y se queda con su importe (S. 18 diciembre).

El hurto fué en lugar destinado al culto, pues se sustrajo en una iglesia el bolso de una señora que estaba orando (S. 3 octubre).

Ha reincidido el procesado, más de dos veces, aunque los delitos precedentes fueron sancionados en la misma sentencia (S. 22 diciembre).

39. Art. 528... *Estafa*.—Existe el delito de estafa previsto en el número 1.º del artículo 529 del Código penal; En la apropiación de los fondos por el contable de la Sociedad que no tenía a su cargo la custodia de los caudales, mediante alteración de los libros de la Sociedad (S. 14 octubre). En el obtener dinero utilizando el nombre de otra persona conocida de los perjudicados (S. 28 octubre). En el alquilar un automóvil y no pagar su importe realizado el servicio (S. 9 noviembre). En el aparenter una situación económica de que se carecía, para obtener préstamos (S. 30 diciembre).

El otorgamiento de falsos contratos de venta para estorbar la acción de retracto intentada por los arrendatarios, y obligarles a pagar un precio superior al verdadero, constituye el delito de estafa del núm. 2.º del artículo 532 del Código penal; quedando el delito consumado en el instante mismo en que se otorgan los documentos con esa finalidad, con independencia de que la lesión económica llegue o no a producirse, y de que los contratos sean o no eficaces, y de que la acción de los retrayentes sea o no viable (S. 7 noviembre).

El no desalojar la casa que se disfrutaba después de haber ofrecido falsamente hacerlo al recibir 14.000 pesetas, de las que se apropió, es un incumplimiento de obligación civil (S. 24 octubre). Y no existe estafa, porque la entrega de cheque antedatado con consentimiento del acreedor, equivale a una promesa de pago a realizar en la fecha convenida, y no es el documento sustitutivo de la moneda que se entrega como pago de una operación verificada al contado. Y tampoco existe en el silencio del deudor sobre su cualidad de depositario de la mercancía que se embarga, pues no hay precepto penal que obligue a manifestar en el acto del embargo, la situación jurídica de la cosa que se embarga (S. 9 diciembre).

40. Art. 535. *Apropiación indebida*.—No hay delito, pues no es desusado en la vida comercial, negociar con mercaderías que el vendedor espera ingresar en su patrimonio (S. 28 octubre).

41. Art. 542... *Usura*.—Basta para la existencia del delito previsto en el artículo 543 del Código penal, la excesiva cuantía de los leoninos intereses, y su encubrimiento mediante otra forma contractual cualquiera, asimismo, acreditada por la aceptación de cambiales (S. 30 noviembre).

42. Art. 546 bis. *Receptación*.—Basta que se sepa que lo que se adquiere es de procedencia delictiva, aunque se ignore la clase de delito cometido (S. 23 noviembre). Pero no puede apoyarse el delito en el «suponer» que se había verificado una sustracción (S. 19 octubre).

Tanto es que la adquisición se haga en el establecimiento del receptor abierto al público, como fuera de él (S. 19 noviembre).

La limitación de pena al receptor respecto de la del autor del delito encubierto, sólo se refiere a los reos no habituales de encubrimiento (S. 23 noviembre).

43. Art. 557... *Daños*.—Es todo acto, materializado en un bien de propiedad ajena, que implique su destrucción, inutilización, alteración de su substancia, deterioro, desmerecimiento, etc., y realizado con intención de causar un detrimento patrimonial (S. 22 diciembre).

44. Art. 565. *Imprudencia*.—El delito se determina por una acción u omisión voluntaria y no maliciosa, un mal efectivo definido en la ley como delito, y una relación de causalidad (S. 22 diciembre). Por lo que no se desprende de la vaga cláusula «sin adoptar mayor precaución», pues la culpa no se presume, al contrario que el dolo (S. 6 octubre). Ni toda infracción reglamentaria lleva implícita una responsabilidad penal por imprudencia, sino que es precisa la ejecución de un hecho con quebranto de las normas de cautela precisas en la vida de relación (S. 28 noviembre), y la infracción reglamentaria de falta de dominio del coche, de ilicitud administrativa dado en el artículo 17 del Código de la Circulación, no adquiere rango criminal si no se coordina con una actitud imprudente previa, que aquí no existe cuando sólo se afirma que el motorista marchaba a velocidad normal (S. 5 noviembre).

Si el hecho se produce por la concurrencia de actos u omisiones de dos o más personas, la responsabilidad criminal recae sobre todos (S. 2 y 28 noviembre).

En el orden penal no tiene valor la compensación de culpas (Sentencia 7 diciembre).

La exigente de caso fortuito implica la ejecución de un acto lícito, lo que es opuesto a la imprudencia (S. 10 diciembre). La fuerza mayor, cual sea rotura de frenos o dirección, corresponde al reo probarla (S. 28 septiembre).

La atenuante de embriaguez se compagina mal con los tipos de delito culposo, y si es la embriaguez uno de los elementos constitutivos de la imprudencia, no puede integrarse con ella el delito definido en el artículo 1.º de la ley de 9 de mayo de 1950 (S. 30 octubre).

Se aprecia imprudencia temeraria por estos hechos: Conducir un autobús por calle de tráfico denso, sin ser dueño de los mandos del vehículo (Sentencia 23 septiembre). Dejar un camión aparcado en forma indebida (Sentencias 9 octubre, 16 noviembre). Conducir en estado de cansancio y sueño (S. 13 octubre). No disminuir la velocidad, a pesar de apreciar la proximidad a la vía de una persona (Ss. 15 octubre y 2 diciembre). Conducir a gran velocidad, por el centro de la carretera inclinado a la izquierda (Sentencia 3 noviembre). Conducir con dificultad de movimientos, llevando un viajero a la derecha y otro a la izquierda (S. 5 diciembre).

El infringir también un precepto del Código de la Circulación, no degrada la imprudencia grave a la categoría de simple con infracción de reglamentos (S. 9 octubre, 2, 18 y 31 diciembre).

La imprudencia simple que sanciona el párrafo segundo del artículo

565 del Código penal, no se caracteriza por la infracción de un precepto reglamentario, sino por el tomar alguna precaución, pero no toda la necesaria para prevenir el riesgo (S. 14 octubre). Existe en el hecho de abandonar la guardabarrera un paso a nivel, pero dejando al cuidado del mismo a otra persona (S. 2 noviembre). Y en el aproximar excesivamente un vehículo a la acera, atropellando a quien se encuentra al borde, pues hubo infracción de los artículos 17 y 103 del Código de la Circulación (S. 24 noviembre). Y en el no moderar la marcha o frenar a tiempo, pues se infringió el artículo 17 del Código dicho, al no ser dueño de los movimientos del vehículo (S. 5 noviembre y 19 diciembre). La preferencia de paso no exime de la obligación de moderar la marcha en los cruces, conforme al apartado b) del artículo 17 del Código aludido (S. 2 octubre).

La agravación específica de negligencia profesional, se ha de establecer sobre base propia y distinta de la que sirva para apreciar la imprudencia (Sentencia 3 noviembre). Y no se produce por la mera condición personal del procesado, hasta el extremo de que baste que dedique su actividad a la conducción de vehículos de motor (S. 30 septiembre, 15 octubre, 28 y 31 diciembre). Sino por una típica conducta de impericia o de negligencia indisculpable en un profesional (S. 8 octubre y 16 noviembre).

El artículo 565 del Código penal, descansa en el supuesto de que el hecho constituya delito si se realiza con malicia, y carece de aplicación si lo que constituiría fuese una falta; siendo entonces de aplicación el número 3.º del artículo 586 del Código aludido (S. 19 diciembre).

### LEYES PENALES ESPECIALES

45. *Automóviles*.—No excluye de incurrir en el artículo 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950, haber realizado anteriormente las pruebas de aptitud con resultado favorable (S. 13 octubre). Pero el artículo 1.º del Código penal es aplicable a todos los delitos, y así, aunque conducía sin permiso, no delinquirió por falta de malicia, pues se dirigía a examinarse en la Delegación de Industria, a donde había sido citado con la prevención de que compareciese con el vehículo (S. 18 noviembre).

Las circunstancias personales no son traslativas, conforme al artículo 60 del Código penal; por lo que la infracción de conducir un vehículo sin licencia, no puede abarcar a quien coopera a esa conducción provisto de autorización para conducir (S. 19 diciembre).

Hubo infracción por conducir con permiso insuficiente; sin que excuse el hecho de no llevar viajeros en el momento de ser sorprendido (S. 10 diciembre).

No hay un tipo delictivo de conducir vehículos en un determinado grado de intoxicación etílica, pues la ley de 9 de mayo de 1950 requiere, además, el reflejo de ese estado objetivo en la capacidad del conductor con riesgo para el tráfico (S. 22 diciembre).

46. *Fronteras*.—Se confirma la sentencia absolutoria; pues el paso de frontera no fué con propósito de perturbar el orden público (S. 22 octubre).

## LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

47. *Cuestiones prejudiciales.*—No hubo infracción de los artículos 3.º y 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al dictar el Tribunal sentencia absolutoria creyendo que no tenía elementos de juicio suficientes para definir sobre la cuestión civil de aprovechamiento de aguas, pues la facultad que confiere a los Tribunales el artículo 6.º de esa ley, es potestativa (Sentencia 4 noviembre).

48. *Competencia.*—Se decide la competencia a favor de la Jurisdicción militar, porque una pesquería debe estimarse como zona marítimo-terrestre (A. 21 diciembre).

49. *Infracción de ley.*—Los apotegmas jurídicos cual el de que la duda ha de favorecer al reo, no son materia susceptible de casación (S. 20 octubre). Ni puede el reo interponer recurso para agravar su condena, cual la de que se pronuncie la sentencia sobre la indemnización civil solicitada por el Fiscal, que fué omitida. Y los errores materiales no dan lugar a la casación (S. 21 diciembre). Como procedía el recurso de casación y no el de súplica que fué entablado, la sentencia quedó firme (S. 30 octubre). Y no cabe la casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia o en aplicación de indultos (A. 19 noviembre). Y si el procesado se adhirió al recurso, inadmitido éste, falta viabilidad procesal a lo que no nació como autónomo (A. 18 diciembre).

Defecto esencial de no especificar el número del artículo 849 de la Ley Procesal penal que ampara el recurso (A. 29 septiembre). Y de omitir la designación de los particulares del documento auténtico que se invoca para demostrar el error de hecho, lo que no cabe subsanar al interponer el recurso (A. 18 diciembre).

El recurso adolece del defecto de que el documento auténtico aportado, escritura pública de venta, es una diligencia obrante en la pieza de responsabilidad civil, que la priva de aquella cualidad a efectos de casación (A. 29 octubre).

No es documento auténtico el que es cuerpo de delito (S. 29 octubre y A. 14 diciembre).

La sentencia de la Magistratura del Trabajo no es documento auténtico, porque las Jurisdicciones laboral y criminal, actúan y resuelven con entera independencia (S. 5 noviembre).

No son auténticos los libros de los comerciantes (A. 12 diciembre).

Los informes de los Organismos oficiales respecto a la materia de su privativa competencia, son documentos auténticos a efectos de casación (Sentencia 26 noviembre).

50. *Quebrantamiento de forma.*—No se menoscaba derecho alguno de la parte que propuso una prueba, al acordar se practique en forma distinta de la propuesta (S. 14 diciembre). Las diligencias de prueba cuya denegación puede motivar el recurso, son aquéllas que fueron propuestas para el juicio oral, no las denegadas en el sumario, que pudieron ser de nuevo pedidas en el juicio (A. 13 noviembre). Para la suspensión del juicio por incomparecencia de testigos, es menester que el Tribunal considere necesarias las declaraciones (S. 17 noviembre). Pero fué debidamente ejercida la

facultad de denegar la suspensión del juicio, pues la declaración del testigo incompareciente pudo ser suplida mediante lectura de la que en el sumario constaba (S. 16 diciembre).

Hubo quebrantamiento de forma, al no ser oídos los responsables civiles subsidiarios, aunque el pronunciamiento de la Sala no les afectara; pero, en cambio, decretó que la indemnización se hiciera efectiva de la fianza que tenía constituida la Compañía de Seguros, mas sin declarar expresamente quién es el responsable civil subsidiario, no cabe derivar la responsabilidad hacia el que trae causa del que lo fuere, presuntamente ya fallecido (S. 10 octubre).

La contradicción entre el hecho probado y un Considerando, no es admisible (S. 1 diciembre).

Por conceptos jurídicos predeterminados del fallo sólo han de entenderse, aquellas expresiones que entran en el ámbito de la técnica penal (S. 4 noviembre).

La falta de resolución sobre la solicitud del querellante de que se condenara a los procesados y por su insolencia al responsable civil subsidiario a determinada indemnización, motiva la casación en la forma (S. 30 octubre).

Necesidad de consignar la falta o faltas que se suponen cometidas (A. 27 octubre, 3 y 13 noviembre, 18 diciembre).

La nulidad de actuaciones no tiene cauce legal ante la jurisdicción de casación (S. 16 diciembre).

## INDICE ALFABETICO

Aborto, 26.  
 Abusos deshonestos, 29.  
 Adulterio, 32.  
 Alevosía, 10, 25.  
 Apropiación indebida, 40.  
 Arresto, 9, 10, 37.  
 Asesinato, 25.  
 Asociación ilícita, 22.  
 Atentado, 20.  
 Autenticidad, 49.  
 Automóviles, 44, 45.  
 Autoría, 15.  
 Bigamia, 34.  
 Blasfemia, 21.  
 Casación, 49, 50.  
 Caso fortuito, 5, 44.  
 Causalidad, 1.  
 Celos, 9.  
 Circunstancias, 2.  
 Coacción, 36.  
 Competencia, 48.  
 Conducción, 45.  
 Corrupción de menores, 30.  
 Cuestiones prejudiciales, 47.  
 Daños, 43.

Delito, 1.  
 Detención ilegal, 35.  
 Embriaguez, 6, 44.  
 Enajenación mental, 3.  
 Escándalo público, 29, 30.  
 Estafa, 39.  
 Estupro, 31.  
 Falsedad, 23.  
 Fronteras, 46.  
 Fuerza mayor, 44.  
 Hurto, 38.  
 Imprenta, 16.  
 Imprudencia, 44.  
 Infracción de ley, 49.  
 Injurias, 33.  
 Legítima defensa, 4.  
 Lesiones, 27.  
 Locura, 3.  
 Malversión, 24.  
 Multa, 18.  
 Nulidad, 50.  
 Parentesco, 14, 28.  
 Premeditación, 10, 11, 25.  
 Prescripción, 19, 32, 34.

- Preterintencionalidad, 7.  
Propaganda ilegal, 22.  
Quebrantamiento de forma, 50.  
Receptación, 42.  
Reincidencia, 12.  
Responsabilidad civil, 17, 28.

- Robo, 37.  
Salud pública, 7.  
Sexo, 13.  
Usura, 41.  
Vindicación, 8.  
Violación, 28.

## CRONICAS EXTRANJERAS

### Culpabilidad y tipicidad

JAVIER ALBA

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Campeche (Méjico)

La aceptación del tipo como instrumento técnico trae aparejada la necesidad de que cualquier consideración que se haga a propósito del fenómeno llamado delito deba ser hecha teniendo siempre en cuenta la tipicidad entendida como cabal realización de la hipótesis delictiva, y no en la restringida y simplista acepción de adecuación formal de la conducta a la descripción legal; lo anterior aparece bien claro, si se considera que de aceptarse la última de las dos acepciones la privación de la vida justificadamente es típica, pero no delictiva, lo que es bueno explicar al principiante para que distinga entre adecuación formal y antijuridicidad, pero que es un contrasentido si se pretende estudiar el fenómeno penal en una tendencia unificante.

De las muy diversas opiniones mantenidas por los escritores contemporáneos a propósito de lo que es el delito, podemos resumir que, según la opinión dominante, tiene un presupuesto de orden puramente material y que es el comportamiento humano, un dato formal constituido por la previa descripción del comportamiento y un dato axiológico, que cuando tiene como objeto la conducta de su fase externa recibe el nombre de juicio de antijuridicidad y cuando lo valorado es el comportamiento anímico, es conocido como juicio de culpabilidad.

El muy difundido cuadro de Sauer estudiando el delito a base de elementos positivos y negativos, tiene más de ingenioso que de técnico y la afirmación de que el tipo es «descripción de conducta desprovista de valoración», es totalmente inadecuada para construir una teoría unificante del delito. Si algo existe en la Ley que previamente haya sido objeto de una valoración cabal, es el tipo; no cualquier descripción de conducta es tipo, lo es tan sólo aquella que la describe como acreedora de pena y es obvio que para describir una conducta como punible se la valora previamente; esto ya lo asentaba Beling, y lo admirable es que no haya obtenido las conclusiones que lógicamente se imponen, entre ellas la relativa a que conducta típica y conducta punible son expresiones equivalentes y, como a la descripción de un conducta punible se llegó previa una valoración con resultados desprobatorios, debe sostenerse que lo típico es necesariamente antijurídico e ineludiblemente culpable. Todo ello aparece bien sencillo si

en la mente no se tiene un lastre y se la tiene acostumbrada al raciocinio lógico.

En las cuestiones penales es poco aconsejable estructurar doctrinas que no tengan su apoyo en la norma dada, pues en esta rama de las Ciencias Jurídicas no se corre riesgo alguno al afirmar que no hay más derecho que la Ley, y es de la norma misma de donde el estudioso obtiene los datos comunes al fenómeno delictivo, los que debidamente sistematizados vienen a formar la teoría, pero sin que pueda ella agregar dato alguno a los que la norma contiene. El iuspenalista no crea, lo más que puede hacer es descubrir y sistematizar.

Puede opinarse que no se comete grave error al afirmarse que una conducta para ser delictiva lo único que necesita, hablando en términos técnicos, es, tipicidad; ello, porque según quedó apuntado en párrafo anterior, lo típico es punible, y es merecedor de pena porque se lo desaprueba. Reducir la idea de la tipicidad a mera adecuación formal es no ver más allá del principio de exacta aplicación de la Ley Penal, y para ello, no es necesario sostener la existencia de una doctrina penal con un contenido técnico sistematizado; pretender que la tipicidad es una «de esas nebulosidades germanas» es desconocer su contenido y su aptitud unificante.

Debe sostenerse que la unificación de la teoría del delito teniendo como eje la idea de la tipicidad, es algo no solamente deseable por cuestiones de método, sino indispensable por razones de orden técnico. Estudiar el fenómeno no delictivo en su dimensión jurídica, sin subordinación a una idea central exclusivamente jurídica que tenga su fundamento en la norma dada, es un error que, en lo posible, debe ser evitado, pues cuando se procede en forma distinta se explican los diversos momentos del delito con apoyo en teorías francamente contradictorias que llevan a la confusión y al descrédito de los estudios penales. Es frecuente oír la opinión de que quienes se dedican al Derecho penal son gente llenas de ideas románticas a propósito de los delincuentes, pero que quienes, en realidad, son juristas se ocupan de la Teoría de las Nulidades y del estudio de los contratos; en realidad, todas las ramas del Derecho convergen hacia un punto central: la regulación de la convivencia humana en los grupos organizados, y tan importante es una como otra, todas tienen su particular técnica y por eso, nada tiene de extraño que los estudiosos del Derecho penal utilicen una propia y diversa—aun cuando no contradictoria—de la utilizada por quienes cultivan especialmente otras ramas de ese todo que es el Derecho. Pero entremos en materia.

Hay numerosas opiniones sobre lo que es la culpabilidad, son casi tantas como las existentes a propósito de la pena. Es por demás interesante, observar cómo los escritores, siguiendo los lineamientos generales de una determinada concepción del delito se apartan, sin embargo, de ella en un punto dado y formulan su propia teoría, sin tener en cuenta que de aceptarse ella tenía que rechazarse todo lo anteriormente asentado y que se tiene como cierto; los ejemplos abundan y resulta innecesario hacerlos resaltar; probablemente se deba ello a que los que cultivamos el Derecho carecemos en una aplastante mayoría de una preparación filosófica medianamente aceptable. Los filósofos han sido mucho más sensatos, cuando

menos desde el punto de vista de la lógica formal, cada uno inventa su propio sistema y hace de lado cualquier otro que se le oponga; los matemáticos tienen también esa peculiaridad y únicamente los sociólogos y los juristas son un poco dados a rechazar determinados puntos de un sistema cuidadosamente entrelazado y hacen un nuevo aporte que puede ser muy meritorio y que, sin embargo, contradice el conjunto dentro del cual se le pretende encajar; al apuntar este hecho, en forma alguna se pretende menospreciar el aporte y no hay ánimo despectivo, es simplemente la constatación de que en materias como la jurídica, la lógica formal rara vez se toma en cuenta, pero debe también hacerse resaltar el hecho de que en la totalidad de las ciencias se avanza a pequeños saltos, lo que no viene a ser sino la confirmación de la teoría del movimiento: alguien viene y descubre algo, vendrá después otro a hacer nuevo descubrimiento y se dará un nuevo paso, en el intervalo, que puede ser breve o largo, se discutirá y se elucubrará alrededor del nuevo aporte sin agregarle nada sustancial, habrá incluso desviaciones de la idea central, pero llegará el momento en que se dé un nuevo paso, algunos creerán en un momento dado que se ha llegado a la perfección, pero un nuevo aporte—un movimiento—se encargará de contradecirlos; nada autoriza la afirmación de que el estado actual de los estudios sobre las ideas centrales del delito haya alcanzado un punto de perfección que haga innecesario un nuevo aporte; quien tal pretenda tiene en contra la Historia y la dinámica de la inteligencia, bien pobre si se quiere, pero inteligencia, al fin, de la especie humana. Una doctrina jurídica, que no es sino un conjunto sistematizado de pequeños descubrimientos que tienen por base la observación de la norma; rara vez puede atribuirse a una sola persona, son muchos quienes dan su aporte, y tal sucede en la moderna doctrina de la culpabilidad.

Resulta ocioso ocuparse de la génesis del concepto culpabilidad, como también de las diversas posiciones que a través del tiempo se han mantenido a propósito de la misma; mejor es ocuparse de la doctrina que se estima correcta y hacer algunas consideraciones al respecto.

Los modernos escritores hablan de dos corrientes fundamentales a propósito de la culpabilidad: Psicologismo y Normativismo; se atribuye por algunos la «creación» del Normativismo a Frank y su sistematización, a Goldschmidt, pero ya Mezger ha dicho que es ocioso discutir sobre quién es el fundador del concepto normativo de la culpabilidad, pues en esto como en la casi totalidad de las cuestiones teóricas, cada quien pone su pequeño aporte; igualmente, el profesor de la Universidad de Munich, se ha encargado de demostrar que un psicologismo puro nunca se ha dado, y pretender que el psicologismo reduce la culpabilidad «al puro hecho psicológico» es calumniar a los psicólogos. No vamos a ocuparnos de la exposición de las corrientes citadas; son conocidas en sus lineamientos generales y semejantes disquisición queda fuera de la finalidad de estas cuartillas; lo que interesa es la consideración de la culpabilidad en su entraña misma, haciendo a un lado el rococó.

Cuando el legislador erigió en tipo la privación de la vida, es decir, cuando describió esa conducta como acreedora de pena, es indudable que lo hizo porque la consideró reprochable. Esto es elemental y no requiere mu-

cha explicación. De la consideración y estudio de las normas que no constituyen tipos, pero que fundamentan lo que se conoce como «Parte General del Derecho penal», se puede obtener una imagen clara de lo que es la antijuricidad y de lo que es la culpabilidad. Si la Ley consigna que una determinada actitud anímica es dolo y otra diversa es culpa, tenemos ahí la base primera y última de los grados de la culpabilidad y llegaremos al concepto de la misma estudiando las causas de exclusión de la pena que tengan por motivo situaciones de carácter anímico del sujeto capaz de Derecho penal. Así planteado el problema, aparece bien sencillo y no hay razón alguna para complicarlo desde su base primigenia.

Si partamos de la base de que el tipo es descripción de conducta como acreedora de pena, y no tan sólo descripción de conducta, para ser congruente debemos de sostener que la afirmación de la tipicidad de una conducta requiere, desde luego, su adecuación formal a la descripción pero es necesario, además, considerar si ese comportamiento que formalmente se adecúa a la previa descripción, realiza el presupuesto legislativo, es decir, si el comportamiento es precisamente el que desaprobó el legislador, y a ese conocimiento se llega estudiando las normas de la Parte General que contienen los Códigos. Constatado el hecho material de la privación de la vida, tenemos una mera adecuación formal, pero no podemos saber con ese solo dato si la conducta es delictiva; es necesario ver las situaciones de carácter objetivo en que la privación de la vida se dió y estudiar el proceso anímico causal de la conducta; así llegaremos al conocimiento del carácter delictivo o no de la conducta estudiada. Se recurre al ejemplo «privación de la vida» por ser el más accesible, pero lo dicho a propósito del mismo vale para cualquier otra descripción, si ella corresponde a lo que doctrinalmente se conoce como tipo «anormal», el problema sigue siendo constatar si el comportamiento realiza la hipótesis punible, y puede suceder, por la estructura misma de la descripción, que los elementos de la creación legislativa están exigiendo explícitamente el carácter antijurídico y culpable de la acción descrita, pero al concepto de la antijuricidad y de la culpabilidad se llega necesariamente a través de la Parte General.

Se dijo al principio de estas cuartillas que el delito tiene un dato de carácter axiológico que al tener por objeto la conducta en su fase externa viene a constituir el llamado juicio de antijuricidad, y al tener por objeto el comportamiento anímico recibe el nombre de juicio de culpabilidad; la aceptación de los llamados elementos subjetivos del injusto, en nada contrarían esta afirmación, pues bien sabido es que la actitud anímica del sujeto cuando es medio para la valoración del comportamiento material, es conocida como elemento subjetivo de la antijuricidad, pero si es el objeto de la valoración, es, sencillamente, materia del juicio de culpabilidad. Ahora bien, el juicio sobre el proceso anímico del delito no puede tener otra base que la norma misma; ella es la que nos dará el fundamento y el límite de la culpabilidad. En el sistema del Distrito Federal los artículos ocho y nueve del Código penal trazan los lineamientos del dolo y de la culpa a los que debe de estarse, no obstante sus imperfecciones de carácter técnico, las que de ninguna las invalidan; si la descripción exige determinadas actitudes anímicas no comprendidas en esas dos disposiciones, el

problema sigue siendo el mismo: los lineamientos generales los dan las normas a que nos venimos refiriendo y si no se entienden ellas, no podrán entenderse los demás.

La norma dada es la base de la culpabilidad; pudo muy bien el legislador tener en cuenta valoraciones de carácter ético o cultural, pero cuando se habla de fundamento jurídico del reproche no puede traspasarse la norma; en este orden de ideas se puede afirmar que una conducta es culpable porque es típica, ya que es típica porque fué desaprobada, y su erección en tipo es la prueba de ese juicio previo con resultados desaprobatarios.

Debe insistirse en que es la Ley la que traza el esquema de la culpabilidad y la única que nos permite conocer cuál es el supuesto legislativo de una conducta descrita como acreedora de pena; a ese conocimiento se llegará mediante la consideración de las normas relativas al dolo y a la culpa y a través del estudio de las causas de exclusión de la pena, que tienen como presupuesto una condición anímica determinada en la Ley, del sujeto imputable. No es que se pretenda insinuar siquiera que las causas de inculpabilidad son «elementos negativos de la culpabilidad», lo que se afirma es que de mediar ellas, la propia Ley está revelando que no hay reprochabilidad y, en consecuencia, la conducta está fuera de la hipótesis creada.

Si la Ley consigna como causa de exclusión de la pena la «inculpable ignorancia», pero afirma, por otra parte, que la presunción de dolo no se destruye, aun cuando el acusado demuestre que erró sobre la persona o cosa, es inconcuso que nos da la pauta para determinar el límite subjetivo de la culpabilidad reduciéndolo al error esencial; si la Ley establece como causa de exclusión de la pena el caso fortuito que se reduce a la presencia de una concausa en conducta atípica, es obvio que está señalando el límite objetivo al reproche; a ello puede llegarse sin necesidad de un gran esfuerzo mental examinando la Ley sin ideas preconcebidas.

Culpabilidad es reprochabilidad, afirma la corriente normativista y no hay motivo alguno para contradecir esa afirmación; la disquisición surge al considerar cuáles son los criterios de esa reprochabilidad, cuándo y cómo sabemos que una conducta es culpable, y aquí, al igual que en todos los casos en que debe hacerse frente a una interrogante, debe de irse a la Ley, y si ella dice que la presunción de dolo subsiste aun cuando se demuestre que había la creencia de que la Ley era injusta o moralmente licito violarla, o que el fin que se buscaba era creído justo, qu'ere ello decir que el único criterio válido es el contenido en la propia Ley y que si ella erige en tipo una conducta está significando que es contradictoria de su escala de valores que pueden o no coincidir con los del grupo, pero que son los únicos jurídicamente válidos. Pretender fundar la culpabilidad en base diversa a la contradicción al deber de comportamiento anímico del sujeto, deber impuesto implícitamente por la norma, es salirse del terreno del Derecho y, como consecuencia, romper con los elementos dictados de la técnica.

Es indudable que el tipo prohíbe un comportamiento determinado y que es precisamente el que describe; sería torpe afirmar que no se prohíbe

una conducta que se sanciona; por ello es que Goldschmidt, ha dicho que la norma es «objetiva de acción y subjetiva de determinación»; ello es, el tipo predica una abstención e impone un comportamiento anímico; la llamada motivación del normativismo debe de entenderse no en la forma simplista de voluntad a virtud de la existencia de motivos, pues en esa forma se dejaría fuera de la culpabilidad el grado culpa; la motivación debe ser entendida como un deber de comportarse anímicamente de acuerdo a los dictados de la Ley; podría enunciarse en nuestro modo latino de expresión que la norma predica una abstención de comportamiento objetivo y un deber de comportamiento subjetivo; la contradicción a la primera fase genera la antifijuridicidad, la contravención a la segunda, la culpabilidad.

El deber de comportamiento anímico está determinado por la norma misma, y cuando surge el conflicto entre dos bienes protegidos mediante la creación típica, está el sujeto en el deber de motivarse por el de mayor entidad y entonces su proceso anímico no será reprochable; así lo reconoce la Ley al consignar como causa de exclusión de la pena el estado de necesidad, y puede opinarse que dicha excluyente capta únicamente el caso de destrucciones de bienes de igual o menor entidad que el preservado; pretender que si el bien destruido es de mayor entidad hay una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta y hay justificante cuando es de igual o menor entidad, es contradecir la esencia misma de la tesis normativista y suponer que la destrucción del débil por el fuerte es jurídica lo que es definitivamente inaceptable. Ya en un Anteproyecto de Código penal para el Distrito en el que se ve la mano inconfundible de Porte Petit, se reduce el estado de necesidad a su límite correcto, evitando malas interpretaciones, pero aun con la redacción actual es imposible sostener que la excluyente abarca la destrucción de bienes de mayor entidad, pues al afirmarse ello se está dinamitando la base de la culpabilidad sosteniéndose implícitamente que no obstante motivarse el sujeto por un bien menor que el que destruye, el Derecho no ha sido violado y su motivación es correcta.

Mucho podría seguirse escribiendo a propósito de la culpabilidad; de momento lo que más interesa resaltar es la unidad conceptual que debe existir en el estudio del delito; hacer notar que la noción de tipicidad polariza y explica las instituciones y que toda disquisición que se aparte de la norma resulta carente de validez, en tanto la norma permanezca la misma. Que vengan voces más autorizadas a estudiar los detalles apasionantes del dolo y la culpa; lo que quisimos asentar es que la estructura técnica del delito tiene unidad completa; hay un equilibrio fascinante que tiene indiscutiblemente su belleza; hay en el estudio del delito dentro del terreno jurídico, algo que difícilmente pueden ofrecer otras disciplinas: unidad conceptual en cada uno de sus aspectos; todo él se reduce a una sola idea grávida de sugerencias para el estudioso: Tipicidad.

# Esquema del Derecho penal en la práctica italiana del siglo XVI (Julio Claro de Alejandría)

Por MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ  
Juez de Primera Instancia e Instrucción

## SUMARIO :

- I. LA PRODUCCIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVO-PENALES.
  1. Derecho legal.
  2. El derecho de la doctrina.
  3. El derecho judicial.
  4. El derecho penal de la costumbre.
  
- II. IDEAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN.
  1. La benignidad.
  2. «Non bis in idem».
  3. Aspecto material.
  
- III. AUSENCIA DE PRINCIPIOS SOBRE LA INTERTEMPORALIDAD DE LAS NORMAS.
  
- IV. LA LEY PENAL Y LAS PERSONAS.
  1. Esquema de privilegios.
  2. El privilegio personal del Derecho canónico.
  
- V. EL DELINCUENTE.
  
- VI. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y SOCIAL. (En general, y con relación a la delincuencia multitudinaria.)
  
- VII. CLASIFICACIÓN CUANTITATIVA DE LOS DELITOS.
  
- VIII. LA NOMINACIÓN COMO ÍNDICE CLASIFICADOR.
  
- IX. EL TEMA DE LA DISTINCIÓN POR EL RESULTADO CRIMINAL.
  
- X. LA PERSEGUIBILIDAD. DELITOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. (Consideraciones sobre la accionabilidad.)
  
- XI. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS POR SU COMPROBACIÓN Y DIFUSIÓN. (La flagrancia y la notoriedad.)
  
- XII. DELITOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN.
  
- XIII. LOS DELITOS POR RAZÓN DEL FUERO EN SU ENJUICIAMIENTO. (Competencia secular y canónica.)
  
- XIV. EL DELITO CONTINUADO.

## LA PRODUCCIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVO-PENALES

La indole de la obra del Práctico criminalista revela que las cuestiones estudiadas en ella, lo son a la luz de la entonces vigente filosofía jurídica, o sea el fundamento romano-canónico que el *ius utrumque* imponía a la especulación de los juristas. No otra cosa quiere reflejar con la reiterada apelación a la *communis opinio* para fortalecer el sentido en que se orienta la solución de las cuestiones. Pero junto a ellos figura la base estatutaria, núcleo de los problemas penales suscitados por la simplicidad del texto escrito; en numerosas ocasiones se refuerzan las directrices teóricas con el precedente de resoluciones judiciales acerca del problema enjuiciado; en último término, se destacada el rango material y formal del Derecho penal consuetudinario. En prueba de la validez de estas fuentes, merecen citarse las referencias siguientes:

1. *Derecho legal*.—El derecho escrito, representado por los *statuta civitatis*, declaraba la sanción de conductas de esquema elemental y problemática ausente del texto de la ley. Junto a las alusiones que en la serie alfabética de delitos acusan la eficacia penal de los Estatutos—sirva de ejemplo el diverso tratamiento de la infracción por razón de la condición de los sujetos—, reproduce Julio Claro en su *Practica Criminalis* (q. 82), la escala legal de las penas estatutarias. sin dejar de tener presente que el vigor de este Derecho escrito se constreñía a las ciudades que lo poseían en calidad de excepción a la omnivigencia del saber criminal romano-canónico.

2. *El derecho de la doctrina*.—De hecho, los criterios científicos son el recurso más a menudo aprovechado y—dentro de cada tema— invocados más concienzuda y profusamente. Las locuciones *conclusio frequentiori Doctorum calculo probata* y *...est communis opinio*, son prueba de que la autoridad de los juristas dispensa de reincidir sobre un extremo por ellos dilucidado, bastando con incorporar su solución a la incógnita suscitada. Junto a soluciones, de solución más o menos unilateral, se alinean otras de enorme aptitud polémica. En ellas Claro no recata su juicio, que en ocasiones ilustra con precedentes judiciales de particulares decisiones. Abundan las alusiones a los maestros de la Glosa (Juan Andrés, Bartolo de Sasoferrato, Baldó de Ubaldis, por reseñar los de más frecuente invocación) y a los Prácticos contemporáneos (Tiraquellus, Antonio Gómez), debiendo consignarse que los criterios de Covarrubias merecen, por parte de Julio Claro, una singular estimación.

3. *El Derecho judicial*.—En última instancia, la doctrina juridico-criminal de Claro afirmaba—con criterio de universalidad—las bases del pensamiento romanista, y ya se previno (1), acerca de la primera edición de sus «*Recepta Sententia*» (aparecida en Francfort), que si bien su pensamiento conectaba con el esquema penal del Estatuto de Milán, era susceptible en generalización, atendiendo a su clasicismo especulativo y al rango científico de sus consideraciones. Con

(1) Es el criterio de COLASSE en su trabajo acerca de los Prácticos.

con ello, deja de limitarse la aportación jurisprudencial y aparecen, indistintamente invocadas, resoluciones contemporáneas junto a supuestos de Derecho romano. Este derecho judicial no goza de calidad interpretativa y su producto es una norma libre que—al dilucidar el régimen de una situación no prevista—perdura sucesivamente. De hecho, bien pudiera ser el germen de la fuente *consuetudo generalis*, precedente, sin duda, de un acto autoritario de tutela penal.

4. *El Derecho penal de la costumbre*.—A la hora de calificar o condenar una figura o una conducta discutida, no es extraño que surja la vocación de eficacia formal de la costumbre. Entresacadas arbitrariamente son notables—entre las muy copiosas—las remisiones siguientes:

A) A la pena acostumbrada (*imponenda est poena consuetata*) para sancionar la falsedad.

B) La imposición de la pena capital por el tercer robo (...*de generali consuetudine pro tribus furtis fueres laqueo suspenduntur*), cuya corrección se imputó al Derecho de los Prácticos, atribuyéndoles la indulgente construcción del delito continuado, idea, desde luego, no compartida por la concepción penal de Julio Claro.

C) La eliminación consuetudinaria de la *restitutio in quadruplum* (*Poena autem quadrupli... non est in consuetudine*) y de la domesticidad como atenuante (...*haec excusatio de consuetudine non servatur*).

Por estimar el aspecto material de la costumbre más congruente con la función interpretativa de la misma, reseñamos en su lugar el trato que le fué discernido.

#### IDEAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN

La escasez y dispersión de las normas de interpretación permite recoger como directivas, entre otras:

1. *La benignidad*.—El principio afluye a una advertencia dirigida al juez (n. 45, L. 5, *Falsum*) para excluir la falsedad reduciendo a concordia la discordante apariencia de las declaraciones testimoniales—*ut dicta testium contraria deponentium ad concordiam reducat* (n. 45, L., 5 § *Falsum*)—y valorando equitativamente el documento con idéntico propósito—*instrumentum iurare debet omni interpretatione et distinctione, ne falsum iudicetur* (n. 45, L. 5, § *Falsum*).

Junto a esta función de interpretación—acaso de alcance secundario—no cabe desconocer el sentido procesal de este mandato que conmina a un acto de virtuosismo judicial, antes bien, excita al descubrimiento de la verdad material, impidiendo que el descontrol de las probanzas otorgue apariencia de delito a lo que no es tal.

2. «*Non bis in idem*».—La fórmula—tal vez confusa con el efecto prejudicial de la *res iudicata*—es acogida, siempre que el delito sobre el que se vuelve haya sido penado con corrección—*Si... fuit punitus ea poena quam requirebat qualitas delicti, nulla est difficultas...* (n. 12.

q. 17)—o no se trata de *crimina atrocissima*, con lo cual son dos las hipótesis en que la pena se reitera.

1.º Defectuosa aplicación de la penalidad, acaecida por conducta dolosa o fraudulenta—...*nisi ex parte iudicis qui minorem poenam imposuit intercesisset aliqua fraus vel collusio* (n. 12, q. 57).

2.º *Delicta atrocissima* en que se puede penar de nuevo la conducta—...*non obstante punitione per unum iudicem illata, potest etiam per alium iudicem puniri* (n. 15, q. 57)—sin que lo impida un pronunciamiento precedente.

También respecto del *tertium furtum*, si se castigaron los precedentes sólo fundan una circunstancia de agravación del tercero—...*illa enim duo furta non computantur ad ea puniendum sed ad agravandum tertium furtum* (n. 13, L. 5, § *Furtum*)—y nunca se computan en orden a la condena capital que el Derecho estatutario prescribía, caso de quedar impunes las dos primeras infracciones.

3. *Aspecto material*.—La asistencia sustancial de la costumbre a la teoría de la interpretación, queda reflejada en:

1.º La interpretación extensiva del alcance gramatical de las palabras de la Ley—...*si...statutum dicat quod possit impune offendi, nunquid hoc casu potuerit etiam impune occidi?* (número 55, L. 5, § *Homicidium*)—, englobando la producción del homicidio como ofensa causada al desterrado y exenta de castigo.

2.º La alegación del efecto material de la costumbre—...*ita videmus servari de consuetudine quae est optima legum interpres* (n. 6, L. 5, § *Fornicatio*)—se practica en la polémica acerca de la prohibición del concubinato. Aquí se afecta la costumbre a su genuino destino interpretativo, dado que la dicción—procedente del Digesto—es la versión clásica de la norma de cultura que Mayer dirige hacia el esclarecimiento penal del alcance de la ley.

#### AUSENCIA DE PRINCIPIOS SOBRE LA INTERTEMPORALIDAD DE LAS NORMAS

Julio Claro se construye una teoría de la colisión intertemporal normativa y ello, por dos razones: a) La ausencia de un estricto rigor derogatorio en preceptos casi siempre vitalizados por opiniones doctrinalmente evolutivas, pero, en el fondo, alojadas dentro de los esquemas del romanismo. b) El casuismo abusivo de los penalistas, que da nombre a la época.

#### LA LEY PENAL Y LAS PERSONAS

El Derecho penal de los Prácticos acogió un sinnúmero de privilegios personales y el muy singular de los sujetos del Derecho eclesiástico.

1. *Esquemas de privilegios*.—Hay una pluralidad de situaciones político-sociales explicativas de dicho desnivel.

A) La desfavorable condición de los judíos conducente a la agravación en la punibilidad del adulterio—...*nam coitus Judaei christiano... est punibilis* (n. 8, L. 5 § *Adulterium*)—y a la sumisión alternativa a los ordenamientos secular y canónico para el caso de negligencia en el actuar de los jueces laicos—...*si iudex saecularis esset negligens... potest iudex ecclesiasticus de ipsa blasphemia cognoscere* (n. 5, L. 5, § *Blasphemie*).

B) El castigo del fuego para el siervo que tuviese trato inmoral con su señora—...*servus cum domina coiens flammis est comburendus...* (n. 19, L. 5, § *Fornicatio*).

C) El privilegio papal que sólo quiebra en virtud de la acusación por herejía—...*licet Papa non potest pro aliquo crimine accusari... potest tamen pro crimine haeresis accusari...* (n. 22, L. 5, § *Haeresis*)—a pesar de que una corriente—a la que Claro cuida de no adscribirse—extendía la punibilidad al supuesto de incorregibilidad del Pontífice, una vez amonestado por delito de alguna relevancia—...*crimine notorio et ex quo scandalizatur ecclesia potest Papa accusari, si admonitus sit incorregibilis* (p. 2 y 3, q. 35).

D) El beneficio en la penalidad, cuando el sujeto pasivo del delito es extranjero. Recoge Julio Claro un ejemplo del Estatuto de Perugia, si bien es justo aclarar, que a la opinión vigente (n. 19, L. 5, § *Homicidium*) repugnaba la diversidad de tratamiento dominante en la legislación estatutaria.

E) Análoga era la situación del desterrado, al que perjudicaba una causa de impunidad por las ofensas recibidas—...*allegando quod offensus erat bannitus et ideo potuit impune offendere* (n. 52, L. 5, § *Homicidium*)—, incluso extensible a la ofensa homicida. En el «*Libellus de Maleficiis*», de Gandino, hay conclusiones favorables a la exención, en base al vigor de la *consuetudo generalis*, cuya condición de fuente material facilita la ampliación de tal impunidad.

F) A causa de la índole infamante de las penas corporales—...*in ipsis poenis corporabilis imponendis magis ignominioso mortis genere puniuntur plebei, quam nobiles* (n. 24, q. 60)—, se sustraía a los nobles al padecimiento de algunas de aquéllas, a saber, las penas viles que, según Baldó, eran también inaplicables a los militares, para la práctica de cuyo suplicio capital, la pena de decapitación sustituía a la de horca.

G) También se acusa el desigual trato de los *honestiores* y *humiliores* en lo concerniente a la penalidad del estrupo—...*sed humiliores in metallum damnantur, honestiores vero in insulam relegantur* (n. 9, L. 5, § *Struprum*)—y en cuanto el sujeto pasivo del homicidio *in rebus veneratis* (n. 49, L. 5, § *Homicidium*) ostentase o no condición de *vilis persona*, pues la eficacia de la excusa absolutoria operaba sólo cuando el muerto era de la peor de dichas condiciones.

H) Para el caso de que se aprehendiese el cuerpo del delito en el domicilio de una persona, jugaba en contra suya una presunción de autoría si era de mala condición—...*si est persona malae famae praesumitur fur; secus autem si esset persona bonae famae et conditionis* (n. 5, L. 5, § *Furtum*)—, aunque indicio tan desfavorable sólo era título para la prueba de tortura, y ello, si concurría con otra semiprueba—...*nisi cum ea concurrat aliquod aliud adminiculum nunquam ex sola fama procedatur ad torturam* (n. 1, q. 21)—o había conducta reincidente o habitual.

2. *El privilegio personal del Derecho canónico.*—Por Derecho Divino—*concessum a iure divino* (n. 2, q. 36)—, la ley penal de la Iglesia desplaza a los derechos locales en la punición de delitos cometidos por clérigos, si bien la *particularis consuetudo* legitimó el castigo secular de los clérigos menores. Los caracteres convergentes en la exención de los sujetos canónicos al imperio laico de la ley son resumibles así:

1.º Indole jurídico-divina del privilegio, si bien problemática cuando se refiere a los aún no ordenados *in sacris*—...*quae tamen conclusio non transit sine difficultate*... (n. 2, q. 36)—, situación para la que acaso tenga virtud derogatoria la costumbre favorable al emplazamiento ante los Tribunales Ordinarios.

2.º Irrenunciabilidad del mismo—...*quod non possunt clerici huic privilegio tacite vel expresse renunciare*... (n. 2, q. 36).

3.º La vinculación del reo al rito y las penas de la Iglesia es de tan privilegiado arraigo que ni siquiera se exige su alegación, por lo que—procesalmente—su examen es de la incumbencia del juez—...*non teneatur clericus... comparere et exceptionem clericatus proponere* (n. 4, q. 36).

El beneficio ampara a los sujetos siguientes:

A) Los ordenados *in sacris* incondicionalmente, incluso los ilegítimos—...*habet etiam locum haec conclusio quamvis clericus sit illegitimus*... (n. 7, q. 36).

B) Los clérigos menores, siempre que la *particularis consuetudo* rija en contra del privilegio, cuya titularidad *ex iure divino* es indiscutible por lo que hace a ellos—...*et aliqui clerici, puta in minoribus constituti possint puniri a iudice seculari* (n. 2, q. 36).

C) Los clérigos casados, en tanto conserven la tonsura y el hábito talar—...*dummodo... et habitum clericalem tonruranque deferat*... (n. 8, q. 36)—si bien, la imprevisión de las fuentes, se ha estarse a las costumbres del lugar—...*sit attendanda consuetudo regionis*... (n. 14, q. 36).

Una vez muerta la mujer y al producirse el rescate por el clérigo del beneficio de los célibes—...*ea mortus recuperat omnia privilegia quae competunt clericis non coniugatis* (n. 18, q. 36)—, siempre que hubiese contraído un solo matrimonio.

D) Los clérigos al servicio del príncipe, incluso por delitos cometidos en su destino político—...*clericus admissus... ad aliquod officium seculare et in ipso officio delinquit, nunquid poterit ab ipso principe puniri* (n. 25, q. 36)—, si bien, la práctica francesa—...*haec conclusio in Gallia non servatur in practica* (n. 25, q. 36)—representaba una excepción a los derechos de entonces.

E) Los clérigos cuyo delito tiene asignada pena de degradación (herejía, falsificación de letras apóstolicas y conspiración contra el Obispo propio)—...*clericus non est degradandus nisi propter... haeresis, falsi commissi in litteris Apostolicis conspirationis in proprium episcopum...* (n. 36, q. 36)—, y sólo para el caso de que a la degradación subsigiera la relajación al brazo secular—...*requiritur ultra degradationem quod sit trahendus curiae seculari...* (n. 37, q. 36).

F) Los sujetos seculares cuya codelincuencia con clérigos exigía la indivisión de la contienda de la causa (n. 46, q. 36).

#### EL DELINCUENTE

Dos aspectos acusa el tratamiento del autor en la práctica italiana, a saber:

A) De un lado, las nociones acerca de la personalidad criminal que se destacan.

a) En el criterio de un sector de los criminalistas—repudiado por Julio Claro—para quienes la penalidad del asesinato sólo debía observarse en punto a los profesionales de la delincuencia—...*habeat locum solummodo in certo genere hominum qui appellantur assassino* (n. 1, I. 5, § *Assassinium*).

b) En la aporiación del concepto de ladrón habitual, reflejado en la noción del *fur famosus*—*Fur enim qui furari consuevit dicitur famosus latro* (n. 8, I. 5, *Furtum*).

c) En la referencia sociocriminológica a un tipo de agentes—los «caupones»—como propensos a especialidades delictivas—...*nam... huiusmodi genus hominum est furacissimum...* (n. 27, I. 5, § *Furtum*).

d) En la precisión del *usurarius manifestus* como tipo normativo de autor, en virtud de la práctica pública y abierta de su especialidad—...*usurarius manifestus dicitur ille qui famam et publice foeneraticiam artem exercet, ita ut ipsa facti evidentia excusari non possit...* (n. 15, I. 5).

e) En la polémica acerca de si la mera habitualidad y los malos antecedentes bastaban—sin otros juicios—para proceder a la tortura (n. 10, q. 63) y obtener la confesión.

f) En la valoración del concepto de habitualidad o mala fama como indicio que permite proceder a la tortura cuando patentiza en el sujeto un desfavorable crédito delictivo—...*de quo agitur solet reus tormentis subitici modo illa fama sit in eadem gener delicti* (n. 1, q. 21).

B) Respecto de la índole del sujeto activo del delito, se precisa tal condición de los difuntos, al ser dirigible contra ellos el rito inquisitivo de la Iglesia—...*de crimine haeresis potest inquiri etiam post mortem...* (n. 21, L. 5 § *Haeresis*)—, aparejando la *damnatio memoriae*—...*et aius memoria damnatur...* (n. 21, L. 5, § *Haeresis*)—cuando no sanciones más violentas al modo de la quema de cadáveres que prescribía el Derecho francés de la época—...*de consuetudine Regni Franciae... per brachium seculare comburitur* (n. 21, L. 5, § *Haeresis*). Al difunto así enjuiciado, incluso se le proveía de procurador, nombrado por sus parientes o herederos (n. 15, q. 32).

#### LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y SOCIAL

El tema de las personas morales delincuentes aparece tratado con ocasión de su aptitud, para ser acusadas y defenderse *comuniter* tal posibilidad y su punibilidad—...*universitas, collegium sive capitulum possint... delinquere et consequenter puniri...* (n. 7, q. 16)—sin olvidar el curioso ejemplo de la *poena interdicti*—transferida al vigente Código de Derecho canónico—que alcanzaba a la comunidad que atentaba de cualquier modo contra el Obispo—...*aliquid comitens contra Acaiscopum suum...* (n. 2, q. 38)—o exigía de alguien.

—...*exigens pedagía de aliquo pro rebus suis* (n. 3, q. 38)—o exigía de alguien.

Dos eran los requisitos de que dependía tal responsabilidad.

1.º Una conducta colectiva—...*quod totus populus vel omnes de collegio aliquid faciant...* (n. 8, q. 16).

2.º Una conducta colectiva—...*quod precesserit ad id, consilii publici convocatio...* (n. 8, q. 16)—, sin la cual sólo hay lugar a la incriminación individual de los que delinquieron—...*si omnes... non praevia consilii deliberatione committerent aliquod delictum... puni (un) tur... qui delinquerunt tamquam singuli* (n. 8, q. 16).

Hay una penalidad social que afecta a la entidad moral sujeto activo—...*aliquando punitur in ademptione privilegiorum et iurim suorum* (n. 9, q. 16)—, sin que la sanción impuesta a la persona jurídica—así desprovista de privilegios y prerrogativas—impida el castigo de quienes pusieron en marcha el mecanismo delictivo de la *universitas*—...*in omnem casum, non evadent poenam rectores et gubernatores civitatum qui consilium et madatum dederunt* (n. 9, q. 16)—. Con ello el pensamiento de Julio Claro se asocia a la tradición criminalista de la Glosa que por conducto de la doctrina de Baldo, y descansando en la  *fictio iuris*, admitía la responsabilidad social.

En concepto de aportación histórica, citase un testimonio de Antonio Gómez que—tal vez referido al alzamiento español de las comunidades—muestra cómo en la rebelión contra el Emperador se venó a los cabecillas—...*fuertunt etiam puniti personae singulares...*

*rectores et gubernatores culpabiles—y a las entidades rebeldes—...licet cum consilio delinquerent.*

El tema del delito multitudinario es aprovechado para estudiar la posible atenuación del castigo individual—...*quod propter multitudinem reorum non est maleficium severe puniendum* (n. 30, q. 60)—y la inaccesibilidad del ser moral a la sanción de la *excommunicatio*. La responsabilidad se subdiariza, en virtud de una remisión, a la disciplina de los Estatutos que obligan a las ciudades por los delitos cometidos en su recinto bajo una doble condición.

1.º Ignorancia de la identidad del causante del daño—...*ignoratur quis dederit damnum...* (n. 1, q. 32, *Statutum Primum*)—o certidumbre de que no ha de responder de su acción—...*vel scitur sed non est solvendus...* (loc. cit.).

2.º Posibilidad de haber prevenido el daño por parte de la colectividad llamada a responder—...*et villa potuit eum prohibere et non prohibuit...* (n. 1, q. 28, *Statutum primum*).

A pesar de asumir este extremo, el rango de una excepción a la generalidad de la regla que hace intransmisible la responsabilidad penal, su fundamento consiste en la confusión de dicha responsabilidad con las resultas civiles, con lo cual el deber que incumbe a la colectividad, se cifra mejor en la figura de la responsabilidad civil subsidiaria. Lo apoya el hecho de que la ciudad o la villa se obligan secundariamente respecto de prestaciones pecuniarias, dado que la voz *solvere* se utiliza sin precisar otra índole de sanciones, en cuyo cumplimiento sería más difícil de lograr la subrogación de la comunidad responsable. También—respecto de quienes entraban en religión tras delinquir—se imputó a los Monasterios análoga obligación de responder—...*tenebitur ipsum Monasterium quatenus ad eum pervenit* (n. 45, q. 36).

#### CLASIFICACIÓN CUANTITATIVA DE LOS DELITOS

Se proponen varios índices conforme a los que se gradúa la magnitud de la infracción y que son:

A) El arbitrio de los jueces—...*aliqui dicunt standum esse arbitrio iudicis...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

B) La dimensión de la pena sancionadora—...*gravius delictum iudicari debet quanto gravior poena...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

C) El criterio cualificado de un organismo público—...*Senatus noster interrogatus a Serenissimo rege quae viderentur delicta atrocita...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

Frente a estas concepciones—alguna de ellas, como la de la magnitud propugnada por Bartolo—se fija en la pena capital el límite de las categorías estudiadas, haciéndose notar.

A) Que son delitos leves los conminados con una pena distinta de la de muerte.

B) Que la privación de la vida o la muerte civil se asigna a los *delicta atrocia*—...*omnia delicta pro quibus... imponitur... poena mortis naturalis vel civilis... dicuntur gravia et atrocia* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

C) Que para los *delicta traocissima* la ejecución de la pena de muerte ofrece un aspecto más ejemplarizador y gravoso—...*lex vel statutum imponit poenam graviolem quam simplicis in ipso genere...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

Jiménez de Asúa hace arrancar del mismo Claro la preferencia por la clasificación que, más tarde, trasciende a la Práctica Penal de Sajonia. También Carpzovius se sirve de esta distinción, perdurable incluso en el *Codex Bavarici Criminalis* y en la *Constitutio Criminalis Theresiana* austríaca, llamados por Hippeí los últimos vestigios del rigor criminal del *ius utramque* (2).

#### LA NOMINACIÓN COMO ÍNDICE CLASIFICADOR

Los delitos nominados estaban dotados de una designación legal—...*a lege habent particulare nomen iuris...* (n. 8, L. 5, § *Primus*)—al paso que los innominados ostentan una identificación de hecho—...*sed tantomodo facti...* (n. 8, L. 5, § *Primus*)—. Junto a este criterio formal se hacía residir la distinción en la condición de *maleficium* que indefectiblemente acompañaba a los *delicta nominata*—...*ea quae sunt nominata sunt maleficia* (n. 8, L. 5, § *Primus*)—. La misma noción del maleficio presenta en las escuelas de la época una extensión variable—...*ex quo maleficium dicitur a male faciendo...* (n. 11, L. 5, § *Primus*)—ora ceñida *stricto sensu* a las conductas de exteriorización física, tal como figura en la «Práctica» de Blancus (3), ora abarcando la expresión oral y la forma escrita, sentido en el que se decide Julio Claro—...*haec opinio mihi magis placet* (n. 11, L. 5, § *Primus*)—y que también se delinea en la tesis amplia del mismo Blancus—...*omne necale gestum sive fiat resive verbis...*—y Bonifacio de Vitalinis (4), para quien *dicitur... maleficium esse reale factum*.

La concurrencia de *maleficium* no se exige para los *delicta innominata* susceptibles, no obstante, de comisión dolosa—...*quandoque vero fiunt cum crimine...* (n. 8, L. 5 § *Primus*)—, pues en la práctica contemporánea la voz «crimen» se correspondía con el dolo del autor—el *animus ad delictum committendum* de Blancus—o con lo que de reprochabilidad moral—el *peccatum accusatione et correctione dignissimum*, de Vitalinis—había en su obra.

(2) MEZGER: "Derecho Penal". Traducción española de RODRÍGUEZ MUÑOZ. T. I, pág. 53.

(3) BLANCUS: "Practica Criminalis". Venetiis 1555, pág. 47.

(4) VITALINIS: "Tractus".

## EL TEMA DE LA DISTINCIÓN POR EL RESULTADO CRIMINAL

Quisiéramos apuntar que la precedente clasificación, quizá no diste mucho de la ya superada distinción entre delitos de resultado y sin él. Efectuada la imputación del nombre, según un sistema de representación conceptual, su atribución sólo se ha hecho posible en las figuras que reducen a realidad perdurable y plástica una conducta de autor y—por el contrario—tiene lugar cuando la concreción sensible permanece ausente y por ello no puede ser denominada. De todos modos, no es con relación a la referida distinción, con la que se toca el tema del delito por razón del resultado, sino con vistas al procedimiento criminal—y en apoyo de lo más arriba aventurado—ofrece *servta distantia* una sensible coincidencia con los *delicta nominata e innominata*, si bien es una alusión incidental acerca de la constancia preprocesal de un delito cualquiera—...*quomodo dicatur constare delictum ad effectum prosedendi*... (n. 2, q. 3)—. La clasificación era, pues, a tenor del aludido esquema procesal,

A) Delitos de perfección espiritual—*quod solo animo perficitur*—(limitado supuesto reducido al crimen de herejía), las más de las veces constituidos por un hecho desprovisto de consecuencias tangibles—...*licet facto committatur, eius tamen facti nulla solente remanere vestigis*... (n. 3, q. 3).

B) Delitos cuya comisión gana constancia a través de algún rastro—...*cuius scilicet certa remanent vestigia*... (n. 4, q. 3).

Como en el pensamiento de Julio Claro esta precisión no está concebida con rigor clasificatorio, sino a modo de operación procesalmente instrumental—e. tema del *corpus delicti*, que es al Derecho procesal lo que la cuestión del resultado al penal sustantivo—, resulta también inoportuno el buscar exactitud en ella, si bien—de los ejemplos aducidos en la «*Practica Criminalis*» y de la selección de figuras censuradas como *nominata o innominata*— resulta una superposición muy acusada.

En última instancia—siquiera en embrión y desconectada de la idea de daño a que fué vinculada por Carrara (5)—, es defendible con alguna validez la vigencia de este esquema en la obra de Julio Claro y en la práctica penal italiana de su tiempo.

## LA PERSEGUIBILIDAD: DELITOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Aparacen como delitos públicos los procesalmente perseguibles por cualquier ciudadano, como fórmula general—...*quorum accusatio et persecutio permessa est cuilibet de populo* (n. 1, L. 5, § *Primus*)—, junto a los que se enumera una solución de casos dudosos, sustentada en el prestigio doctrinal de Antonio Gómez (6).

A) Los delitos que primordialmente implican una ofensa a la

(5) CARRARA: *Progama*”, § 50.

(6) ANTONIO GÓMEZ: “*Commentarium varciarunque resolutionum iuris, communis et regii*”. Tomus tertius. De delictis. n. 1, Cap. I.

Divinidad—...*illud enim quod est in offensam Dei ad omnium offensam pertinere videtur...* (n. 2, L. 5, § *Primus*).

B) Las ofensas delictivas al Príncipe, que se estiman dirigidas al pueblo sometido a él—...*merito eius offensa etiam ad omnes eius subditos pertinet* (n. 3, L. 5, § *Primus*).

C) La falsedad documental—censurada de *delictum privatum*, en virtud de una opinión de matiz romanista—es trasladada a los delitos públicos y retenida en su grupo por el vigor teórico de la *caussi opinio* (doctrinas de Bartolo y Azón de Bolonia). La calificación de delito público se reitera más adelante por circunstancias de política penal legislativa—...*propter eius frequentia solet a legibus et statutis graviter puniri et connumeratur inter publica delicta* (n. 1, L. 5, § *Falsum*)—que aconsejan tal inclusión.

Tratándose de delitos privados la acusación y la persecución sólo son ejercitables y dirigibles por la parte perjudicada—...*nisi parti lesae* (n. 5, L. 5, § *Primus*)—y la condena no apareja la nota de infamia que comportaban la *publica delicta*. Derogatoria de esta distinción era la técnica del procedimiento, que permitía indistintamente la inquisición de ambas especies—...*pro quolibet crimine privato posset procedi etiam ex officio* (n. 6, L. 5, § *Primus*)—aparte de que la pluralidad de modos de enjuiciar exige el que la clasificación se funde en las fuentes locales—...*adhaerere statuto vel consuetudine...* (n. 6, L. 5, § *Primus*)—como último criterio de decisión—...*et secundum illam declarare quae dicant privata et quae publica delicta...* (n. 6, L. 5, § *Primus*).

Era viable la acción popular, aun tratándose de delitos privados, si éstos aparejaban una pena pecuniaria afectada al Tesoro público—...*si pro aliquo delicto privato... imponeretur poena pecuniaria quae veniret applicanda Fisco...* (n. 3, q. 17)—, e inclusive era dable la *punitio extra ordinem ex officio* en algunos de ellos; la usura, por ejemplo—...*ut ego vidi quandoque servari in crimine usurarum...* (n. 4, q. 17).

En punto al adulterio, pugnan su inclusión entre los delitos públicos (n. 1, L. 5, § *Primus*) con el carácter de privado que debe prevalecer; por cuanto Julio Claro apunta con certeza los problemas de legitimación y declara que, por ceñirse a determinadas personas la legitimidad para acusar—...*nisi nisi certis personis eius accusatio permittitur* (n. 4, L. 5, § *Adulterium*)—no se trataba de una especie susceptible de acusación popular. En apoyo de tal postura se cuenta con la enumeración de los modos de accionar, a saber:

1.º Querrela del marido contra la mujer—...*maritus accusat uxorem de adulterio* (n. 1, L. 5, § *Adulterium*).

2.º Querrela de la mujer contra el marido—...*exconverso uxor accusat virum de adulterio* (n. 1, L. 5, § *Primus*).

3.º Querrela del marido contra los correos—...*maritus accusat uxorem et adulterum...* (n. 1, L. 5, § *Adulterium*)—sin imposición de la titularidad pasiva litisconsorcial al modo del derecho actual (7).

(7) Código Penal; artículo 430.

4.º Ejercicio de una acción de índole civil—...*mulier agit ad separationem thori...* (n. 1, L. 5, § *Adulterium*).

#### TRATAMIENTO DE LOS DELITOS POR SU COMPROBACIÓN Y DIFUSIÓN

El descubrimiento del sujeto en delito flagrante—...*si delinquens est in flagranti crimine repertus...* (n. 1, q. 8)—determina una sumariedad procesal que dispensa del rito del *ordo sollemnis*. La idea de flagrancia que rigió en Roma para impunizar la muerte causada al *fur deprthensus*, goza:

A) De una estimación *in genere* con el indicado alcance procesal.

B) Desconsideraciones análogas a las del antiguo Derecho, ya que—...*in fure nocturno facienda est conclusio ut licet eum impune occidere...* (n. 47, L. 5, § *Homicidium*)—se reiteran las mismas razones.

La impunidad—esgrimida también por Covarrubias)—se amplía a situaciones de cuasiflagrancia cual la sorpresa subsiguiente a la lesión penal del patrimonio—...*reperitur a domino exportare res suas et cum illis aufugere...* (n. 47, L. 5, § *Homicidium*).

C) De una excusa absoluta por homicidio de la mujer o la hija adúltera que requiere la sorpresa en flagrancia—...*quod illum deprehendat in ipsa turpitudine*. (n. 48, L. 5, § *Homicidium*)—, para que dicho beneficio favorezca al homicida.

También se consigna una categoría de delitos—los notorios—que provocan sumariedad procesal—...*ut possit etiam usque executionem procedere iuris ordine non servato...* (n. 1, q. 9)—y son ellos tan ostensibles a la comunidad—...*quod illud dicitur crimen notorium quod aliqua tergiversatione celari non potest, ut illud quod sit coram populo vel maiore parti populi...* (n. 1, q. 9)—que en modo alguno pueden encubrirse, con tal que junto a la notoriedad del hecho en sí figure la notoriedad de sus circunstancias—...*nisi etiam sint notorias qualitates ipsius facti...* (n. 2, q. 9)—, para mejor valorar una conducta manifiesta.

#### DELITOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

La posibilidad de que se delinca activa o pasivamente es contemplada al dotar a los delitos de acción de una gravedad superior a los de omisión—...*semper gravius reputatur delictum quod committitur faciendo quam illud quod committitur omittendo* (n. 10, L. 5, § *Primus*)—, tesis secundada por Farinaccio y Carpzovio y combatida más tarde por Bohemero, para quien era deseable la igualdad de trato (8).

#### LOS DELITOS POR RAZÓN DEL FUERO EN SU ENJUICIAMIENTO

Correspondían a la *cognitio* penal de los Tribunales eclesiásticos.

A) Los delitos simplemente eclesiásticos, cuyo conocimiento se de-

(8) COVARRUBIAS: "In clem. Cons. "si furiosus". Fil. 327. Versiculus primus. Tit. "De homicidio".

defería a sus Tribunales—...*quorum cognitio reservata est iudicibus ecclesiasticis...* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—, sin consideración a la calidad del delincuente—...*etiamsi commissa sin per laicos...* (n. 7, L. 5, § *Primus*).

B) Los delitos cometidos por eclesiásticos, aunque afecten al orden jurídico secular.

C) Los delitos comunes cometidos por sujetos laicos—...*si a laicis committantur* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—a causa de que la posibilidad de conocimiento indistinto—...*uterque iudex cognoscere potest...* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—hace competente a cualquiera de ambos poderes.

Esta última posibilidad—referida a la sodomía, el adulterio y demás enumerados más adelante—es un atisbo de la soberanía eclesiástica sobre las *res mixtae* o intereses jurídico-sociales, cuya protección *ratione peccati* también incumbe al Poder espiritual.

Congruentemente, la jurisdicción civil es competente en dos supuestos.

A) La comisión por laicos—...*si a laicis committantur soli iudices saeculares cognoscunt* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—de los delitos simplemente seculares, como el hurto y el homicidio.

B) El enjuiciamiento de delitos comunes cometidos por sujetos civiles; eran dichos delitos comunes.

a) El adulterio, cuya vindicación no es privativa de ninguna de ambas jurisdicciones—...*merito eius vindicta non minus pertinet ad iudicem ecclesiasticum quam ad laicum* (n. 3, q. 37).

b) El concubinato, habida cuenta de que junto al castigo canónico—*Aliqui dicunt quod de hoc crimine iudex ecclesiasticus cognoscit cum sit mere ecclesiasticum...* (n. 4, q. 37) la prohibición civil permitía su castigo por el juez común—...*sed tenendo quod etiam de iure civili concubinatus sit prohibitus... fatendum esset quod etiam iudex secularis... possit... procedere* (n. 4, q. 37).

c) La sodomía, así censurada por la *communis opinio* (n. 5, q. 37).

d) El sacrilegio, por idéntico motivo, si bien, algunos derechos nacionales lo trataban de *delictum saeculare* (n. 6, q. 37).

e) El *crimen sortilegi*, cuando no es constitutivo de herejía (n. 7, q. 37) (n. 25. L. 5. § *Haeresis*).

#### EL DELITO CONTINUADO

Dos puntos merecen acusarse en la tesis de Claro, por lo que hace al delito continuado.

A) Primeramente—en mérito a opiniones que han presentado el concepto como un producto del derecho de los Prácticos— ha de anotarse la repudiación por Julio Claro de la pretendida tesis del delito continuado con relación a los *tria furta*, lo que se infiere de la extensa disquisición acerca de la imposición de la pena de muerte por el tercer robo (n. 10, 11 y 12, L. 5, § *Haeresis*). Sin embargo, los requisitos de individualización parecen abrir una brecha que no es imposible

arrojase alguna luz sobre la laxitud y transigencia del derecho ulterior. Para que se diesen tres robos era necesario que operasen sobre cosas distintas y mediando un lapso de tiempo—...*debent esse distincta non solum re sed etiam tempore* (n. 14, L. 5, § *Furtum*)—, con lo cual, si la noción de *res* se ciñe a los cuerpos ciertos, el robo de género es *furtum ipsius re* y la marginación de tiempo se concentra si—con unidad de propósito—se consuman las conductas parciales en breves intervalos, todo lo cual bien podía conducir a la conclusión de que la sustracción de cosa genérica o cantidad en cortos lapsos—presididos por un propósito unitario—, es una sola figura que escapa a la individualización requerida en la locución *distincta non solum re sed etiam tempore*. Si bien tal concepción no se formula explícitamente en Julio Claro, bien pudo su doctrina ser acogida con amplia interpretación, cuando los Prácticos relajaron la rigidez del principio de individualidad penal de las acciones, y eliminaron la idea de la *furandi consuetudo* si se daban algunos índices que unificasen la infracción.

B) El mismo Claro señala cómo ya en la doctrina de los Glosadores se prescribía un castigo único para tales especies de robo, y cita los pareceres de Bartolo y Covarrubias.

Estas aseveraciones del maestro de los Prácticos, perfilando los matices del delito continuado, se hacen en contemplación al adulterio—...*si aliquis cum uxore alterius pluries rem carnalem habuerit etiam ex intervallo...* (n. 10, L. P. *Adulterium*)—, conceptuado como infracción única a los efectos de su punición—...*non tamen debet puniri nisi pro unico adulterio*.

## REVISTA DE LIBROS

**ALONSO-CORTES CONCEJO, Antonio:** «Fundamento de la Responsabilidad Civil Delictual». Publicaciones del Colegio Mayor «San Jorge». Valladolid, 1960; págs. 201.

El problema de la responsabilidad civil derivada del delito ha tentado a un autor más. Esto demuestra la perenne actualidad del tema, y quizá que los que lo tratamos anteriormente sólo hemos mostrado o esclarecido a lo sumo aspectos parciales de él. Hecha esta confesión, no puede extrañar que este trabajo, realizado con ansias de totalidad por un joven, haya despertado la curiosa y benévola atención del recensionista y que leído y releído —el libro lo vale— se apresure a dar noticia de su aparición.

Tesis doctoral de quien por el extracto de biografía o *curriculum vitae* que acompaña al libro, parece orientarse a la cátedra, tampoco ha de extrañar que el autor se empiece planteando un problema de Metodología del Derecho en general y del Derecho Penal en particular, para llegar a la conclusión de que el método jurídico debe ser eminentemente integrativo y en tal sentido comprender una conexión armónica del método de la Teología, en la que centra la Moral, de las Ciencias Naturales, de las Sociales y asimismo del de las formas de integración históricamente manejadas.

Este original trabajo está dividido en dos grandes partes:

En la primera expone la evolución histórica de la idea de integración de la reparación del daño causado por el delito, y el estado actual de la cuestión, tanto en las legislaciones como en la doctrina, rechazando las opiniones que consideran la responsabilidad civil delictual como sanción, como pena, de los que ven su razón de ser en la constitución del sustractum del orden jurídico o en un imperativo concreto y otras.

Sienta su tesis de ser el fundamento de la responsabilidad civil delictual el conjunto de funciones de la Comunidad (constitución, sistematización, estructuración, composición, planificación y resolución), las cuales, según uno de sus varios cumplimientos, actúan y se proyectan integrativamente, en caso de delito, para la reconstrucción del emplazamiento del hombre ante sus supuestos básicos, y de los sistemas, estructuras, posición y relaciones aisladas de funcionalidad, alterados por la comisión del delito.

El resto de esta primera parte, meollo de la obra, está dedicado a la explicación de los conceptos sentados en la tesis referida, comprobación dice el autor, en la que es de destacar los antecedentes de su opinión sobre todo en tratadistas de nuestra Edad de Oro, y a su confrontación con las doctrinas que trataron de buscarle otro fundamento como respuesta a las posiciones de contrapuesta doctrina. Aún contiene cuatro anexos para insistir sobre cuestiones que de haberlo hecho en el transcurso del trabajo le hubiesen quitado claridad.

La segunda parte, dedicada a la exposición de datos de investigación histórica, es una muestra de la abrumadora erudición del autor en esta materia. El problema está estudiado con todo detalle, desde el Derecho Romano a la más

reciente jurisprudencia patria, con particular detenimiento en nuestra legislación histórica, sin olvidar la de los demás países ni de la doctrina de España y fuera de ella.

Termina articulando su doctrina en nueve conclusiones, de la que la primera es la tesis que hemos transcrito, y con una completísima y bien clasificada bibliografía.

En resumen, y sobre todo lo dicho, aún hay que añadir que es una obra que camina por unos cauces completamente originales, y que somete a revisión conceptos hasta ahora tenidos por inatacables.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

**BASTERO ARCHANCO, Joaquín: «Hurto de Uso». Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, de diciembre de 1960. Instituto Editorial Reus. Madrid; 30 págs.**

El Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza estudia la figura del hurto de uso, que, en los tiempos actuales, reviste indudable importancia, debido a las mayores posibilidades de comisión de este delito por medio de vehículos de motor. Después de examinar el desarrollo histórico, se plantea el problema de la inclusión o exclusión del concepto genérico de hurto, ya que el hurto de uso puede abarcar la utilización arbitraria de la cosa ajena, sin desplazamiento del lugar donde se encuentra, o bien puede implicar dicho desplazamiento, con posterior restitución, estudiando las opiniones de Manzini y Carrara, y las de nuestros juristas Cuello Calón, Rodríguez Muñoz, Quintano Ripollés y Puig Peña.

Considera el autor que la expresión tradicional de hurto de uso resulta ya estrecha para recoger diversas posibilidades de hecho más amplias que la simple idea de tomar la cosa mueble ajena, por lo que es imprescindible buscar una denominación amplia y general, considerando como más apropiada la de *uso indebido o ilícito de cosa ajena*.

Dedica otros capítulos al examen del factor subjetivo en el uso indebido de cosa mueble ajena, a la valoración cuantitativa del mismo, y al hurto de energía eléctrica. Y con todos estos elementos construye su definición, en los siguientes términos: "Sustracción de cosa mueble ajena, con carácter temporal, sin propósitos de apropiación y con ánimo de restitución de la misma, en busca por el autor de un lucro o beneficio derivado de su utilización, y el cual debe servir para el gradual establecimiento de su punición".

Y después de recoger las disposiciones legales y Jurisprudencia extranjeras, lo hace de la española, con base principalmente en el art. 9.º de la Ley Penal del Automóvil de 9 de mayo de 1950, comentando algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo. Finalmente, sintetiza su trabajo en doce conclusiones.

DIEGO MOSQUETE

**CHAULOT, Paul et SUSINI, Jean: «Le crime en France». Paris, Hachette, 1959; 212 págs.**

La editorial Hachette en su colección "Les grands problèmes" nos ofrece con el trabajo de P. CHAULOT y J. SUSINI una visión panorámica bastante real de la reciente criminalidad francesa, gracias a una documentación tomada de la mejor mano (Sûreté Nationale, Société Internationale de Criminologie, Interpol, etc.)

La obra aparece dividida en ocho capítulos, el primero de los cuales presenta las "Perspectivas de la delincuencia"; en él estudian los autores a grandes rasgos la génesis del acto criminal, diversos títulos de delinquentes (inadaptados, ocasionales, profesionales), la delincuencia juvenil, el mundo circundante criminal y la criminalidad femenina.

Entre los factores que influyen en la criminalidad general observan los siguientes:

a) Ascendencia alcohólica, en el 25 por 100 de los robos y hurtos, 35 por 100 de los homicidios, 50 por 100 de los asesinatos y 25 por 100 de los delitos contra la honestidad. Además, el alcohol es responsable del 75 por 100 de los homicidios, del 65 por 100 de los delitos sexuales, del 45 por 100 de los incendios voluntarios y del 25 por 100 de los robos.

b) Ascendencia psicopática, en el 5 por 100 de los robos y hurtos, homicidios, asesinatos y delitos contra la honestidad.

c) Perturbaciones educativas motivadas por un hogar desequilibrado durante la infancia se observan en el 45 por 100 de los asesinatos, 30 por 100 de los robos y hurtos y en el 25 por 100 de los delitos contra la honestidad.

d) Las malas condiciones de las viviendas se dejan sentir, sobre todo, en la delincuencia juvenil. Así, el 15 por 100 de los menores delinquentes viven en pisos totalmente antihigiénicos, el 10 por 100 habitaban en un mismo aposento con más de cuatro personas y el 3 por 100 dormían a tres en una misma cama.

e) Educación. El porcentaje de analfabetos es, aproximadamente, del 13 por 100 de la criminalidad total. De estos analfabetos, el 17 por 100 fueron autores de homicidios, el 13 por 100 de robos, el 14 por 100 de hurtos, abusos de confianza, etc., el 21 por 100 de incendios voluntarios y el 25 por 100 de delitos sexuales.

f) Otro factor que recogen los autores es el referente a la distribución de los delinquentes, según la densidad de población. Así, en 100 delinquentes, observaron que 40 vivían en ciudades de más de 100.000 habitantes, 30 en ciudades de 30.000 a 100.000 habitantes, 20 en ciudades de menos de 30.000 habitantes y 10 en zonas rurales.

g) La delincuencia femenina es el 10 por 100 de la masculina en los delitos contra la vida, si bien alcanza el 30 por 100 de los crímenes pasionales y el 80 por 100 de los infanticidios. La intervención de la mujer en la delincuencia sexual masculina, según CHAULOT y SUSINI, "no es despreciable", pero aquí los autores se limitan a enumerar ciertos lugares comunes y silenciar todo género de cifras... Luego, citando una sola estadística del doctor MARCHAIS, publicada en 1952, concluyen afirmando que el "funesto papel de la mujer" se deja sentir en el 45 por 100 de los homicidios, el 40 por 100 de los delitos contra la honestidad y el 10 por 100 de los robos.

Los restantes capítulos están dedicados a los crímenes de sangre, criminalidad sexual, robo y hurto, estafa, capitalismo del crimen y lucha contra la criminalidad. En todos ellos, junto a un estudio y exposición de casos tomados de la vida real, figuran datos estadísticos del conjunto de la criminalidad.

Remata la obra una serie de tablas estadísticas comparativas de la criminalidad francesa con la de otros países, así como otros estudios estadísticos referidos exclusivamente a Francia y un modelo de reglamento interior de una asociación criminal de principios de siglo.

Los autores han logrado con su amenidad y forma accesible para el gran público una interesante obra de divulgación, al mismo tiempo que una fuente inapreciable de datos para el criminólogo y el sociólogo, que si no tienen la fuerza y el rigor de los de una monografía técnica, poseen al menos el mérito de ser los más recientes y completos que conozcamos.

ALBERTO LAGUÍA ARRAZOLA

**DEBUYST, Christian: «Criminels et valeurs vécués». Editions Nauwelaerts, 2.<sup>a</sup> edición. Lovaina-Paris, 1960; 334 págs.**

Los estudios criminológicos y penológicos que hace tiempo ganaron definitivamente la batalla, en el sentido de lograr una absoluta autonomía para el tratamiento de la infancia delincuente, vienen tratando en los años de la postguerra de extender sus métodos de rigurosa especialidad respecto a los jóvenes adultos; especie intermedia que, como tal, participa de características propias a las otras dos, inferior y superior, pero ostentando, asimismo, peculiaridades que le son bien genuinas.

El estudio hoy reseñado tiende a satisfacer esa preocupación de adentrarse lo más íntimamente posible en la psiquis del joven adulto delincuente, sin que por ello sea obra de tesis, sino de investigación sobre la base de experiencias personales llevadas a cabo con un grupo de adolescentes de una edad media de dieciocho a veinte años, pertenecientes a medios sociales e intelectuales equivalentes y de los cuales un cierto número figuraron como detenidos en la Prisión Central, otro en Prisión-Escuela y otro, en fin, de no delinquentes. El grupo total de los observados se subdivide, a su vez, en los tres grupos o subgrupos aludidos que sirven al autor para establecer puntos de referencia, en concomitancia o diferenciación, sutiles a veces, pero siempre llenos de interés, como suelen ser siempre estas observaciones de primera mano, mayormente la actual, desarrollada en el curso de cinco años, lo que elimina cualquier eventualidad de improvisación o fingimiento. El instrumento primordial fué el ideado por el gran criminólogo belga DE GREFF, el llamado "expediente psicológico" (*dossier psychologique*), reforzado por los Tests BETA y MURRAY, investigadores de la inteligencia y de la efectividad, que se estiman en una dimensión crítica con los relativismos inherentes a tales medios de valoración.

Pero lo realmente original e interesante de la obra del Profesor DEBUYST estriba en el punto de vista filosófico en que se sitúa para su investigación, que no es otro que el de los valores, no concebidos a modo de imperativos categóricos previos, sino de relatividad, considerados los realmente vigentes en el mundo

circundante de cada sujeto observado. Hay, en efecto, sobre la escala valorativa dominante en la sociedad en que encarna un derecho determinado, otras escalas de cada ambiente o medio social en que se gestan las conductas, coincidentes a veces con la general, pero distintas otras, y aun contradictorias con ella, lo que ocurre ordinariamente en las específicamente criminales. Estos son los "valores vividos" existencialmente por los jóvenes adultos delincuentes. Problema con razón estimado como crucial por el autor, siéndolo, no sólo en relación con la investigación meramente científica, sino, asimismo, a los fines ulteriores de readaptación o reeducación social, acordando la escala de valores reales del grupo, y aun del individuo, a la general reconocida socialmente como preferible. En suma, vivencias de un lado frente a realidades normativas preexistentes del otro, cuyo acoplamiento y ritmo sólo es posible llevar a cabo mediante muy delicadas y arduas operaciones de readaptación gradual en que vayan creándose nuevos valores, no impuestos sino comprendidos y vividos por el sujeto.

ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS

**Entwurf eines Strafgesetzbuches Mit Begründung», Bonn 1960; 645 págs.**

Continuando la serie de publicaciones en torno al Proyecto de la Gran Comisión de Reforma del Código penal alemán, y en el mismo formato de los ya famosos "Materialien", aparece la completa redacción del Proyecto, tanto de la Parte general como de la especial, que antes habían sido publicadas separadamente. A continuación de su texto, y ocupando la mayor parte del grueso volumen (de la pág. 89 a la 629), se insertan los Fundamentos de todos y cada uno de los párrafos, precedidos de una Introducción, lo que constituye un panorama completísimo y rigurosamente al día de las cuestiones dogmáticas del Derecho penal alemán. No firmado el trabajo, pero obra de la Gran Comisión en que figuraron los representantes más caracterizados de la ciencia jurídico-penal del país, excusado es decir el interés doctrinal que presenta para cualquier estudioso de nuestra disciplina, ya que, cualquiera que sea el destino y éxito legislativo de la obra, lo incuestionable es su valor de investigación y exposición, parangonables con las más famosas emprendidas en cualquier país.

El texto publicado constituye el oficial del Proyecto que, como, tal, ha de ser sometido por el Ministerio de Justicia federal a la consideración del Parlamento (*Bundestag*). Contiene, como apéndice, unas muy útiles tablas de concordancias del Proyecto con el Código vigente y con los Proyectos anteriores de 1927 y 1930.

A. Q. R.

**ESTUDIOS JURÍDICO-SOCIALES. «Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra». Universidad de Santiago de Compostela, 1960. Dos tomos; 1330 páginas.**

Siguiendo la laudable costumbre de consagrar Libros-Homenajes en ocasión de efemérides personales o profesionales de científicos eminentes, la Universidad de Santiago de Compostela dedica éste al que hasta recientemente fué su efec-

tivo Rector, y lo sigue siendo *honoris causa*, Prof. LEGAZ LACAMBRA, que en plena madurez y vigor intelectuales celebró sus bodas de plata con el Profesorado universitario. Consta el Libro-Homenaje de dos copiosos volúmenes de trabajos firmados por juristas de la mayor parte de los países del mundo, muchos de los cuales se insertan en sus idiomas originales, como los de Ambrosetti, Chevalier, Kelsen, Carl Schmitt, Larenz, Viehweg, Del Vecchio, Yntema y Laun. Como es lógico, tratándose de un maestro de Filosofía del Derecho, los trabajos más abundantes versan sobre tal disciplina, si bien rara será la rama de la Enciclopedia jurídica que no haya aportado también su contribución al homenaje, sobradamente comprensible visto que la Filosofía viene a constituir algo así como el *alma mater* de toda ella. Por lo que respecta al Derecho penal, figuran tres artículos en los que se contemplan aspectos afines a lo filosófico: el de ANTON ONFCA, sobre *La teoría de la pena en los correccionistas españoles* (pág. 1015); el de J. DEL ROSAL, sobre *Algunas reflexiones sobre el Discurso de S. S. Pío XII al Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, en especial sobre "reparación" y "expiación" de la culpa*, y de A. QUINTANO RIPOLLÉS, sobre *Culpabilidad y retribución como premisas lógicas de la Justicia penal*.

En la imposibilidad de reseñar tan copioso material encerrado en ambos volúmenes, no puede dejar de consignarse el bellissimo artículo "Semblanza del Profesor Legaz", hecho por su discípulo y hoy Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Zaragoza, Luis García Arias.

A. Q. R.

**FERRACUTI, Dr. Franco: «Appunti di Psicologia Giudiziaria». Tipografia della Scuola Ufficiali Carabinieri, Roma, 1959; 185 págs.**

El doctor FERRACUTI, profesor del Instituto de Antropología Criminal de la Universidad de Roma, que dirige Di Tullio, se ha visto obligado por su condición de también profesor de la Escuela de Oficiales de Carabineros, a hacer un paréntesis en su labor de investigación y de clínico psicológico oficial y particular, para publicar una obra que facilitarse la labor de sus alumnos en este último Centro; de aquí la modestia de la denominación de "apuntes" que da a la obra y la de sus características.

Dirigida a un público ayuno de anteriores conocimientos de Psicología, se ve obligado a empezar dando las nociones fundamentales en esta rama del saber humano, de tan reciente autonomía, antes de entrar en la materia que su profesorado le obliga a exponer: de aquí que su obra pueda dividirse en dos grandes partes: una preliminar, versante sobre Psicología General, a la que dedica los ocho primeros capítulos, y otra ya de Psicología Judicial, de directo interés para nosotros, a la que dedica los siete restantes.

En la primera define la Psicología como "la ciencia que se ocupa de la medida, comprensión, predicción y control de la conducta"; hace un breve examen de su creación e historia y de sus ramificaciones, de los métodos en ella empleados, el estudio de la percepción, de las leyes que la rigen y de sus perturbaciones; después un estudio general de la personalidad, de la que no da una de-

finición, pero parece aceptar la de Cattel, de ser "lo que permite la previsión de lo que una persona hará en una determinada circunstancia", ocupándose a continuación de la tipología o agrupación de las personalidades según caracteres comunes y de los criterios para medir su normalidad o anormalidad.

También en esta primera parte expone el dinamismo de la personalidad, la motivación de su actividad, el porqué de ella y la llegada al campo de la Psicología de su estudio, el desarrollo de esta materia por él adquirido por las clínicas psicológicas y su diferenciación; con el estudio de la inteligencia, la dificultad de definirla que se ha intentado por oposición a otros conceptos, sin haberse conseguido, y la consideración sobre su estructura y valoración, terminando esta parte con la exposición de los tests o reactivos psicológicos de valoración.

Ya en la parte verdaderamente dedicada a la Psicología Judicial, empieza con su consideración en el campo penal, examinando el precepto del Código penal italiano, de considerarse sólo imputable al que tiene la capacidad de entender y de querer, a la luz de la psicología, es decir, cuándo se ha de afirmar que un sumariado quiere y cuándo que entiende, con alusión a las circunstancias atenuantes por defectuosa capacidad de entender, afirma su creencia de ser necesario el examen psicológico, sistema rechazado por las legislaciones de los pueblos latinos, pero que se abre camino en las de los pueblos anglosajones.

Son del mayor interés los capítulos dedicados a la psicología del testimonio. En el primero estudia su valor probatorio y las fases —fijación preceptiva, conservación y reevocación expresiva— del proceso testimonial, estudiándolas por separado. En el segundo de los a esta materia dedicados examina las causas de error en el proceso testimonial referidas a las condiciones de todo testigo, a los que tienen bajo nivel mental, a los menores y al técnico preparado para testimoniar.

Lo tiene mayor aún el dedicado a la indagatoria por los acertados consejos que da para obtener de ella un resultado satisfactorio, siendo éstos tanto de carácter general como para los casos concretos de indagados pasionales o no pasionales y según se trate de individuos cuya culpabilidad se sepa, se dude de ella o que se busque, tratando también del control de la coartada.

Complementan estos últimos capítulos el dedicado a la descripción del polígrafo o Lic-Detector y a la exposición de la técnica de su empleo, tras de una evocación histórica de los diversos medios propuestos y empleados antes de su invención, eligiendo para la descripción el Deceptógrafo de la Stoelting Co. de Chicago, con sus variantes técnicas y perfeccionamientos, el valor de sus indicaciones según las personas a que se aplique y el aspecto legal de su empleo, que encuentra oposición en Europa y se extiende cada vez más en Norteamérica.

Interpolado entre estos últimos capítulos, de que hemos hecho mención, otro sobre psicología de la multitud y el final sobre la del delincuente, en el que de pasada da su opinión sobre las relaciones entre las ciencias penales al afirmar que la Psicología, junto con la Biología, la Sociología y el Derecho penal, es uno de los pilares de la Criminología. Después de una consideración especial de la aportación que para estos estudios ha supuesto la doctrina psicoanalítica.

Esta es la obra que a pesar de su título y de su fin, a que hicimos referencia, por la claridad de sus conceptos, su valor didáctico y la densidad de su contenido, es de gran interés y su lectura aconsejable a todo el que haya de interve-

nir en una investigación sumaria y cuya traducción a nuestro idioma, en el que no existe, que yo sepa, una obra semejante, sería una excelente tarea.

Finalmente, he de consignar que, como parece es ahora costumbre en los autores italianos, el autor proclama la colaboración en los capítulos dedicados a los métodos de la psicología (II), a la inteligencia (VII) y a los reactivos psicológicos (VIII) de su compañero de equipo en la Clínica Criminológica de Rebibbia, doctor G. B. Rizzo.

D. F. C.

**LE GALL, André: «Caracterología de la infancia y de la adolescencia. (Traducción directa del francés por el Dr. M. Signán), 2.ª edición. Editorial Miracle, Barcelona, 1959; págs. 478.**

En la acreditada colección de Antropología, dirigida por el Prof. Dr. Ramón Sarró, figura la presente obra, colocada en la línea caracterológica francesa —concretamente sigue a *Le Senne*— que enfoca y esclarece el problema de esta edad evolutiva con una metódica sumamente sugestiva. Para ello despeja el camino, indicándonos los errores de las anteriores contemplaciones psíquicas, en un prólogo sugestivo, y a la par nos sirve en el mismo el esquema a seguir, junto con la introducción metodológica en que el autor, en forma concisa y clara, nos reseña las diferentes pruebas psicotécnicas obtenidas en la investigación de la psiquis juvenil.

En el capítulo I plantea su imagen caracterológica, en base a la reducción fidelísima que logra de las obras fundamentales de caracterología, principalmente del ya mencionado *Le Senne*, para sentar una serie de conclusiones, referidas al tipo y a los demás elementos, con los cuales penetra en el vasto y siempre movido terreno de la juventud. Obtenido el cuadro, pudiéramos llamar, *clásico*, el monografista, siempre con directo y sencillo estilo, emprende la tarea de estudiar la tipología explanada y hasta la simple enunciación de cada capítulo para darnos idea del interés que sugiere cada capítulo. Así, el capítulo II, “Educación y reeducación de los nervios”; cap. IV, “Variedades de los nervios y tratamientos especiales”; cap. V, “Educación y reeducación de los sentimentales”; capítulo VI, “Educación y reeducación de los coterios (o activos exuberantes)”; cap. VII, “Educación de los pasionales acentuados y de los apasionados reflexivos”; cap. VIII, “Educación y reeducación de los sanguíneos”; cap. IX, “Educación y reeducación de los lemáticos”; cap. X, “Las perezas extraordinarias”; cap. XI, “Educación y reeducación de los apáticos”; cap. XIII, “Las dificultades sexuales, su tratamiento caracterológico”; cap. XIV, “Diagnóstico, origen y tratamiento de las perversidades” y “Conclusión”.

Las ventajas que entraña una comprensión caracterológica del niño y del adolescente son ponderadas cuidadosamente por el autor, pero, entre otras, conviene a la hora final subrayar la de la cordialidad entre educador y educando, la cual de suyo justifica el interés que despierta la lectura de esta obra enjuta, certera y de atractiva lectura. Además, es una buena prenda del saber caracterológico, cultivado de modo especial en el país vecino.

JUAN DEL ROSAL

**HASLUCK, Alexandra:** «Unwilling Emigrants». Melbourne, Oxford. University Press, 1959; 165 págs.

Este libro de ALEXANDRA HASLUCK, "Emigrantes por fuerza", es un estudio interesantísimo sobre el período de las deportaciones de convictos en el occidente australiano, concretamente entre Fremantle y Perth, esta última capital, como es sabido, del ahora Estado federado así conocido como "Western Australia".

Así como la fundación de las otras colonias penales australianas, que datan de 1791 en su origen, fueron mal acogidas por los demás habitantes libres de aquel continente, las de Australia Occidental se instauran prácticamente en 1.º de junio de 1850, tres años precisamente antes de decrecer definitivamente como sistema penitenciario el régimen de "transportation" a dicha parte del mundo, y ello a virtud del Act del Parlamento británico por la que se sustituyó esa pena por la de "penal servitude".

Esa instauración se produce a los veintinueve años de la fundación de Western Australia por hombres libres "procedentes de las Islas Británicas con grandes esperanzas de mejorar sus fortunas en el nuevo país, y que eran personas de posibles, grandes o reducidos; muchos de ellos caballeros que llevaron consigo sus familias, criados y bienes, atraídos por las condiciones en que fué fundada la colonia".

Muy diferente debió ser ésta de las otras australianas que recibieron también convictos: Nueva Gales del Sur y la Tierra de Van Diemen, a juzgar por lo que nos revela nuestra autora, y sin duda con absoluta verdad, dado el rigor de citas documentales que su libro contiene, difíciles, por cierto, de adquirir, ya que hubo de consultar archivos y registros civiles tanto en Australia como en Inglaterra.

Indudablemente es digno de encomio este impropio trabajo realizado de ALEXANDRA HASLUCK, y mucho más notable por cuanto, un tema al que, máxime con el tono científico con que aquélla lo trata, es difícil restar cierta monotonía generalmente, se aborda en este libro en términos que inmediatamente inducen al interés del lector, quien no puede dejarlo hasta su culmen, no sólo subyugado por la curiosidad de datos históricos que continuamente se le ofrecen, sino por la también constante nota de humanidad que en la obra prevalece, personalizada en una vida, la de un convicto, William Sykes, cuya situación de penado se describe con fluidísimo estilo literario, a partir del hecho que motivó su procesamiento hasta su liberación condicional en Australia y su muerte poco después, a los dos años de la cual acaece la de Myra, su esposa, que con conmovedora constancia trata de mantener el espíritu de William a lo largo de su deportación, todo ello a tenor de la correspondencia librada al mismo por la esposa y que fué entregada, a raíz del derribo de un edificio público australiano, en 1931, a la Sociedad Histórica de Australia Occidental, guardada en "un bolso de piel de canguro".

Siguiendo la vida, como antes decimos, de William Sykes, nos ofrece ALEXANDRA HASLUCK la de tantos otros convictos en la colonia de Swan River, y así nos permite percatarnos cómo, efectivamente, esa colonia no dió motivos a ser evocada con los tristes tonos que merecieron las de Nueva Gales del Sur y Tasmania, éstas tan conocidas por tantas narraciones y estudios que suscitaron,

entre los que son de recordar, los de nuestra Concepción Arenal, Mittermaier, John Howard y Wines.

La condena a "penal servitude" de William Sykes en la lejana colonia penitenciaria fué consecuencia de una escapada nocturna de cazador furtivo, en unión de varios compañeros, en la que resultó muerto infortunadamente uno de los guardas del vedado. Tras ello, la investigación de la policía, el aliciente de la recompensa ofrecida por el propietario de la finca de autos y la delación de algún cómplice; el procesamiento de todos los de la partida, el juicio oral, el veredicto y tres condenas de deportación, una para William.

Mientras éste inicia su cumplimiento, la esposa, Myra, con los cuatro hijos del matrimonio, sufriendo la penuria propia de la consorte de un obrero empleado en los altos hornos de Masbrough, suburbio de Rotherdam, y padeciendo ansiedad ante la posible sentencia de pena capital para el marido. En lugar de ello, la deportación y traslado de Sykes a Portsmouth para Portland primero, ya embarcado con otros 253 convictos en el "Norwood", barco de 785 toneladas, sin otra presencia familiar que la caja de vituallas preparada por la pobre Myra "with such loving care, and representing a considerable sacrifice".

Al final de la travesía, no realizada en las condiciones de extremado rigor que caracterizaron en un tiempo las expediciones de los convictos — y ello debido, sin duda, a las recomendaciones, tenidas en cuenta, de un "Select Committee on Transportation" designado en 1837 a propuesta de Sir William Molesworth, a quien tantas sugerencias se deben para la reforma del régimen penitenciario inglés—, el desembarco en Fremantle el 14 de julio de 1867; finalmente, para no hacer demasiado extensa esta nota bibliográfica, el empleo de Sykes en la construcción de carreteras..., las cartas de la esposa e hijos desde la lejana Inglaterra, el aparente olvido de él, la consecución de su "ticket of leave" en 14 de septiembre de 1877, el ingreso de Sykes en el "Newcastle depot hospital" en 1883, su libertad condicional en 1885, el empleo de sus últimos años de vida en la construcción del tramo de ferrocarril entre Clackline y Newcastle. En 29 de diciembre de 1890 se le encuentra enfermo y abandonado en su cabaña de ferroviario, siendo ingresado en el hospital de esta última localidad con cargo a los fondos de la Inspección de Prisiones de Perth, y diagnosticado de padecer úlcera hepática.

Muere William Sykes en 4 de enero de 1891, sin dejar consigo más que una libra, cuatro chelines y diez peniques y, sin duda también, la bolsa de piel de canguro conteniendo las cartas, manoseadas en tantas lecturas, de su esposa Myra, que, según el registro de la iglesia de Santa María, en Greasbrough (Inglaterra), casa en segundas nupcias en 19 de noviembre de 1892, para morir a los dos años, figurando como enterrada en 20 de diciembre de 1894.

Las huellas materiales de los convictos, concluye el libro de ALEXANDRA HASLACK, van también desapareciendo: muchos de los caminos que aquéllos construyeron, unos pocos edificios cuya finalidad ha sido olvidada... "Soon the convicts will have no monuments."

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

Secretario de Sala del Tribunal Supremo.

**LE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE PENALE.** París, Sirey, 1960. Separata de la «Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé»; páginas 252.

La necesidad de renovar el viejo "Code d'Instruction Criminelle" de 1808 se hacía sentir en Francia desde hace largo tiempo. Tras sucesivas modificaciones de su texto y de su espíritu se ha llegado, con la Ordenanza del 23 de diciembre de 1958, a una reforma sin precedentes desde la época napoleónica, es decir, a la promulgación de un Código completo y no a un mero remozamiento de ciertos artículos.

El nuevo Código ha sido objeto de cingular atención por parte de los más eminentes especialistas franceses en la materia, recogiendo la presente separata de la "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé" las innovaciones más notables aportadas por el "Code de Procédure Pénale", como se denomina oficialmente al actual ordenamiento. Esta limitación se debe a la imposibilidad de ofrecer un comentario exhaustivo del citado cuerpo legal en el breve espacio de tiempo que media entre la fecha de su publicación —ya iniciada— y la de su entrada en vigor, el 2 de marzo de 1959. Con todo, han ido apareciendo, con admirable rapidez, en los números 2, 3 y 4 del año 1959 de la mencionada revista, una serie de trabajos presentados bajo la forma de comentarios prácticos, a excepción del de A. BESSON, que aprecia desde un punto de vista doctrinal el origen, espíritu y alcance del nuevo Código. Además del prólogo, de Marc ANCEL, cabe citar los siguientes estudios:

— BESSON (Antonin): *L'origine, l'esprit et la portée du Code de Procédure Pénale.*

— VOUIN (Robert): *L'individualisation de la répression dans le Code de Procédure Pénale.*

— LEVASSEUR (Georges): *Vers une procédure d'instruction contradictoire.*

— LARGUIER (Jean): *Le secret de l'instruction et l'article 11 du Code de Procédure Pénale.*

— BROUCHOT (Jean): *La Chambre d'accusation.*

— LE CLERE (Marcel): *La nouvelle compétence territoriale des officiers de police judiciaire et ses conséquences.*

— VITU (André): *La Cour d'assises dans le Code de Procédure Pénale.*

— LEVASSEUR (Georges): *La juridiction correctionnelle depuis l'application du Code de Procédure Pénale.*

— GRANIER (Joseph): *Les restitutions dans le Code de Procédure Pénale.*

— MALHERBE (Jean): *Le juge de l'application des peines.*

— ROCHE (Louis): *L'expertise médicale dans le nouveau Code de Procédure Pénale.*

— GOLLETY (Ferdinand): *La détention préventive dans le nouveau Code de Procédure Pénale.*

— SUSINI (Jean): *Vers la rénovation de la police (Art. 81 du nouveau Code de Procédure Pénale.)*

— LIEZ (Robert): *Le Code de Procédure Pénale et l'action pénitentiaire.*

— CANNAT (Pierre): *Les réformes introduites en matière pénitentiaire par le Code de Procédure Pénale.*

— HERZOG (J. B.): *La Défense sociale et le Code de Procédure Pénale.*

He aquí un repertorio de las más candentes cuestiones planteadas por el vigente Código francés, tratadas por los autores con gran maestría exegética, aunque creemos que algunos temas debieran haberse expuesto de modo más extenso.

A. L. A.

**NYQUIST, Ola: «Juvenile Justice». London-Macmillan & Co. Ltd., 1960; 302 págs. 50 chelines.**

He aquí la obra del Profesor ayudante de Política Criminal de la Universidad de Uppsala (Suecia), editada por León Radzinowicz para el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge; pertenece a los "Cambridge Studies in Criminology", trabajos de investigación sobre múltiples cuestiones suscitadas en el aspecto social y legal por los infractores y tendentes a estimular el interés por la solución de aquéllas, así como a promover investigaciones ulteriores. Cada volumen es, o bien el resultado de un trabajo en colaboración, sobre un plan concreto, entre autores de solvencia científica en los campos de la Medicina, el Derecho o las Ciencias sociales; o bien consistentes en la exposición del resultado de investigaciones emprendidas a impulsos del Cambridge Institute, o incluso de los trabajos realizados en el extranjero también en el ámbito criminológico.

En una época como la presente, en que todo el sistema o sistemas empleados para el tratamiento de los delincuentes jóvenes se halla sometido a revisión, y en que la materia ha alcanzado gran importancia a causa del alarmante desarrollo o proporciones que adquiere o ha adquirido la delincuencia de jóvenes y adolescentes en tantas partes del mundo, este volumen, cuyo contenido nos proponemos reseñar a nuestros lectores, es de esperar, con fiadanza, en que logrará una acogida excelente.

A grandes rasgos, por lo que a la obra respecta, su autor ha seleccionado, previo concienzudo estudio personal, los sistemas californiano y sueco, sin por ello desdeñar la experiencia al respecto lograda por otros países. En resumen: cuestiones tan debatidas como las relativas a la responsabilidad penal, al funcionamiento de los "Child Welfare Boards", Tribunales juveniles, métodos de tratamiento y formas de ponerlos en práctica, son estudiados en este libro con gran discreción y acierto, todo ello a través del más amplio contenido de la obra.

En tres partes se halla la misma dividida: una dedicada al estudio comparado de los actuales sistemas seguidos en California y en Suecia respecto a los delincuentes menores o jóvenes; la parte segunda, concerniente a la distinción estructural en la jurisdicción juvenil, previos resúmenes históricos acerca de tal delincuencia; y la parte tercera y última, más bien consagrada a lo que pudiéramos llamar de crítica programática de las correspondientes instituciones y organismos. Completan el libro dos apéndices conteniendo sendos extractos del Código Californiano sobre Bienestar e Instituciones, y del Procedimiento criminal ante los Tribunales, también de California, anén de unas treinta y dos páginas de cuajadísima bibliografía.

Los cuatro capítulos que integran la parte primera se refieren, sucesivamente, al aspecto orgánico y procesal de la justicia penal y de la especial juvenil, tanto en California como en Suecia, abarcando las etapas previas, como la de deten-

ción; a las penas o medidas respectivamente aplicables y las peculiaridades que distinguen el cumplimiento o aplicación de cada una de ellas; y la fase de readaptación del infractor o penado.

A lo largo de la segunda parte se van describiendo analíticamente los criterios acerca de la responsabilidad penal, desde la Antigüedad, comenzando por Grecia y Roma, la Edad Media; las leyes teutónicas, las escandinavas, las anglosajonas y el primitivo "common law". Tras una consideración de la evolución que en estas cuestiones se marca a través de los siglos XVIII y XIX, se aboca en el examen de la situación en los presentes momentos, tanto en los Estados Unidos como en Europa.

En cuanto al tratamiento institucional, la propia segunda parte examina el fundamento de las Casas de Corrección y de Trabajo, como antecedentes, en Inglaterra, Holanda y Suecia; particular atención se dedica al antiguo Hospicio de San Miguel; entrando en la era de la reforma penal, se evoca el "child-saving movement", las instituciones inglesas, las Casas "Rauhes", el sistema de colonias de ensayo en Mettray, el movimiento de protección juvenil en la época colonial y en la incipiente Unión Americana; prosiguiendo asimismo con el examen de los modernos Tribunales Juveniles, los "Child Welfare Boards"; el régimen de prueba, la Ley Modelo Noruega, los Tribunales especiales para jóvenes y familias; describiendo la trayectoria histórica de la cuestión en Suecia, para concluir esta segunda parte con unas disquisiciones críticas sobre los estigmas atribuidos a los enjuiciamientos criminales en vigor; la necesidad de un tratamiento especial con relación a los menores; la consideración del delincuente juvenil desde la perspectiva de la prevención pública del delito y concomitante exigencia de seguridad legal; estudio de las "edades límites".

Estructurando un plan de organización jurisdiccional, con criterio comparado de ámbito internacional, se esbozan las organizaciones propugnadas como competentes, su distribución, funcionarios y oficinas colaboradores; se analizan las peculiaridades de los infractores correspondientes, desde el punto de vista de su procedencia familiar y ecológica; la reincidencia, su clasificación por grupos; el problema de desadaptación y el de ulterior reajuste o rehabilitación; sin ocultar las rémoras impuestas por divergencias ideológicas, tradicionales o de intereses "creados". Se concluye con el examen también de superposiciones en el derecho positivo en vigor para las cuestiones tratadas, lagunas asimismo legales y conflictos del propio orden.

Cierra la parte doctrinal de la obra una referencia a las conclusiones adoptadas en el V Congreso de Defensa Social de Stockolm (1958), propugnando la adopción, en todos los países, de una organización uniforme, jurisdiccional o meramente administrativa, pero que, cuando menos, cubriera los siguientes requisitos: adiestramiento profesional y experiencia en el campo de la protección de niños y jóvenes; garantías de independencia y expectativas y especialización de los funcionarios encargados; asistencia por lo menos de una persona con idoneidad judicial; estudio médico-pedagógico de cada caso a discriminar; posibilidad de un recurso de alzada en garantía de los derechos del menor o de la familia.

**PEDROL RIUS, Antonio:** «Los asesinos del General Prim» (Aclaración de un misterio histórico). Prólogo de Eduardo Aunós. Epílogo De la Fuente Chaos. Ed. Tebas. Madrid, 1960; pág. 136.

En pocas ocasiones se ha concertado de tan buenas maneras la paciencia investigativa con la perspicacia jurídica. La discriminación o, por mejor decir, la averiguación de la verdad; al modo como preconiza nuestra vetusta ley rituaria criminal, se ha llevado de ejemplar modo, no en razón al incontable número de folios que se ha visto obligado a leer, sino por arte del penetrante esquema con que se ha provisto el monografista. Para ello se requería, de una parte, disponer de mirada de jurista, esa contemplación que horada, por decirlo así, el *substractum* fáctico; amén de un cuidado perfil del suceso histórico, que en ocasiones omnubila y enturbia, por lo menos, la visión del técnico. Antonio Pedrol, dotado para la empresa, la ha culminado cumplidamente; incluso literariamente, ya que su lenguaje es directo y va enfilado a la exposición clara del fenómeno jurídico. ¡Lástima que no se cultive como debiera este género, al modo como ahora se ha hecho por Pedrol!

De otra parte, si ya de suyo es tarea preñada de dificultades sin cuento dar con el *quid* del problema en una participación delictiva, ¡cuán difícil será aquí por ser un acontecimiento tergiversado por la pasión política. (Recuérdese, sin ir más lejos, la biografía de EMETERIO S. SANTOVENIA, *Prim. El caudillo estadista*, Espasa-Calpe, S. A., Madrid, 1933, pág. 266, en que, entre otras cosas, dice al respecto: "Rodeado (se refiere al "crimen de la calle del Turco") (cap. XV) de inextricable misterio, las versiones que tomaría cuerpo respecto de sus inductores, autores, cómplices y encubridores sembraron de confusiones; más que las hojas del proceso, el espíritu público.") Nada de esto arredra al autor, ilustre letrado de Madrid, quien en un estilo llano y accesible al profano, pero enfundado en un gran rigor lógico descarta, alega y sienta tesis que hasta ahora eran inéditas, al menos que nosotros sepamos; en punto a la preparación, móviles y realización del hecho penal. Con sobrada razón restaca que "un asesinato de éstos responde a la pasión y al odio del momento. Se suprime el obstáculo y se corren los riesgos de la supresión, esperando recoger el fruto inmediato, con la convicción de que se cuenta con medios para ocupar el puesto que la víctima deja vacío".

Además la curiosidad del jurista español se agiganta aquí cuando se piensa que las actuaciones sumariales finiquitaron sin esclarecer ni el hecho ni dar con el autor o autores. Es decir, que un hecho penal de tanto relieve histórico quedó en completa impunidad. Los pliegues de la política velaron el acontecimiento delictivo. Con finura de jurista y de experto en el mundo histórico, el autor nos va planteando las diversas hipótesis con que acomete, en abstracto, la autoría, empujándose por la cuesta de los móviles. Pero, sin embargo, el libro presente tiene la virtud, entre otras, de haber esclarecido hasta la raíz el turbio ambiente que se proyectaba sobre el asesinato de Prim.

J. DEL R.

**PINATEL, Jean:** «*La Criminologie*». *Sociologie d'Aujourd'hui*. Paris, 1960; páginas 223.

La síntesis del saber criminológico efectuada por el conocido Secretario general de la Sociedad Internacional de Criminología es por demás completa y sumamente instructiva por varias razones. Sirva de primera la exhaustiva panorámica que nos ofrece, ya que penetra con equilibrio y mesura en la entera problemática de la Criminología. En segundo lugar, el esquema sistemático es completo y sin que se resienta su colisión interior. Tanto morfológica como sustancialmente, ha compuesto una visión unitaria y completa, siempre dentro, claro está, de los limitados términos en que se plantea la propia obra. Son guías, sobre los que se recuesta la especulación, la división en Criminología General y Criminología Clínica. En tercer lugar, debe servir de ejemplo, el acoso que efectúa de los problemas criminológicos, en los que la modernidad de su cuño corre parejas con la claridad expositiva. Y, finalmente, en el recuento de posturas, teorías y especulaciones, el autor ensambla con concisión y elegancia la inabordable literatura al respecto.

De otro lado, el conocimiento criminológico presenta una extensiva mayor que el habitual entre los alemanes, y menos que el americano, sin que con ello rompa propiamente con la ortodoxia diferenciativa entre Derecho penal y Criminología.

La actitud de criminólogo experimentado, su continuo trato con estos estudios y su vocación realizada en el trabajo y en la dirección de Congresos se observa al trasluz de su exposición, ya que de hecho está acuñada aquella posición del práctico, incluso hasta en la terminología empleada, como, por ejemplo, en el capítulo III de la parte primera, cuando diseña el entendimiento de los denominados por el autor "conceptos operacionales de la Criminología".

Tanto por el rigor cuanto por la honestidad y diafanidad conceptual, merece la pena tener a la mano esta obra, que constituye un repertorio ordenado de la joven disciplina científica, bautizada a finales de siglo con el nombre de Criminología.

J. DEL R.

**POLITIQUE CRIMINELLE MODERNE. Recueil d'études en hommage à la mémoire du Professeur Henri Donnedieu de Vabres. Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris. Cujas ed. 1960 (XI; 254 págs).**

Bajo los auspicios del Centro francés de Derecho comparado y el Instituto universitario de igual nombre de la Universidad de París, se publica este Libro-Homenaje a la memoria del que fué su profesor de Derecho penal hasta su muerte, acaecida en 1951, después de una larga vida dedicado a la enseñanza y a la magistratura, función en la que le cupo el arduo honor de figurar entre los jueces internacionales que entendieron en el histórico Proceso de Nuremberg. Tras de un Prefacio-semblanza firmado por el que fué compañero del homenajeado y decano de los penalistas franceses. LOUIS HUGUENY, se insertan hasta dieciocho trabajos de distintos autores nacionales y extranjeros, en el orden y

con los temas siguientes: T. GIVANOVITCH: "Objeto y noción de la Política criminal. Posición en el sistema general de las ciencias y especialmente de las criminales"; PAUL CORNIL: "Una Política criminal realista"; RAPPAPORT: "La división de la noción de una Política criminal moderna"; JIMÉNEZ DE ASÚA: "Política criminal internacional. Los crímenes internacionales"; MARC ANCEL: "Política criminal y Derecho comparado"; ROBERT VOUIN: "Código penal y Política criminal"; ALFREDO LEGAL: "Política criminal y profesión"; QUINTANO RIPOLLÉS: "Política criminal y crimen político"; BELEZA DOS SANTOS: "Algunos problemas de Política criminal en materia de provocación"; VITU: "Preocupaciones actuales de la Política criminal francesa en la represión de la corrupción"; A. CHAVANNE: "El delito de estafa y la Política criminal contemporánea"; RADZINOWICZ: "Ciertos aspectos del delito sexual en Inglaterra"; V. SOLNAR: "Contribución a la cuestión de la criminalidad del aborto provocado"; P. BOUZAT: "La Política criminal francesa en materia de aborto y de propaganda anticonceptiva"; C. YORIS: "La composición de las jurisdicciones del juicio"; M. PATIN: "El problema de la organización de las Cours d'assises", y J. GRAVEN: "Nuevas reflexiones sobre la pena capital".

Como se ve por el enunciado de tales trabajos, el contenido de los mismos rebasa frecuentemente el título elegido para el *Symposium*, constituyendo una serie de artículos interesando los más variados aspectos de las ciencias penales en su más amplia acepción. Diversidad que impide entrar a examinar su contenido en el breve marco de una reseña bibliográfica.

A. Q. R.

**PROYECTO DE CODIGO PENAL. Edición Oficial. Ministerio de Educación y Justicia de la Nación. Buenos Aires, 1960; 232 págs.**

El *Anteproyecto* de Código penal argentino del Profesor Dr. Sebastián Soler, del que tan amplio reseña se hizo en el anterior fascículo del ANUARIO (t. XIII, fascículo III, septbre-diciembre 1960, págs. 359-383, por el Prof. Rodríguez Devesa), aparece ya en edición oficial bajo el nombre de *Proyecto*. Lo cual significa que examinado y aprobado por la Comisión Asesora Consultiva y Revisora, se ha adoptado por el Gobierno, pasando a su discusión en el Parlamento. En la publicación se inserta, con el cuerpo y notas explicativas y concordancias del propio Prof. S. Soler, la Exposición de motivos" conteniendo hasta setenta y seis incisos, que ya figuraron en el Anteproyecto, pero que ahora encabezan los nombres del Presidente de la nación, Dr. Frondizi; Ministro de Educación y Justicia, Dr. Luis R. Mac Kay, y Subsecretario de Justicia, doctor Bruno Quijano. Lo verdaderamente nuevo de la edición consiste en los apéndices que, bajo el nombre de "Antecedentes", contienen las notas de la Comisión, la personal del Dr. Peco, el Informe de la Comisión, otra nota del Dr. Soler y, en fin, la respuesta del mismo al Informe de la Comisión. Todo ello mostrando un ejemplar prurito de mantener a la opinión al tanto del alcance de tan trascendental reforma legislativa como es siempre la de dar nacimiento a un Código penal, que nace así bajo los mejores auspicios de técnica y contraste de opiniones, pese a ser obra de un solo autor, como parece ser ya acendrada tra-

dición en los anales codificadores de la República Argentina, y que, ciertamente, ofrece indubitadas ventajas en los aspectos de unidad de criterio y plan, difíciles de lograr en tareas colectivas o colegiadas.

A. Q. R.

**SAINZ CANTERO, José Antonio: «El delito de omisión del deber de socorro».**

**Publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, de octubre de 1960. Instituto Editorial Reus. Madrid; 35 págs.**

La omisión de socorro a las personas que se encuentran en peligro permaneció al margen del ordenamiento jurídico-penal hasta época relativamente reciente. En una primera fase del Derecho punitivo, sólo la acción constituye el objeto exclusivo de reprensión. Como reacción a la consideración unilateral del elemento físico del delito, la doctrina de la Iglesia afirmó la preponderancia del elemento intencional, por lo que la indagación se traslada del campo objetivo al subjetivo, pasando a segundo plano la cuestión de si el hecho ha sido cometido por acción o por omisión, y se llega a admitir la responsabilidad por omisión en todos los casos en que en cumplimiento de un principio ético de solidaridad existe la obligación de intervenir.

Hasta el siglo pasado, el deber de asistencia a las personas que se encuentran en peligro no se halla consagrado en ninguna legislación, siendo muy pocas las de este siglo que lo recogen. El autor del trabajo que anotamos examina esta cuestión ampliamente en la legislación comparada, para hacerlo después en la española, en nuestros diferentes Códigos penales, y muy especialmente en la reforma del Código penal vigente, por Ley de 17 de julio de 1955, que incorporó al mismo el artículo 489 bis, que dice: "El que no socorriere a una persona que encontrare desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiera hacerlo sin riesgo propio ni de tercero, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de 1.000 a 5.000 pesetas. En la misma pena incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demandare con urgencia auxilio ajeno."

El profesor adjunto de la cátedra de Derecho penal de la Universidad de Granada examina la naturaleza de este delito, estimando que es de simple omisión, de mera conducta o formal, y de peligro concreto. Plantea la duda de si se trata de un delito instantáneo, como piensan Pannain y Guarneni, o un delito permanente, como afirma Vannini, considerando, de acuerdo con Quintano Ripollés, que la cuestión es irresoluble si se la enfoca de modo apriorístico, pues la cualidad de temporalidad dependerá siempre de las características dinámicas del actor.

Es interesante el capítulo que dedica al estudio del tipo, que divide en los siguientes apartados: 1. Sujeto activo. 2. Elemento objetivo. 3. Elemento subjetivo. 4. Concurso. 5. Penalidad. El trabajo, en suma, es francamente meritorio y constituye una gran fuente de información sobre la materia concreta de que se ocupa, por el gran número de citas bibliográficas que contiene de autores españoles y extranjeros.

D. M.

**SCHONKE, SCHRODER:** «Strafgesetzbuch Kommentar, 10 ed. Beck Verlag, Munich-Berlin, 1961 (XV, 1363 págs.).

Con la regularidad que es ya presa segura de su éxito, aparecen las nuevas ediciones del «Comentario de SCHÖNKE, que a partir de la séptima (de 1954) van completadas y puestas al día por el colega del malogrado maestro, Profesor HORST SCHRÖDER, de la Universidad de Tubinga. La décima y última, de 1961, reproduce y aumenta los méritos ya suficientemente conocidos de las precedentes, con una rigurosa puesta al día de la legislación, jurisprudencia y bibliografía, comprendidas hasta noviembre de 1960. Así, por ejemplo, se da cabida a la 5.<sup>a</sup> Ley de Reforma del Código penal, de 24 de junio de dicho año, que modifica sustancialmente las tipologías de los delitos políticos de los parágrafos 96 a) y 130, concebidos para reprimir los excesos del nacionalsocialismo y partidos afines incurridos en la tacha de anticonstitucionales.

La constante adición de preámbulos y notas a los preceptos estrictamente legislativos, con propósitos de exposición sistemática más allá de los de pura exégesis, van paulatinamente transformando el «Comentario» en un verdadero «Tratado» de muy original contextura, ya que se alían en fecunda unión las técnicas propias de cada materia, en provecho tanto del teórico como del práctico. De señalar es, en la nueva edición, la parte relativa a los delitos de tráfico, en gran parte reelaborada e inserta en los comentarios relativos a los parágrafos 315 y siguientes (a partir de la página 1181).

A. Q. R.

**DI TULLIO, B.:** «Principi di Criminologia e Psichiatria Forense». Istituto di Medicina Sociale, II Edizione, Roma, 1960; 490 págs.

En plena consagración dentro de Italia —creación bajo su inspiración en la prisión de Rebibbia de una Clínica criminológica y traslado a ella del Instituto de Antropología Criminal que dirige— y de proyección fuera de su obra y personalidad —celebración bajo sus auspicios del Primer Congreso de Criminología Clínica—, el Profesor DI TULLIO da a la imprenta la segunda edición de su *Criminologia Clínica*, a los cinco años de la primera, lo que es su mejor y preliminar elogio.

Como en toda noticia de una posterior edición, la labor del recensionista es, ante todo, señalar sus variaciones sobre la anterior, en este caso la primera, y esto ha de hacerlo en cuanto a su estructura y en cuanto a su contenido.

Respecto a la primera, conserva la división en dos grandes partes, pero en el título de la segunda llama ahora Criminología general a la que antes llamó descriptiva. Conserva también la división en diez capítulos, pero el primero cambia su rúbrica por el de «Ciencia de la persona y criminología»; el cuarto tiene una primera subdivisión dedicada a estudiar las relaciones anormales y las evoluciones psicopáticas del mayor interés en el campo criminológico, dedicando la segunda a lo que era el entero examen de la personalidad del delincuente y de la somática criminal, porque el sexto, antes dedicado a esta materia, lo está ahora a la criminodinámica, que era el del sexto, dedicado en esta nueva edición, a la. título nuevo, criminogénesis; por último, el décimo y final cambia la ro-

tundidad de su rubricación primitiva, "Terapia de la criminalidad", por el de "Tratamiento reeducativo de los varios tipos de delincuentes", como si el maestro quisiese terminar afirmando su fidelidad a la propia y primitiva doctrina.

En cuanto a las variaciones en su contenido, el propio autor en el prólogo de la obra hace resaltar que ha dado un mayor desenvolvimiento a las nociones concernientes a la personalidad del delincuente, por considerar su diagnosis de fundamental importancia para la exacta reconstrucción de la génesis y de la dinámica del delito y que ha completado las nociones referentes a las existentes entre las reacciones anormales, procesos psicopáticos y la criminalidad por señalar la experiencia el encontrarse con frecuencia ambos en la dinámica de los fenómenos criminales.

No explica la razón de quitarle vigor expresivo al título IV de la obra, con el aditamento a él de psiquiatría forense, que figuraba en la primera edición, aunque pueda encontrarse en las palabras por él dedicadas a exponer su convicción, basada en la experiencia, de presentarse frecuentemente las enfermedades mentales en los criminales bajo las formas atípicas que se resienten de la particular estructura de su personalidad, por lo que el peritaje psiquiátrico debe transformarse en psiquiátrico-criminológico o exclusivamente criminológico.

Cumplida esta labor de confrontación de variaciones, aún hemos de destacar, y lo hacemos a continuación, como si se tratase de una obra nueva, las afirmaciones fundamentales que muestran la dirección y contenido doctrinal de la obra.

Considera la Criminología Clínica como la ciencia de la conducta humana antisocial y criminal, basada en el estudio y análisis profundo de casos individuales, sean normales o anormales, como aquella parte de la Antropología Criminal que trata de hacer cada vez más rigurosamente científico el examen de la personalidad del delincuente, con el fin de alcanzar el más preciso diagnóstico de su personalidad.

En cuanto a una aplicación predelictual, preventiva de la diagnosis y terapia criminológica, el maestro resalta que, según su experiencia, del 70 por 100 al 80 por 100 de los menores que delinquen son de conducta irregular, que no han recibido los necesarios tratamientos asistenciales y reeducativos, experiencia que también es válida respecto a los individuos adultos considerados socialmente peligrosos por la Policía (ociosos, vagabundos, parásitos, prostitutas, etc.), por lo que deduce que los menores entre los seis y los catorce años de conducta irregular deben recibir una oportuna y eficaz asistencia médico-psíquico-pedagógica.

Quizá sea más interesante para España —donde existe, aunque parcamente aplicada, una ley de peligrosidad— lo dicho para Italia, donde no la hay, respecto a que la actividad policial sobre los socialmente peligrosos, sobre los proclives al delito, debe transformarse en una vigilancia reeducativa, de que todo el sujeto a una medida de Policía —en España, de Seguridad— sea sometido a un examen médico-psicológico y social para elegir los remedios necesarios para su reeducación, por lo que cree necesario que la Policía —en nuestro país, el Juez de Vagos— cuente con el auxilio de Instituciones especializadas en este estudio, que serían, añadido yo, las Clínicas criminológicas.

También desea la intervención de las diversas pericias que sean necesarias

para definir la peligrosidad del delincuente y sus posibilidades de reeducación en el proceso propiamente penal, al final del cual, en el sistema italiano —y en parte en el español—, ha de elegir la pena o medida de seguridad aplicable y su duración, ya que no es posible que tenga los conocimientos suficientes para prescindir de estos asesoramientos técnicos.

No sería completa la recensión si no se consignase en ella la colaboración en determinadas materias de los más próximos colaboradores del autor, el psiquiatra Aldo Semerari, en la materia expuesta en los capítulos IV y VIII, y el doctor Franco Ferracuti, ayudante del Instituto de Antropología Criminal y psicólogo asesor del Instituto de Observación de Rebibbia, en los capítulos I y X.

Esta es la más reciente obra del Profesor DI TULLIO, de la que se está haciendo la traducción al francés y de la que es de esperar no tarde en hacerse al castellano.

D. T. C.

**WUKMIR, J. V.: «Psicología de la Orientación vital (Sufro, luego existo). Prólogo del Profesor Dr. R. Sarró. Editor Luis Miracle. Barcelona, 1960.**

Una vez más, con acierto, el Prof. SERRÓ nos diseña un pórtico de inexcusable lectura para el buen entendido del mensaje psicológico del autor eslavo, que, además, presenta sin duda perfiles sumamente peculiares. De aquí que transcribamos el pasaje siguiente: “La tesis científica de la obra es, como ya hemos insinuado, la primacía de la moción. Su fórmula se contrapone a la de Descartes, “Cogito, ergo sum”, que despojada de su sentido gnoseológico, proclama la fe en la razón. La fórmula de WUKMIR podría, acaso, variarse. En vez de afirmar “sufro, luego existo”, decir “amo, odio, gozo, me angustio, o simplemente, me emociono y en su virtud existo”. En cambio, la fórmula de Cartesio representa su antípoda. La posición que adopta WUKMIR coincide, por su parte, con la de la psicología contemporánea desde Freud a Philipp Lersch.

El ángulo, por tanto, desde el que contempla, cabe decir, el aparato psíquico del ser humano es desde la cumbre del “patior” equivalente a padecer. El libro en sí no es otra cosa —aunque grandiosa— sino “un análisis de aquella intuición, dirigido a fijar los tres factores elementales” que constituyen la básica condición humana, vista desde dentro: Los instintos (I), las circunstancias (C) y el ego (E).

Así, el libro primero está integrado por el análisis, antes citado, y la segunda parte, la destinada a la llamada “orientación vital”. En tanto que todo el libro segundo se compone de una serie de glosas, de auténtico y sugestivo interés, sobre personajes literarios o de veras y a propósito de un temario de leyendas, como, por ejemplo. “El otro se puede eliminar”; “El prejuicio social”, etc., etc. De entre ellos destaca, en orden al suelo hispánico, la interpretación que nos hace de Don Quijote, bajo el signo de “Compatior, ergo vobiscum sum”, y la figura de Don Juan, situado en el tema: “Coexistencia y convivencia”.

En cuanto al segundo, le califica así: “Es un criminal con bravura viril, pero no es ningún Satanás inteligentísimo, sino un ser de mucha más baja categoría. No es ningún ángel caído, ni un rebelde prometeico. Sólo es portador tramposo del polen afrodisíaco, un vanidoso de la endocrinia.”

En cambio, la orientación vital del primero la cifra del modo siguiente: "El sueño ambicioso de Don Quijote es el de muchísimos seres humanos; sintiendo lo bueno, lo justo, lo bello en nosotros queremos expresarlo y aplicarlo, a veces con una pasión que incluso nos cuesta la vida. Don Quijote lanzándose a esta aventura no estuvo lejos de perder la vida en muchas ocasiones; estos sueños de satisfacer agravios por la intervención de uno son peligrosos porque tropiezan con lo que comúnmente se llama realidad, es decir, circunstancias cósmicas y sociales."

La obra constituye una auténtica aportación al campo de la moderna psicología, por la originalidad de pensamiento; la solvencia lógica con que desarrolla su tesis; la proyección práctica con que capta y expone los paradismas de sus alegaciones. Y, en suma, porque constituye un mensaje (sufro, luego existo) henchido de actualidad, exquisitamente analizado a lo largo del libro.

J. DEL R.

# REVISTA DE REVISTAS

## ALEMANIA

### Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1960, 72 Band, Hefte 1-2, Berlin De Gruyter.

**LANGE:** «Zum Münchner Juristentag».

Con motivo de la reunión de la Asamblea de juristas en Munich, el profesor Lange destaca el interés que siempre ha tenido dicha Asamblea por los trabajos de reforma del Código penal alemán. En un breve esbozo, el profesor Lange recuerda los temas que especialmente ocuparon la atención de la Asamblea en diversas reuniones.

**ZEILER, A.:** «Zur Frage der Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage». (Sobre el problema de la condena con una base fáctica susceptible de interpretación alternativa.)

El tribunal tiene la *duda* de si el autor ha realizado el tipo delictivo *a* (hurto) o el tipo delictivo *b* (receptación), pero tiene la certidumbre de que ha cometido uno de los dos delitos. El problema de la admisibilidad de una condena en estos casos no ha sido atendido en la Reforma penal alemana en curso, por estimar el Ministerio de Justicia y la Gran Comisión de Reforma que es un problema procesal penal.

El párrafo 2 *b* del Código penal alemán, que regulaba esta materia, fué derogado por la Ley del Consejo de Control número 11, a pesar de no estar inspirado en un pensamiento específicamente nacional socialista. Este precepto autorizaba la condena, en estos casos, de acuerdo con la calificación más benigna. Esta solución había sido autorizada ya anteriormente por el Reichsgericht en el caso más frecuente de hurto-receptación, y ha sido admitida en diversos casos por el B. G. H. después de la derogación del párrafo 2 *b*.

El autor estima que este problema debería ser objeto de regulación legal, y, en discordancia con la opinión del Ministerio de Justicia alemán, estima que el lugar adecuado para ello sería el Código penal. Sus razonamientos no son, a este respecto, muy convincentes. Esta materia está íntimamente ligada a la de la prueba, delimitación del objeto del proceso y la fundamentación de la sentencia. Su relación con el principio *nulla poena sine lege* es, en cambio, aunque indudable, mediata.

Desde el punto de vista material, el autor se muestra partidario de la admisión general (con raras excepciones) de la condena sobre base fáctica susceptible de interpretación alternativa, y somete a crítica las restricciones que el Reichsgericht o el B. G. H. han ido estableciendo sucesivamente en su campo de aplicación. La restricción casuística del

R. G. (St. 68-267) a los casos de hurto y receptación, es especialmente criticable por no obedecer a ningún criterio doctrinal, sino a la pura razón de que es el supuesto más frecuente. El autor señala también las dificultades que plantea el criterio aducido frecuentemente por el B. G. H., de que la admisión de la condena depende de la equivalencia psicológica o ético-jurídica de los dos supuestos de hecho. El autor subraya las contradicciones en que ha incurrido la jurisprudencia alemana al no seguir un criterio uniforme en su actitud restrictiva.

El trabajo de Zeiler tiene el defecto de enfocar casi exclusivamente el aspecto político-criminal de la cuestión sin atender debidamente a los obstáculos de tipo doctrinal, que han sido aducidos en diversas ocasiones contra la admisión de la condena sobre base fáctica alternativa. Estas objeciones dimanarían principalmente de principios jurídicos inherentes a todo Estado de Derecho (el Derecho penal utiliza tipos perfectamente delimitados y el Derecho procesal penal tiende a una constatación unívoca de la culpabilidad). Estas objeciones tienen precisamente sentido frente a alguno de los puntos de la propuesta de regulación legal que hace el autor, especialmente en los párrafos 2.º y 3.º Cuando se trate de juzgar acciones diferentes desde el punto de vista histórico, la posibilidad de su consideración como *un* hecho depende de que aparezcan íntimamente unidas en una conexión natural o intelectual, según la concepción de la vida. En el párrafo 3.º se faculta al juez para prescindir de la pena cuando la condena le parezca contraria al sentimiento jurídico, por aparecer la relación entre los hechos demasiado remota.

**DUNNEBIER, H.: «Die Durchführung der Zweispurigkeit bei den freiheitsziehenden Massregeln im Entwurf 1960 eines Strafgesetzbuchs». (La aplicación del principio de la «doble vía» en las medidas privativas de libertad en el Proyecto de Código Penal de 1960).**

El autor critica el proyecto de 1960, por haber mantenido el principio de la «doble vía», que debería ser, a su juicio, sustituido por un sistema de «vía única» con ciertas restricciones. La creación de la suspensión de la ejecución de la pena para prueba marcó, a su juicio, el camino a seguir. Apartándose de la opinión dominante, el autor cree que la suspensión de la aplicación de la pena no es una variedad de pena, sino una sanción mixta.

Analiza la regulación de la pena y las medidas de seguridad en Proyecto y cree descubrir una tendencia a equiparar las medidas de seguridad y la pena. En realidad, más que una tendencia a la equiparación o a la fusión, lo que se advierte, a mi juicio, en el Proyecto es un deseo de dar mayor flexibilidad al juez para poder combinar pena y medidas de seguridad del modo más conveniente, para que, sin perjuicio de la justicia de la sanción se consigan los fines de seguridad y corrección. El autor cree ver la tendencia a la equiparación de pena y medidas de seguridad, principalmente, en el hecho del establecimiento de límites mínimos de la pena en los tipos de la Parte Especial, en la supresión de la cláusula de subsidiariedad para la aplicación de una medida de seguridad y en que la prognosis haya de hacerse ahora en relación con el estado del delin-

cuenta en el momento de la condena. En realidad, estas tres circunstancias pueden ser susceptibles de interpretación diversa. La fijación de límites penales mínimos en los tipos no implica, a mi juicio, una abdicación del principio de culpabilidad, es decir, una presunción de culpabilidad «injusta». Del mismo modo que no implica un abandono del principio de culpabilidad el establecimiento de marcos penales diferentes para cada uno de los delitos, sino al contrario, una graduación de la culpabilidad (pues su medida, en términos absolutos, está también condicionada por la medida de lo injusto). La supresión de la cláusula de subsidiaridad es, por otra parte, simplemente formal, pues no cabe duda, dada la redacción de los preceptos del Proyecto, que queda en pie el requisito de la *necesidad* para la imposición de una medida de seguridad. El hecho de que la prognosis tenga que hacerse ahora en relación con la situación del delincuente en el momento de la condena, se debe al reconocimiento de que su realización en referencia con el momento del fin del cumplimiento de la condena era prácticamente imposible.

El autor critica especialmente el Proyecto por no haberse decidido a autorizar la consideración de los fines de seguridad y corrección, permitiendo al juez establecer una sanción por encima del límite de la culpabilidad. Por debajo de dicho límite los fines de seguridad y corrección, pueden ser, sin duda, atendidos. El principio de culpabilidad—y el Proyecto, en principio—exige solamente que la pena no exceda de la medida de la culpabilidad. Esta limitación es, a mi juicio, una consecuencia necesaria de la distinción de los conceptos de pena y medida de seguridad, por una parte, y de otra, una consecuencia del principio material de Justicia del respeto al hombre como persona autónoma. El hecho de que la medida de seguridad no deba regirse exclusivamente por el criterio de la necesidad, sino que deba examinarse también su licitud ética respecto a la persona afectada, no es tampoco una razón que abone, como cree el autor, la sustitución de la «doble vía» por la «única». La privación de libertad de la medida de seguridad no es sino el correlato esencial de la privación de libertad interior del delincuente.

El autor cree que la sustitución del sistema de «doble vía» por el de «vía única» con ciertas restricciones, podría hacerse sin renunciar a la diferencia entre pena y la medida de seguridad. Las propuestas unificadoras que el autor hace no parecen justificar, a mi juicio, dicha creencia. La diferencia entre pena y medida de seguridad se esfuma, por ejemplo, si la custodia de seguridad y la pena se fusionan en una «pena» de seguridad relativamente indeterminada y si la custodia preventiva es fusionada con la pena en una «pena de corrección».

**GEERDS, Friedrich: «Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf». (Consentimiento y conformidad del ofendido en el Proyecto de Código Penal.)**

El autor realiza un detenido estudio del Proyecto de Código penal alemán, para examinar la relevancia que concede a la voluntad concorde del ofendido, en sus dos variantes distinguidas por la doctrina alemana del con-

sentimiento (causa de justificación) y de la conformidad (causa de exclusión de la tipicidad).

Examina el autor, en primer lugar, la regulación del consentimiento y se muestra conforme con la renuncia a establecer un precepto de carácter general. Una regulación general, en un Proyecto que no contiene un *numerus clausus* de causas de justificación supondría un perfeccionismo excesivo, si dicha regulación no es necesaria por razones objetivas o prácticas. Esta necesidad no se da en el caso del consentimiento. El único problema serio que puede plantearse es el de la admisibilidad del consentimiento y éste sólo puede resolverse a la luz del contenido de lo injusto de cada figura delictiva de la Parte Especial. Son la doctrina y la jurisprudencia quienes han de resolver este problema, según el autor. La capacidad de consentimiento del sujeto no puede ser examinada sino en el caso concreto. Una regulación general de la forma que ha de adoptar el consentimiento, o de los límites que se han de establecer a su eficacia como causa de justificación carecería de sentido desde el momento en que se renuncia a regular los anteriores problemas más importantes.

El autor examina a continuación la regulación concreta del consentimiento en los tipos de la Parte Especial. Dedicada su atención, en primer lugar, al párrafo 152 del Proyecto, que contiene una disposición que ha de sustituir al párrafo 226 *a* del Código penal alemán vigente. Tanto un párrafo como otro se refieren formalmente al delito de lesiones corporales, dentro de cuya regulación están incorporados. El párrafo 226 *a*) establece que el consentimiento no excluye la antijuricidad de la conducta si ésta, a pesar del consentimiento, es contraria a las buenas costumbres. El artículo 152 del Proyecto, en un afán de precisión, sustituye el concepto de las buenas costumbres por el de la reprochabilidad, que ha de ser estimada en atención a los motivos y fines del autor y del ofendido, así como los medios aplicados y la gravedad previsible de la lesión. El autor considera que la nueva regulación no presenta ninguna ventaja respecto a la anterior. La inseguridad es, a su juicio, la misma, a pesar de la enumeración de los elementos que han de ser considerados para el juicio de la reprochabilidad. Su crítica me parece aquí desmesurada, pues realmente no es posible una precisión mayor. El autor considera, por otra parte, que el Proyecto amplía excesivamente la eficacia del consentimiento. Cree que, dado que el consentimiento no es sino un caso de la voluntad jurídica relevante, y ésta tiene ya como límites generales los de la coacción, la astucia y la conducta inmoral, la reprochabilidad del párrafo 15 tienen que ser interpretada como grave inmoralidad. El término reprochabilidad sería aquí aún más restringido en su alcance que en los artículos 240 (coacción) y 253 (conclusión) del Código penal alemán vigente, pues, además de la relación de medio a fin, tendrán que ser atendidos los motivos y la gravedad previsible de la lesión. La renuncia a la protección del Derecho debe ser, sin embargo, sólo admisible según la opinión del autor, si el hecho está libre de toda mácula moral. Me parece acertada esta tesis del autor, pero no me parece convincente, en cambio su argumentación, tendente a demostrar que la reprochabilidad en el artículo 152 tenga que ser interpretada como grave inmoralidad. La

enumeración de los elementos de juicio y la regulación específica del artículo 152 no implica, a mi juicio, *necesariamente* que la reprochabilidad haya de alcanzar un nivel más elevado que el límite general de la eficacia jurídica de la voluntad. Sí creo, en cambio, con el autor, que si no se ha querido introducir un cambio a este respecto, hubiera sido mejor conservar el concepto de buenas costumbres que sustituirlo por el de la reprochabilidad, que puede dar lugar, como vemos, a interpretaciones diversas.

El autor señala acertadamente cómo la inclusión de un principio general en la regulación de un delito particular (lesiones corporales) es defectuosa, pues plantea innumerables problemas. Si se renuncia a un precepto general, como ha hecho acertadamente el Proyecto, debe renunciarse también a regular este principio. La doctrina y la jurisprudencia llegarían, según el autor, a los mismos resultados sin necesidad de esta disposición.

En el examen de los diversos tipos delictivos, donde el consentimiento es admisible, señala el autor especialmente la incorrección de la regulación de la tutela de los secretos privados. Parte de las figuras delictivas están contenidas dentro de los delitos contra la persona y parte dentro de los delitos contra el Estado y sus organismos. Esta defectuosa clasificación sistemática da lugar a la reunión, dentro de un mismo apartado (de los delitos contra el Estado y sus organismos), de tipos delictivos muy diferentes, en alguno de los cuales el consentimiento es posible y en otros no.

Especialmente defectuosa es la regulación del consentimiento en las nuevas disposiciones del Proyecto concernientes a la intervención médica y tratamiento curativo, como pone de manifiesto acertadamente el autor. Estos defectos dimanar, en gran parte, de una errónea ordenación sistemática de los preceptos del Proyecto. En los casos de interrupción del embarazo o tratamiento curativo, realizados arbitrariamente por el médico, sin contar con la voluntad del paciente, se trata, en realidad, de delitos contra la libertad, donde la conformidad del paciente excluye la tipicidad. La regulación del Proyecto parte, en cambio, erróneamente de la consideración de que la voluntad concorde del paciente es una causa de justificación (consentimiento). Las disposiciones sobre el consentimiento presunto están, por tanto, fuera de lugar.

El autor no cree necesaria la indicación en cada tipo delictivo, de si el consentimiento es o no admisible. En caso de que se indique su admisibilidad, debe evitarse, sin embargo, la utilización de términos que puedan suscitar la duda de si se trata realmente de un caso de consentimiento (que excluye la antijuricidad de la conducta) o de conformidad (que excluye el tipo).

Al examinar los tipos del Proyecto en que la falta de conformidad aparece como un elemento integrante, el autor subraya acertadamente cómo en algunos casos se echa de menos la conveniente precisión terminológica. El legislador debe utilizar siempre términos («contra o sin la voluntad», «apropiarse», «raptar», «coaccionar», «allanar», «seducir») que expresen claramente el requisito de la falta de conformidad inicial del ofendido.

Esta falta de precisión terminológica cree el autor que es particularmente acusada en la regulación de los delitos contra la honestidad.

**LAMPE, Ernst-Joachim: «Ingerenz oder dolus subsequens?».** (¿Interferencia o dolo subsiguiente?).

El autor trata de resucitar el viejo concepto del *dolus subsequens* para dar solución a los problemas que plantea, dentro del marco de los delitos de comisión por omisión, el deber jurídico de evitar el resultado, derivado de la conducta anterior (interferencia).

El concepto de *dolus subsequens* había caído en desuso en la doctrina por estimar unánimemente los autores que el dolo no puede seguir después de que se haya producido el resultado delictivo o desde que su producción sea ya inevitable.

El autor cree que el concepto de *dolus subsequens* fué rechazado por partir la doctrina de un concepto demasiado restringido de acción. No es cierto, sin embargo, que la doctrina de la acción causal restringiera el concepto de acción al mero movimiento corporal. Toda consecuencia unida por un nexo causal al movimiento corporal voluntario pertenecía a la acción; sólo el tipo establecía un límite en la serie indefinida de las causas. En realidad, lo que sucedía es que la doctrina estimaba que el dolo debía concurrir desde el comienzo de la acción; aunque después situara el dolo, inconsecuentemente, en la culpabilidad (véase Mezger, *Tratado de Derecho penal*, traducción de Rodríguez Muñoz, I, 1955, página 296; ...«el Derecho penal vigente exige la coincidencia temporal de causación y culpabilidad»...).

La necesidad de que el dolo concorra desde el momento inicial de la acción, es un postulado esencial de la teoría de la acción finalista. No puede ésta admitir, por tanto, nunca un *dolus subsequens*. El autor se ve por ello forzado a realizar una revisión crítica del concepto de la acción finalista. Para ello, se ocupa del análisis del nexo final de la acción que hizo N. Hartmann, por suponer, erróneamente, que Welzel tomó como punto de partida dicho análisis para formular su doctrina. Welzel no se basó, sin embargo, en el análisis de N. Hartmann, sino en una serie de estudios de psicología del pensamiento, en los cuales se inspiró, a su vez, N. Hartmann (véase el prólogo de Welzel a su cuarta edición del *Das Neue Bild des Strafrechtssystems* 1961, que acaba de aparecer). Las críticas que dirige el autor a la «recepción» de la teoría de N. Hartmann, por Welzel y su trasplante al Derecho penal, carecen por ello, de fundamento.

El intento que hace el autor de distinguir el dolo (representación del fin) de la finalidad (realización del fin) es poco feliz. Escinde el nexo final artificialmente. La referencia a la objetividad del ser, a lo realmente factible, aparece ya en la asignación del fin, en la reflexión, y es artificial su destaque unilateral para caracterizar la segunda fase, supuestamente independiente, de la finalidad (realización del fin). La decisión de realización del fin no es reductible tampoco a esta segunda fase, pues va íntimamente unida a la asignación del fin.

La pregunta con que el autor encabeza el artículo (*interferencia o dolus subsequens*) no puede ser, pues, cortestada, a mi juicio, en sentido favorable al dolo subsiguiente. El concepto de *dolus subsequens* es, en mi opinión, dogmáticamente incorrecto. No puede cumplir, por tanto, la función de incluir dentro del campo de los delitos dolosos de acción, todos aquellos casos de comisión por omisión en que el deber jurídico de actuar se basa en la conducta anterior del sujeto, creadora del peligro del bien jurídico.

**MIDDENDORFF, Wold: «Die Prognose im Strafrecht und in der Kriminologie». (La prognosis en el Derecho Penal y en la criminología).**

El autor hace, en primer lugar, un breve esbozo de la evaluación doctrinal del Derecho penal, que explica la importancia que reviste hoy el problema de la prognosis criminal. Más interesante es aún, sin embargo, la exposición que hace de la historia de la investigación de los métodos estadísticos de la prognosis criminal. Expone con detenimiento las tablas de Burgess y de los Clueck. Con esta última se llegó a resultados satisfactorios en un 90 por 100 de los casos en las diversas comprobaciones que de ella se han hecho en los últimos años. Algunos investigadores americanos combinan las tablas de Burgess-Glueck con el sistema de Monachesi, que tiene en cuenta no sólo los factores estáticos, sino también los dinámicos (conducta actual, ideas del autor) que tienen relevancia para una prognosis criminal. Investigaciones sobre la prognosis criminal se están llevando a cabo actualmente en Inglaterra (donde Mannheim ha llevado a cabo ya algunas muy importantes) y Alemania.

El problema de la prognosis criminal y, concretamente, de los métodos estadísticos es que, aun reconociendo su interés y su relativa perfección, no aseguran un resultado correcto en el 100 por 100 de los casos. En un 10 por 100 de casos el resultado es erróneo. Esta es la razón por la que los penalistas y especialmente los jueces se resisten a recurrir a métodos estadísticos de prognosis criminal. Estos no garantizan todavía la seguridad del acierto en el *caso concreto*, que es aquel que ha de juzgar el juez.

Las dificultades de la prognosis criminal radican en la imposibilidad de objetivar el yo; en la imposibilidad de explicar, desde un punto de vista psicológico-causal, todas las conductas humanas. Queda siempre un margen de error que es incorregible.

Middendorf cree, sin embargo, que aun reconociendo la individualidad de la persona, es posible una prognosis criminal correcta y útil sobre la base de las «dominantes de la estructura de la personalidad», sobre «las cualidades decisivas de la persona». Cree también que el margen de error en relación con determinados grupos de autores (delinquentes profesionales) es muy pequeño.

Middendorff observa también, con razón, que los métodos estadísticos, ofrecen una garantía mucho mayor de acierto que el método puramente intuitivo (basado en el fondo en la mera comparación sobre la base de la

limitada experiencia personal de cada juez) que han venido aplicando hasta ahora los jueces.

El autor subraya, al fin, la importancia cada vez mayor de la prognosis criminal. El éxito de la custodia preventiva, introducida por el Proyecto del Código penal alemán, dependerá, en gran parte de una prognosis correcta. Esta es, a su vez, muy importante para la suspensión de la ejecución de la pena para la prueba, para la medida de seguridad de la privación del carnet de conducir y la ejecución de la pena.

**RUHRMANN: «Die Behandlung innerdeutscher (interlokaler) Kollisionsfälle auf dem Gebiet des Staatsschutz-Strafrechts». (El tratamiento de los casos de colisión interalemanes (interlocales) en el ámbito del Derecho Penal de protección del Estado.)**

El autor examina minuciosamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán (B. G. H.) y de las Audiencias (O. L. G.) sobre los delitos contra la seguridad del Estado en los casos de colisión interlocal. En este examen descubre la existencia de innumerables contradicciones, derivadas principalmente de seguir partiendo la jurisprudencia de la ficción jurídico-política de que la Zona Oriental alemana y la República Federal constituyen *un* Estado. La Zona Oriental no es incluida en el concepto de extranjero. A pesar de ello, los tribunales alemanes no han podido seguir aplicando consecuentemente a los casos de colisión mencionados los principios de Derecho interlocal, el principal de los cuales es el del enjuiciamiento del hecho de acuerdo con el Derecho del lugar de comisión. Los hechos delictivos de los ciudadanos de la Zona Oriental, cometidos fuera del territorio de la República Federal, deberían ser impunes. Los tribunales alemanes se han visto obligados, por ello, a aplicar analógicamente los principios de Derecho internacional privado (principio de la protección real de intereses) a pesar de excluir, en principio, a la Zona Oriental del concepto de extranjero.

El autor subraya acertadamente cómo las reglas no escritas del Derecho interlocal habían sido desarrolladas por la jurisprudencia en función de una realidad política totalmente diversa al actual. Se trataba entonces de territorios unidos bajo un mismo poder estatal y en los cuales había una coincidencia en las concepciones éticas, jurídicas y políticas fundamentales. Los casos de conflicto que surgían, por la existencia de ordenamientos jurídicos distintos, podían resolverse de acuerdo con el principio de la aplicación del Derecho del lugar de comisión del delito. Hoy la situación es totalmente diferente y, por ello, son inaplicables los viejos principios del Derecho interlocal.

Ruhrmann cree que la jurisprudencia está por ello llamada a desenvolver nuevos principios para resolver los casos de conflicto interalemán. Hay que atender, para ello, de un lado, a las necesidades de defensa de la República Federal, pero también, por otra parte, al anhelo de unidad política existente en los alemanes de los territorios separados. La defensa ha de reducirse al límite mínimo necesario para no perjudicar las tendencias unificadoras, es decir, para no ahondar más el abismo

que separa a los alemanes. Las reglas de Derecho internacional privado, no deben ser aplicadas, pues dada la amplitud de los tipos penales respectivos (especialmente parágrafos 100 d y 100 e), ello daría lugar a un exceso defendista censurable ya en sí, y en mucha mayor medida si se refiere a otros alemanes sometidos a la dictadura comunista de la Zona Oriental.

El autor intenta dar un primer paso en la elaboración de estos nuevos principios, de acuerdo con las directrices señaladas. En los delitos de relaciones constitutivas de traición, parágrafo 100 e, postula la exclusión del tipo de los servicios de información extranjeros como tales, es decir, mientras sus miembros o instrumentos no actúen en el ámbito territorial o personal de la República Federal.

En relación con el parágrafo d), el autor cree que la distinción entre gente interior y exterior debe servir para delimitar el ámbito del tipo. La conducta del agente exterior, que actúa fuera del territorio de la República Federal, no sería típica. Esta distinción sería también aplicable al parágrafo 100 e). El párrafo 2.º de este artículo sería aplicable a los agentes exteriores cuando entablen la relación descrita en el tipo con un ciudadano de la República Federal. El autor cree, con razón, que la interpretación restrictiva que postula en el artículo 100 d) es más correcta, teórica y prácticamente, que la realizada en algunas sentencias mediante el criterio del deber de fidelidad (restricción negada, en cambio, en el parágrafo 100 e).

En los delitos de organización (par. 90 c), 128 y 129) cree el autor que la restricción del tipo que hace la jurisprudencia a los casos en que la actividad repercute en el ámbito de poder de la República Federal, debe ser aún precisada. No debe bastar la mera pertenencia a las «secciones occidentales» de las organizaciones pangermanas. Sólo en casos extremos debe rebasarse este límite.

La aplicación del privilegio de los periodistas, establecido en el parágrafo 109 y siguientes de la 4.ª Strafrechtsänderungsgesetz de 11-6-1957, al delito del parágrafo 92 de información política, es, según el autor, posible y conduciría a resultados satisfactorios. Quedaría excluida del tipo la actividad informativa usual de Prensa y Radio.

La propaganda de la zona soviética (artículo 91, 93, 95 y 97) debe ser impune, según el autor, mientras vaya dirigida a los ciudadanos de dicha Zona. Sólo cuando se dirija a los ciudadanos de la República Federal será típica. Aun en este caso, el autor es partidario de una jurisprudencia generosa dada la ineficacia de dicha propaganda, que, en la mayor parte de los casos, produce precisamente un efecto contraproducente.

La sección bibliográfica está dedicada a Historia del Derecho y a la Parte Especial de Derecho penal. La recensión de los trabajos de Historia del Derecho es realizada por el profesor Württemberg y la de la Parte Especial por el profesor Bockelmann.

La sección de Derecho comparado está encabezada esta vez por una nota necrológica escrita por Gerhard Simson con motivo del fallecimiento

del gran jurista sueco Kearsi Schlyter. Este gran reformador del Derecho sueco es especialmente conocido en el extranjero como el alma del «Proyecto de Ley sueca de protección». Su actividad reformadora en el Derecho penal y especialmente en relación con las formas de reacción jurídica al delito y la ejecución de la pena, no pueden ser hoy desconocidas por ningún penalista moderno. Las experiencias suecas, animadas por Schlyter, aún discutibles, no pueden ser ignoradas en ninguna reforma de las leyes penales.

**GRUNHUT, Max:** «*Moderne Arbeitsmethoden in der Kriminologie*». (*Moder- nos métodos de trabajo en la Criminología*).

El autor señala al comienzo de su importante conferencia cómo la antigua disputa de escuelas entre la antropología y la sociología criminales ha cesado. La actual generación de criminólogos es más modesta y su actividad se reduce a la búsqueda y constatación de hechos. Se considera que sólo sobre una rigurosa base empírica es posible obtener conocimientos criminológicos.

El objeto originario y primero de la Criminología es el estudio de la importancia, las reformas de aparición y las causas de la criminalidad. En este punto la investigación etiológica, dice el autor, parte hoy del principio (comprobado por Burt) de que el delito obedece a una multitud de causas. La criminalidad, como fenómeno social masivo o como acontecimiento en la vida del individuo, no obedece nunca a una única causa y ni siquiera a una causa principal. El delito obedece a una serie de factores personales y sociales, ninguno de los cuales deja de concurrir en los individuos que no delinquen. La mayor parte de los hombres que presentan factores criminógenos (aunque quizá no en gran número) no llegan a delinquir.

De este principio, dice el autor, se han deducido dos consecuencias principales. Se intenta, en primer lugar, mediante la exclusión o neutralización intencionada de ciertos factores, reducir la investigación a la averiguación de la importancia causal de otros factores determinados. En todos estos trabajos se utiliza el método de los grupos de control, aplicado ya por Burt. La segunda consecuencia del principio del pluralismo causal es el reconocimiento de que los resultados obtenidos en la constatación de rasgos característicos y circunstancias vitales del delincuente no nos proporcionan una imagen general del «delincuente», sino que se refieren exclusivamente al grupo que fué objeto de la investigación.

La moderna criminología es, pues, muy modesta en su actitud frente al problema de la etiología del delito. El término factor es preferido al de causa. Con la constatación de un facto no se considera aún resuelto el problema de su significación causal.

El problema causal no ocupa ya, sin embargo, en la Criminología el puesto central y aislado que ocupó en otro tiempo. En Inglaterra, señala Grünhut, el centro de atención se ha desplazado del estudio de las causas de la criminalidad al de la repercusión del tratamiento. El fin de estos trabajos es averiguar algo acerca de la respuesta individual (*differential*

response), es decir, de cómo reaccionan ciertos tipos de personalidad a las diversas formas de tratamiento. No existe a este respecto conexión entre etiología y forma de tratamiento. La investigación en este campo sigue tres direcciones. En primer lugar, se trata de obtener un cuadro de la práctica de los tribunales en la medición de la pena, con el fin de constatar las líneas generales, pero también diferencias regionales y locales. Se trata de reducir, mediante la investigación, el tratamiento diverso de los casos semejantes. La segunda tarea es el análisis del contenido correcto de las diversas formas de tratamiento (esencialmente dos, el tratamiento ambulatorio y el tratamiento en un establecimiento). El tercer objeto, y el más importante de la investigación del tratamiento, es el estudio de los efectos de las diversas formas de tratamiento, es decir, de los destinos ulteriores de los delincuentes. El problema más importante a este respecto es el de la posibilidad de la prognosis criminal. Expone Grünhut brevemente los trabajos realizados y los resultados obtenidos en este sentido. Señala, sin embargo, las limitaciones del método estadístico-matemático. La decisión matemática con que se expresan los resultados de la prognosis da una impresión demasiado optimista sobre la exactitud de sus aseveraciones. La limitación rigurosa a los datos objetivos excluye todos los factores que se refieren a las relaciones humanas y a las reacciones personales, que han ganado cada vez más importancia en el moderno trabajo social y en el tratamiento científico de problemas sociales y psicológicos. Los datos estadísticos no suministran tampoco información acerca de qué tratamiento debe ser aplicado en el caso concreto a un delincuente, siendo los riesgos constantes. Quizá pueda hacer algo la Criminología, sin embargo, dice Grünhut, actualizando y haciendo consciente la experiencia judicial.

Grünhut expone los trabajos más importantes realizados o en vías de realizar, al tratar de las tres direcciones en que se desarrolla la investigación de los efectos del tratamiento.

Señala el autor cómo se está aún lejos de una determinación precisa de la *differential response*. Grünhut cree que es preciso introducir un cambio en la dirección de trabajo. En lugar de examinar la reacción de diversos tipos de autores ante una forma determinada de tratamiento, habría que partir de autores similares e investigar cómo reaccionan a las diversas formas de tratamiento.

El autor cree que la Criminología no puede quedar reducida a una colección de hechos y que tendrá que volver a la teoría. Una teoría en un nuevo plano que permita insertar a la Criminología en una doctrina de conducta humana. Como ciencia de la conducta humana, la Criminología aspirará a la objetividad, pero no una objetividad semejante a la de la Física y Química. Su objetividad no se basa en la exclusión del juicio subjetivo, sino en el descubrimiento franco del elemento subjetivo insoslayable. Sus juicios no se refieren a necesidades causales, sino a posibilidades de conducta y reacciones humanas. El conocimiento de los factores que favorecen o se oponen a dichas posibilidades nos remite, dice Grünhut, a los límites de la autodeterminación del hombre. Dentro de este ámbito hay lugar, sin embargo para la decisión personal, aunque

este lugar sea más reducido de lo que suponen las opiniones acriticas. La responsabilidad personal ha de ser precisamente el fin del tratamiento. Las modernas formas de tratamiento (*probation*, establecimientos abiertos y terapia de grupos) tienden precisamente a despertar y robustecer la responsabilidad personal de los delincuentes objeto del tratamiento.

**BETTIOL, «Das Problem des Rechtsgutes in de Gegenwart». (El problema del bien jurídico en el presente).**

El autor examina y realiza la significación del concepto del bien jurídico en la dogmática moderna. Rechaza la tesis de los penalistas marxistas de que la dogmática «burguesa», con la difusión y amplia aceptación de la teoría de la acción finalista de Welzel, relegue a un segundo término el concepto de bien jurídico. El autor señala, con razón, cómo el concepto del bien jurídico sigue ocupando un puesto central en la doctrina de Welzel. A las razones alegadas por el autor, cabría añadir que la misma función ético-social, atribuida por Welzel al Derecho penal, no tiene, en el fondo, otro sentido que la consecución de una protección más eficaz de los bienes jurídicos. El mismo disvalor de la acción se constituye en relación con los bienes jurídicos que quiere lesionar o poner en peligro el autor. Las objeciones marxistas van aún más desencaminadas, como subraya el autor, en relación con los penalistas, que consideran que el juicio disvalorativo de la antijuricidad debe referirse en los menos casos posibles a los elementos subjetivos de la acción.

El autor cree que son los penalistas marxistas los que disuelven el concepto del bien jurídico (interés político-económico de la clase proletaria tutelada por el Derecho) al acentuar el utilitarismo del Derecho penal. De lo que no cabe duda, es que el bien jurídico no puede cumplir una función de garantía en un Derecho penal que ignore el principio de legalidad (o que admita, al menos, la analogía), como subraya el autor. También pierde su importancia el concepto del bien jurídico, si se acoge a continuación una concepción sintomática del delito (como síntoma de la peligrosidad político-social del autor para los intereses de la clase proletaria).

El autor señala, con razón, cómo la moderna etización del Derecho penal no ha supuesto un abandono del concepto del bien jurídico, ni una merma del carácter objetivo del juicio disvalorativo de la antijuricidad. No atiende debidamente, sin embargo, a las consecuencias que esta etización del Derecho penal ha tenido en la concepción de lo injusto y de la culpabilidad. El enfoque exclusivo de esta problemática, desde el punto de vista del Derecho penal de autor y en el plano de la culpabilidad, es a mi juicio, defectuoso. Hoy ya no es posible concebir la antijuricidad penal exclusivamente como lesión o peligro de un bien jurídico.

Bettioli termina su trabajo señalando cómo también en el Derecho penal militar el concepto del bien jurídico ocupa una posición central, puesto que los conceptos de deber y de fidelidad guardan una conexión necesaria con el de bien jurídico.

Completan la sección un artículo de Marc Ancel, «Der Einfluss der Rechtsprechung auf die Entwicklung des französischen Strafrechts» (La influencia de la jurisprudencia en la evolución del Derecho penal francés); un artículo de R. Legros, «Für eine erweiterte Soziale Verteidigung» (En pro de una defensa social ampliada), y otro de Alexander Katsantonis, «Der Handlungsbegriff in existential-ontologischer Sicht. Ein Versuch» (El concepto de la acción desde un punto de vista ontológico existencial. Un intento) y una nota de August Munda sobre la Ley procesal penal de 28 de diciembre de 1959.

JOSÉ CEREZO MIR

## ARGENTINA

### Revista del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas

La Plata, 1959.—Número 3.

LUDER, Italo A.: «La relación ejecutivo-penal»; pág. 11.

Se trata del discurso pronunciado por el Director del Instituto, en la inauguración del Curso de Auxiliares en Criminología, que nos enseña que el procesado penal de declaración termina con la creación del título ejecutivo que constituye el presupuesto de procedibilidad para el funcionamiento de las medidas de ejecución penal. El título ejecutivo declara y determina la obligación penal impuesta al condenado, esto es, el deber jurídico de cumplir la pena principal y de someterse a las penas accesorias y a los otros efectos penales de la condena.

La relación ejecutivo-penal es la relación jurídica que se establece entre el Estado y el penalmente sancionado por efecto del cumplimiento de la pena. El sujeto activo de la relación es el Estado, y el sujeto pasivo el condenado. Estos sujetos de la relación jurídica de ejecución penal no pueden modificarse ni sustituirse, puesto que la obligación penal es personalísima. De tal manera que la relación punitiva no se extingue por la ejecución de la pena por una persona distinta de la indicada en la sentencia, ya sea por error o aunque se ofreciera espontáneamente para ello. Esta relación subsiste hasta la consumación de la pena por la ejecución, que debe cumplirse de acuerdo con lo determinado por las Leyes y Reglamentos. El autor examina a continuación las modificaciones que pueden producirse en la relación ejecutivo-penal, que pueden consistir en la reducción del tiempo de duración de la condena, por conmutación, libertad condicional, enfermedad mental del penado, revisión del proceso y conversión de la multa en prisión por insolvencia del condenado a pena pecuniaria.

**BLARDUNI, Oscar C.:** «Bases gnoseológicas y metodológicas para el estudio de la personalidad de los asociados»; pág. 19.

El presente trabajo constituye un extracto de las clases que se editaron sobre este tema, en el Curso de perfeccionamiento para Auxiliares de Criminología. El autor concretó su programa en dos preguntas:

¿Es posible conocer la personalidad? Caso afirmativo, ¿de qué manera, por qué métodos? La contestación a estas dos interrogantes supone hondos problemas, que, en el presente artículo se extractan, y seguramente fueron desarrollados en el Curso en cuestión, con singular competencia.

**DAVID, Pedro R.:** «La delincuencia juvenil en Chicago». «El Chicago area project»; pág. 35.

El Instituto de Criminología de Illinois realiza sus sesiones anuales en Illinois State University. En el Curso de 1959 intervinieron las más destacadas figuras de la criminología americana, entre las que destacaba el ilustre profesor Thorsten Sellin.

Se trataron diversos temas, aunque muy especialmente el problema que constituye uno de los rasgos más cruciales de la hora americana actual: la delincuencia infantil.

**ELIA, Carlos M. A. de:** «La crisis del Derecho penal y la individualización de la pena»; pág. 41.

El autor, Fiscal de la Justicia del Crimen, desarrolla el presente trabajo con el siguiente Sumario: I. La crisis del Derecho penal y su término dogmático-retributivo. La comprensión del caso como individualidad, primer camino hacia la personalización de la pena. El concepto de pena-castigo y la retribución.—II. Algunas sugerencias extranjeras: ejemplo de la fórmula inglesa clásica, la impugnación de la doble instancia penal; la arbitraria separación de la fase judicial y carcelaria de la ejecución de la sentencia. Proyecto francés 1934; Ley cubana de Defensa social, referencia a su exposición de motivos; otras leyes defensistas.—III. Posibilidades prácticas. En qué términos se puede plantear la individualización de la pena. Examen pluridimensional. Diagnóstico criminal. Diagrama; ejemplos.

1960.—Núm. 4.

**LUDER, Italo A.:** «Una nueva experiencia penológica»; pág. 11.

El presente artículo constituye la primera parte de la exposición del doctor Luder, en su condición de relator en el tema *Establecimientos penales abiertos*, desarrollado en las Segundas Jornadas Criminológicas y de Medicina legal, que tuvo lugar en Tucumán en los días 5 al 8 de julio de 1960, con el denso sumario siguiente: I. El establecimiento abierto como medio sancionatorio. Concepto y denominación. Ventajas e inconvenientes.

Consideración metódica.—II. Importancia de su estudio en relación con el fin de la pena. Supuestos teórico-penales.—III. Su ubicación dentro del sistema ejecutivo penal. Principios básicos. La legislación argentina.

Se ha llegado a sostener que el «establecimiento abierto» es la solución a la llamada crisis de la prisión tradicional, y que estamos en presencia de un sistema que podría suplir a los demás medios o formas de ejecución de la pena privativa de libertad. Mas modestamente, también se lo ha presentado, como la coronación de un largo proceso de humanización de la pena o como la estructura penitenciaria más compatible con nuevas orientaciones de política criminal.

Es necesario ubicar el establecimiento penal abierto dentro de la Penología, puesto que decidir sobre su eficacia o inconveniencia significa pronunciarse sobre su aptitud para la realización del fin asignado a la pena. Ahora bien, el establecimiento penal abierto no puede reemplazar, por completo, al establecimiento cerrado en la ejecución de las penas privativas de libertad, sin que esto signifique que haya que rechazar su incorporación al régimen penitenciario, ya que constituye un valioso aporte a la moderna Penología, aunque haya de ser apreciado en relación con la estructura institucional del sistema punitivo.

El autor del trabajo que anotamos estudia el problema dentro del sistema penitenciario argentino, con referencia concreta a las disposiciones positivas de la legislación de su país.

**CABRERA, Angel:** «Constancio Bernaldo de Quirós. Un criminólogo afri-canista y montañero»; pág. 19.

Artículo necrológico dedicado a la muerte del eminente criminalista español Bernaldo de Quirós, en el que refleja especialmente su pasión por el montañismo.

En el fascículo anterior de este ANUARIO, el profesor Cuello Calón, después de examinar la obra científica del gran criminólogo fallecido, Constantino Bernaldo de Quirós, también resaltaba sus «importantes estudios de política social agraria y bellas páginas sobre las montañas españolas, que fueron uno de los grandes amores de su vida».

El autor del presente trabajo, lo termina con una frase emotiva diciendo: «Y, después de todo, ¿qué vale la fama, comparada con la belleza de un bosque de pinos bajo la luz de la luna, ni qué importancia tienen junto a la maravilla de un crepúsculo en las altas cumbres, vestidas de nieves perpetuas que se reflejan en la laguna, al pie del glaciar?»

DIEGO MOSQUETE

## BELGICA

## Revue de Droit Pénal et de Criminologie

Febrero 1960, número 5.

Tras la Memoria de Jacques Verhaegen sobre *Le délit d'Imprudence et la Guerre* (págs. 419 a 488) que trata de estudiar el problema de la guerra desde una perspectiva de Derecho penal interno, aparece publicada en la sección *Etudes et Documents*, un informe sintético de los trabajos preparatorios que la Unión Belga y Luxemburguesa de Derecho penal ha confiado a su Seminario de Defensa Social acerca del tema *Problemas planteados por la publicidad dada a los actos criminales y a los procedimientos penales*. Con vistas al próximo congreso de la Association Internationale de Droit Pénal, que tendrá lugar en Lisboa este año, se ha desarrollado el plan propuesto por Versche, que comprende las siguientes cuestiones:

1.º Una exposición de los diversos aspectos y puntos de vista que implica el acercamiento doctrinal del problema de la publicidad dada a los hechos y procesos criminales:

«Aspectos sociales y culturales», por Paül Tapie, Abogado.

«Aspectos médico-psicológicos», por el doctor Robert Volcher.

«El punto de vista de la acusación», por Raymond Screvens.

«El punto de vista de la defensa», por Christian Vandervecren.

«El punto de vista de los magistrados», por J. Y. Dautricourt.

«El punto de vista penitenciario», por el Director General J. Dupreel.

«El punto de vista del informador», por el periodista G. Fischer.

2.º Un sondeo de opinión apuntando el acercamiento sociológico del problema y las reacciones de la conciencia social a las informaciones judiciales, sondeo que ha sido realizado bajo la dirección de la Inspectora principal, señorita Leo de Bray, a la que asistieron la señorita Legros y los señores Jonás y Schiffler.

Las conclusiones a las que se ha llegado son las siguientes:

1.º Los múltiples problemas que plantea la publicidad dada a los actos criminales y procedimientos criminales no pueden justificar ninguna forma de censura, aunque fuerã indirecta.

2.º Los peligros de esta publicación parecen residir menos en la revelación de los hechos que en la manera de presentarlos. Es deplorable que la actual información de la opinión ceda al gusto de la masa en aquellos hechos y situaciones que no responden a tendencias humanamente constructivas.

3.º Una conciliación entre la libertad de información y la abstención de ciertas formas nocivas de información en materia criminal parece debe ser facilitada por una preparación criminológica de los periodistas, por una deontología y una disciplina profesionales más precisas.

4.º El establecimiento de un contacto permanente entre los agentes de información y las autoridades encargadas de la administración de la justicia penal es deseable. Este contacto debería colocarse bajo el signo de una estima y una confianza recíproca. Estaría inspirado por el reco-

nocimiento del papel social que la justicia y la información están llamadas a llenar en una sociedad democrática.

5.º Las informaciones relativas a los hechos criminales deben ser sobrias, no estar acompañadas de fotos o de títulos sugestivos, no complacerse en el detalle cruel o perverso, no idealizar el crimen o el criminal.

6.º Las noticias concernientes a los actos de información o a los de instrucción preparatoria pueden ser comunicados por el Ministerio Público a los agentes de información únicamente por motivos de interés social y respetando la presunción de inocencia, los derechos de la defensa y la dignidad humana del inculcado.

7.º El control democrático de los debates y juicios, por la intervención de los agentes de información, representantes calificados de la opinión pública, no puede justificar la utilización de medios técnicos cuya naturaleza perturbe la dignidad y la seriedad de las sesiones.

8.º La publicidad de las sesiones puede ser suspendida o restringida en interés del procesado—y éste puede ser alejado temporalmente de los debates relativos a sus problemas de personalidad—, si estas excepciones se justifican por el cuidado de la salud psíquica del procesado y por el de realizar los fines curativos que el tribunal asigne a sus sanciones. Y esto a condición de que el abogado del procesado asista a todo el procedimiento.

9.º Es deseable que la identidad de los condenados no sea revelada fuera del tribunal, si esta publicidad puede comprometer su reintegración social o si ella no es legítimamente exigida por la conciencia social.

10. Es deseable una mejor organización de los contactos entre las autoridades encargadas de la ejecución de las sanciones y los agentes de información para iniciar al público, tanto en los métodos como en los fines de la acción penitenciaria y para facilitar la reintegración social de los delincuentes.

Marzo 1960, número 6.

**DUMONT, E.:** «La Répression du Suicide»; págs. 547-570.

Un análisis estadístico del suicidio, según el *Anuario Demográfico de las Naciones Unidas*, para 1957, refleja el considerable alcance del problema. De cada 100.000 habitantes se suicidaron el año 1953, 24,1 en Dinamarca, 23,4 en Austria, 21,8 en Suiza, 20,5 en el Japón, 18,6 en Suecia, 15,4 en Francia, 13,5 en Bélgica, 10,8 en el Reino Unido, 10,1 en los Estados Unidos, 5,9 en España, 0,6 en Perú, etc.

De la comparación de las estadísticas de varios años, hay autores que afirman es constante el número de suicidios; otros, por el contrario, admiten una sensible progresión.

En lo tocante a Bélgica, el número total de suicidios ha pasado de 1.019 en 1944, a 1.307 en 1956, siendo de advertir que en estas cifras no figuran ni los suicidios simulados—cuyo número es difícil de precisar—, ni las tentativas, que se ha calculado suponen cuatro veces el número de

suicidios consumados. Según E. DUMONT, en Bélgica, se suicidaron una media de cuatro personas diarias y lo intentaron, en el mismo tiempo, unas 20.

Una vez expuestos los aspectos sociológicos del suicidio pasa el autor a estudiar la vertiente jurídica del tema.

Comienza, para ello, con un desarrollo histórico-legislativo de las medidas adoptadas por los distintos pueblos históricos, así como de las influencias que han ejercido las corrientes filosóficas y religiosas en los diversos ordenamientos jurídicos. Pasa revista a las leyes y costumbres de la China, India, Japón, Grecia y Roma, así como a la influencia del pueblo judío y del Cristianismo—doctrina de los Padres de la Iglesia, de San Agustín, Santo Tomás y los Concilios—. Cita, igualmente, las *Capitulares de Carlomagno*, los *Establecimientos de San Luis*, la *Constitutio Criminalis Carolina*, Ordenanza francesa de 1670 y penas del *Common Law*.

Las leyes posteriores a la Revolución francesa dejaron impune en Francia el suicidio—Códigos de 1791 y 1810—, aunque Napoleón, ante el aumento de los suicidios en su ejército, tomó ciertas medidas amenazando a sus soldados de infamia con las siguientes palabras. «El nombre de cada soldado que dé en lo sucesivo esta prueba de vergonzosa debilidad, será citado en la orden del día del ejército e infamado como cobarde y desertor». Sin embargo, Napoleón intentó suicidarse, en la noche del 12 al 13 de abril de 1814, ingiriendo una mezcla de opio, belladona y eleborado blanco que siempre llevaba consigo desde la jornada de Malajaraslawetz, en la que le faltó poco para ser capturado por los cosacos.

Después de esta investigación histórica, E. Dumont ha realizado un estudio del Derecho comparado vigente de Francia, Bélgica, Inglaterra, Escocia, Estado de Nueva York—que castiga la tentativa de suicidio y el auxilio y consejo—, Holanda, Dinamarca, Polonia, España, Rusia (Código de 1926), Suiza, Italia, así como la cita de otros Códigos, como el de Brasil de 1940, checoslovaco de 1950, etc.

Plantea, además, el autor el problema de la justificación de la represión del suicidio, exponiendo las posiciones de diversos autores, en especial las de Esquirol, que elimina al suicidio del plano moral para situarlo en el de la patología—como hace también Gabriel Deshaies—, la de moralistas como P. Philippe de la Trinite, O. C. D., la de L. Jiménez de Asúa—el hombre tiene derecho a la vida, pero no sobre la vida—, la de T. Givanovitch, miembro de la Comisión de los Derechos del Hombre, y la de Theo Collignon, que ha escrito: «El Derecho natural, el Derecho escrito, las tradiciones y la Moral, no han encontrado otro fin mas eminente, en el ejercicio del derecho del hombre, como la defensa integral del deber y del derecho de vivir».

Termina E. Dumont su artículo afirmándose partidario de la impunidad del suicidio y de la tentativa, aunque le parece deseable que inducción y auxilio al mismo sean erigidos en delitos agravados si la víctima padece enajenación mental o es menor; en todo caso, la induc-

ción deberá ser castigada con mayor rigor que el auxilio, y, además, no debieran excluirse ciertas formas de instigación como las consistentes en un culpable desconocimiento de las obligaciones de guarda y asistencia, ya estén impuestas por la ley, ya provengan de las relaciones con la víctima.

**CAPPUYNS, Léon L.:** «Les Infractions Economiques»; págs. 571-586.

La evolución operada en la sociedad europea del siglo XIX, que hace vaya dejándose arrumbado el liberalismo económico para entrar cada vez más en una economía dirigida, ha motivado el nacimiento de nuevas sanciones penales por las que el legislador pretende asegurar el respeto a las leyes económicas por él promulgadas.

El autor estima insatisfactorias las definiciones del delito económico propuestas en el Congreso Internacional de Derecho penal, de Roma, en 1953, por abordar el tema desde fuera, sin penetrar en el sentido profundo del mismo. La solución cree hallarla en la posición de A. Mulder, al que concede el mérito de haber puesto en evidencia que todo delito económico ha de encontrarse en relación con la Economía política y, particularmente, con el mercado. Bajo esta perspectiva, L. Cappuyns considera como delito económico «las infracciones, sancionadas penalmente, a las disposiciones legales que tienen por fin o como consecuencia principal influir en la posición de los sujetos económicos sobre el mercado».

Desde esta base estudia el autor los problemas planteados al delito económico, llegando a las siguientes conclusiones:

— La legislación económica es, en el estado actual de nuestras costumbres, una legislación de estructura convencional que toma del objeto principal—en el mercado económico—su carácter de movilidad.

— Las infracciones económicas son, en general, delitos no intencionales que están precedidos de un cálculo previo de los beneficios previstos y que tienen una importante repercusión sobre el comportamiento de los demás individuos.

— Las sanciones en materia de infracciones económicas dejan poco lugar a la individualización de la pena y deben, ante todo, ser ejemplares y suprimir, por lo menos, el beneficio que pudiera haber producido la infracción.

— La represión de estos delitos debe, ante todo, ser rápida.

— Su persecución debe estar confiada al Ministerio Público documentado por un contacto permanente con la Administración.

— Estos delitos deben ser juzgados por la jurisdicción ordinaria.

En razón a su concepto del delito económico, termina estimando el autor lo difícil que es para el legislador designar explícitamente las infracciones que deben ser consideradas como delito económico, así como codificar los principios que han de presidir su represión.

**ESTADOS UNIDOS****"The Journal of Criminal Law, Criminologie and Police Science"**

Editado por la «Northwestern University School of Law», Chicago, Illinois.

Vol. 49, número 5. Enero-febrero 1959.

**MORRIS G., Caldwell:** «Personality trends in the youthful male offender». (Rasgos personales de la delincuencia juvenil masculina); págs 405 a 416.

El autor de este artículo, Catedrático de Sociología en la Universidad de Alabama y Director del *Alabama Correctional Journal*, en este trabajo que ahora reseñamos, conferencia que pronunció en la sesión celebrada el 27 de agosto de 1957, conjuntamente por American Sociological Society y la Society for the Study of Social Problems, nos ofrece el resultado de una investigación realizada, con criterio comparativo, entre dos grupos, análogos en número, de delincuentes jóvenes blancos y negros, de edades comprendidas entre los dieciséis y los veintitrés años.

Como resultado de la investigación aludida, el autor sustenta el parecer de que el «Minnesota Multiphasic Personality Inventory» puede llegar a ser un instrumento de utilidad en el ámbito correccional, tanto desde el punto de vista administrativo, como método de tratamiento reformador; que puede ser empleado por el personal de prisiones a fin de perfeccionar los tipos delincuentes de cada grupo étnico para el descubrimiento de rasgos anómalos en los casos difíciles y disciplinarios. También lo considera de interés práctico para la clasificación de nuevos reclusos en los establecimientos penales, para determinar la índole de tratamiento psicoterápico o estrictamente correccional; por los *parole boards* cual instrumento de predicción o pronóstico y, finalmente, sobre todo, interesantísimo para la investigación criminológica individualizada.

El referido «Minnesota Multiphasic Personality» (Catálogo de Personalidad Polifásica de Minnesota) estriba en una serie de 550 cuestionarios, test o pruebas relativos a factores tales como salud, adaptación personal y actitud moral y social de los sujetos examinados. El objetivo de esos criterios es establecer la comparación entre las contestaciones dadas por los examinados con las respuestas y nivel mental característicos del nivel medio de un grupo de personas diagnosticadas de mentalmente enfermas en una institución psiquiátrica. Así los rasgos personales de cada sujeto o grupo de individuos pueden ser medidos a tenor de los niveles de conducta establecidos por los enfermos mentales.

Reputase por el articulista que el MMPI es a modo de instrumento psicométrico que proporciona cuatro escalas de validez y diez escalas para la medición de los rasgos personales (Consúltase a este respecto el trabajo de Sarke R. Hathaway y de J. C. McKinley: «Manual for Minnesota Multiphasic Personality Inventory»: New York, The Psychological Corporation, revisado en 1951, páginas 18 a 22, y «Analyzing and Predicting Juvenile Delinquency with the MMPI»: Minneapolis, University of Minne-

sota Press, 1953, páginas 15 a 19). Las escalas de validez comprenden los niveles o marcas alcanzados en la «pregunta», a propósito de «mendacidad», de la «validez» y en el criterio «K», utilizado como un elemento de corrección para afinar la aptitud discriminatoria de cinco de las escalas clínicas. El nivel normal para las marcas en todas las escalas clínicas oscila entre 30 y 70, reputándose altas las comprendidas entre 60 y 70 y, como anormales, las que rebasan esta última cifra. Una marca superior a 70 en una o más de las escalas de validez, especialmente la «F», o escala de validez, invalida las marcas de las diez escalas clínicas y, en consecuencia, ha de descartarse tal test. A título enunciativo de las escalas clínicas utilizadas en el estudio, hemos de consignar las relativas al estado de depresión, de hipocondría, de histeria, de desviación psicopática, de interés sexual, de paranoia, de psicastenia, de esquizofrenia, de hipomanía, de estado de introversión o extroversión social.

José SÁNCHEZ OSÉS

**GORDON H. BARKER y W. THOMAS ADAMS:** «The social structure of a correctional institution». (Estructura social de una institución correccional); págs. 417 a 422.

El señor Barker es Profesor de Sociología en la Universidad de Boulder (Colorado), y el señor Adams viene adscrito a la State Industrial School for Boys de Golden (Colorado), habiéndose dedicado el último en el reciente trienio a la corrección y reeducación juveniles.

A entender de ambos articulistas, cada grupo social promueve normas de relación recíproca entre sus miembros las cuales tienen o revisten gran significación para los mismos. A esas normas se las denomina unas veces estructura social, que se da en toda reunión de personas de carácter o índole algo permanente.

La estructura social de una institución a la que se hallan encomendados más de cien muchachos tiene un efecto definitivo en dicha población institucional, que a veces puede ser negativo. Hay muchos caminos importantes por los cuales la estructura referida puede causar claramente problemas o cuestiones que es fácil determinar mediante un análisis de las normas de cultura que se forman entre los muchachos residentes en instituciones tales como reformatorios, escuelas laborales, etc.

El objeto que pretende el artículo en reseña es analizar el efecto de la estructuración social intentada en una Industrial School que alberga a más de doscientos muchachos y, como resultado de tal intento son las observaciones que destacan la circunstancia de que la mayoría de tales muchachos no son aptos a la persuasión de la responsabilidad por la conducta que cada uno observa; que tampoco se hallan compenetrados de que les es preciso percatarse y aceptar la consecuencia de sus actos, siendo frecuente aparezcan poniendo toda clase de excusas o evasivas para eludir dicha responsabilidad.

Por ello estiman los articulistas que ha de procurarse comprender a fondo la índole de los problemas de relación social que se ponen en eviden-

cia entre los internados en dichas instituciones para, así, poder afrontar su posible reeducación o adaptación al ambiente social medio.

J. S. O.

**ILLING, Hans A.: Some aspects of the California youth authority special treatment program.** (Algunos aspectos del Programa de Tratamiento Especial de la Jurisdicción Juvenil de California); págs. 423 y ss.

Los aspectos aludidos del Programa objeto de este artículo son principalmente, los relativos al estudio del diagnóstico, selección para tratamiento breve y programa de liberación en régimen de bajo palabra.

En cuanto al estudio del diagnóstico (más bien para establecer el diagnóstico), se considera por el articulista debe ser, naturalmente, la primera fase de todo programa de recuperación social del menor y ayuda al mismo. Casi todos los miembros de cualquiera de las plantillas de estudio-diagnóstico de los centros de recepción existentes en el Estado de California parece ser coinciden en lamentarse del excesivo trabajo que pesa sobre cada uno, cuando precisamente ello es desalentador para la delicadeza de su tarea específica y la inherente responsabilidad; igualmente se recogen en este artículo críticas atribuidas a las dificultades materiales para realización del programa y atinentes a la brevedad de cada una de las fases de tratamiento aconsejables, debido a la afluencia de «pacientes» por un lado y a la escasez o falta de amplitud de los locales donde han de albergarse los mismos mientras tanto. En igual sentido se afirma que, si bien es cierto que el oficial del régimen de prueba encargado de la investigación particular previa lleva ésta a cabo, antes del sometimiento de un menor a cualquier otra clase de vigilancia, aquel oficial empero no suele hallarse suficientemente dotado para hacer unos informes completos y adecuados respecto a la personalidad del menor, de sus padres o familiares y del ambiente del respectivo hogar y, ello, se añade, es atribuible a la falta del preciso entrenamiento o instrucción previos. Aunque el miembro de la plantilla «clínica» tiene ocasión de ver al menor (acaso una sola vez), sin embargo, es rarísimo pueda estudiar directamente el ambiente del que el menor procede. Finalmente, en lo que concierne a la decisión de la Oficina correspondiente de la Jurisdicción Juvenil encargada de prescribir el tratamiento, lamentase igualmente el autor del artículo de que muchos de los componentes de aquélla se adhirieran, algo rutinariamente, a un criterio con caracteres de genérico, desentendiéndose, por lo tanto, de la peculiar «individualización» que debe presidir tales decisiones.

En cuanto a la selección del tratamiento a dispensar, el más frecuente, denominado *short-term*, suele abarcar los períodos o fases: uno bajo la sumisión directa a la Oficina antes citada, que puede durar hasta cinco meses, tras cuyo período, suele remitirse al menor a una Institución de internamiento, o acordarse su retorno a la vida en común con la vigilancia aconsejable. Considera Mr. Illing que en estos métodos, siempre que su

prescripción hubiese sido fundadamente adoptada, está el mayor acierto del programa de rehabilitación.

Aún más aventajado sería el período de tratamiento subsiguiente, el de liberación en régimen de bajo palabra, siempre que no se tropezase en esta final con el inconveniente ya apuntado a propósito de la inicial, la incompleta preparación de los agentes encargados de la vigilancia de cada uno de los menores.

Se concluye aconsejando el empleo simultáneo de las técnicas propias de la Psicología clínica y del trabajo social.

J. S. O.

**REDMOUNT, Robert S.:** «Some basic considerations regarding penal policy». (Algunas observaciones fundamentales a propósito de la Política penal); págs. 426 y ss.

Comprende el artículo presente una reseña de las características fundamentales de cada una de las tendencias penales; el examen crítico del concepto prevalente de la intimidación, sobre todo, contrastando las realidades de la conducta o inclinación en sus aspectos personal y social; y el análisis de las dificultades que se le suscitan a todo juzgador que se proponga aplicar una política penal determinada en un caso concreto disponiendo de un ámbito limitado en lo que a la selección de sanciones atañe.

J. S. O.

**HOLLAND, Jeremiah P., and LUSZKI, Walter A.:** «Special supervision for military offenders». (Vigilancia especial para los delincuentes castrenses; págs. 444 y ss.

Este estudio es debido al examen de los resultados obtenidos por sus autores, General y Teniente Coronel respectivamente, en sus respectivas misiones de Policía militar durante la segunda guerra mundial, el primero durante la campaña del Pacífico.

Abordando la cuestión relativa a qué debe hacerse con los condenados por la Jurisdicción militar que obtuvieron la suspensión condicional de sus respectivas sanciones, así como la relativa a cómo ha de ayudarse a los mismos para ponerlos en condiciones de retornar como miembros útiles de un unidad militar, indican que un 20 por 100 de los reclusos penados por dicha Jurisdicción han tenido que ser reclusos a causa de la mala conducta observada durante el período de condena condicional, situación que, al paso, equiparan al régimen de bajo palabra o de prueba en el régimen peculiar de la Jurisdicción ordinaria americana.

Sustancialmente el artículo expresa la convicción de sus autores de que la cuestión radica en el oficial encargado de la vigilancia del reo beneficiado con aquella clase de suspensión y, percatándose que sin duda otros deberes ineludibles militares le impiden a cada oficial llevar a cabo adecuadamente dicha misión de vigilancia, abogan por la selección

de una unidad especializada que permita a cada uno de sus miembros analizar la individualidad de cada uno de los reos sometidos a su vigilancia, captarse la confianza de los mismos, para lo que precisa estudiar la adaptación profesional del penado, su aptitud para manejar la respectiva economía personal, la salud física y la «emotiva»; apreciación del poder respectivo de control; la evolución del carácter; el conocimiento del empleo por cada una de sus horas de «esparcimiento»; del sentimiento de utilidad personal; de la afición a la limpieza y a los buenos modales.

J. S. O.

Marzo-abril 1959.

**HUGHES, Graham:** «The english homicide act of 1957». (La ley inglesa sobre el homicidio de 1957); págs. 521 y ss.

Comienza el artículo refiriéndose la preocupación que, sobre todo desde hace diez años, se ha venido sintiendo en Inglaterra acerca de la sanción del asesinato; atribuye el fenómeno el autor a la existencia en dicho período de varios crímenes sensacionales, como los perpetrados por Heath, Haigh, Christie y Straffen.

La nueva ley inglesa que motiva el artículo es considerada como de criterio ecléctico, a juicio del autor, por cuanto el mismo estima no puede satisfacer, de un lado, a los partidarios acérrimos del mantenimiento de la pena de muerte para el delito antes aludido, y, de otro, a los abolicionistas también apasionados.

Reputase que, doctrinariamente al menos, la naturaleza del delito de asesinato no puede ser provechosamente discutida sin mantener una constante referencia a la penalidad imponible; considérase igualmente que sólo los inexorables brazos abiertos de la Parca esperando al reo convicto de asesinato» (Véase a Koestler: Reflections on Hangin, 1957»), como idea popularizada, pudieron dar ese tono amargo y enconado con que en Inglaterra ha sido atacada la ley del Homicidio que, sustancialmente, si bien ha restringido el ámbito del referido delito, ha ampliado empero el del delito de «homicidio»; habrá, conforme a dicha Ley, veredictos pronunciándose por dicha calificación en casos de responsabilidad atenuada, «pactos de suicidio», e incluso en supuestos que, anteriormente, se hubieran tipificado como *felony-murder*.

También han ampliado las nuevas normas el concepto de la provocación surgiendo la dificultad de índole técnica para el Juez de conocer en ciertos casos el fundamento por el que el Jurado ha emitido veredicto de mero homicidio.

J. S. O.

**RAY JEFFERY, Clarence:** «An integrated theory of crime and criminal behavior». (Una teoría integral del delito y de la conducta delictiva); páginas 533 y ss.

Hay, para el articulista, dos dificultades suscitadas a la teoría criminológica en los tiempos actuales: el problema de integrar el aspecto sociológico

de la conducta criminógena, de lo que es símbolo la tesis de Sutherland respecto a la asociación diferencial, con el psicológico, que puede personalizarse en el criterio de Freud acerca de las neurosis. Otro problema es el de la integración de la teoría legal del delito con la teoría de aquella conducta. En resumen, el delito es un problema tridimensional: legal, psicológico y sociológico.

Después de examinar lo que atañe, en el aspecto indicado, la evolución y cohesión social; el delito y la conducta delincuente; el derecho antiguo, el moderno y la sociedad contemporánea, se llega a la conclusión de que el derecho apareció cuando comenzó la desintegración de la unidad tribal, dejando de ser medio de control la cohesión social. Para el articulista el Derecho primitivo es la costumbre puesta en vigor por el grupo más relevante a base de la cohesión del mismo. También considera el Derecho como el resultado de la impersonalización y declive de referida cohesión. La costumbre, se añade, es un poderoso medio de control en una sociedad en la que existe una íntima relación; pero no es medio adecuado al efecto tratándose de una sociedad caracterizada por relaciones anónimas e impersonales.

Después de analizar seguidamente la psicología de la conducta criminal, la teoría de la asociación diferencial, la del extrañamiento social, los fenómenos del aislamiento social y del desarrollo de la personalidad, considerada igualmente el concepto peculiar de Durkheim sobre la «Anomia», hecho un esbozo de las denominadas «personalidades sociopáticas»; y tras estudiar la dinámica de los pequeños grupos, el ámbito rural o urbano del delito, la edad y el sexo, las clases sociales, la emigración, los rasgos personales, el núcleo familiar, las asociaciones de delinquentes, se concluye estimando que tanto delito como delincuente son productos de enajenación social que, cual el aislamiento social, causa disturbios en la formación de la personalidad, a su vez reflejada en problemas cuales los que implica el divorcio, el alcoholismo, el delito, la pobreza, la toxicomanía y la enfermedad mental.

J. S. O.

**SELLIN, Thorten: «Adult probation and the conditional sentence».** (El régimen de prueba en los adultos y la condena condicional); págs. 553 y ss.

Acreditado investigador bibliográfico, el Profesor Sellin comienza ofreciéndonos, o recordando más bien, los siguientes conceptos, o fines apetecibles, del régimen de prueba con los penados.

Uno de ellos es el emitido por Cooley (E. J.) en su «Probation and Delinquency» (XV & 544 págs. New York: Thomas Nelson and Sons, 1927, página 436): «la función del régimen de prueba es conseguir una mejoría en la conducta y en el carácter; lograr, a ser posible, la reforma permanente y la rehabilitación. El régimen de prueba trata, definida y positivamente, llevar a cabo una labor constructiva, moldear y mejorar los hábitos del individuo, estimular su ambición y autocontrol, ayudarle de modo práctico».

Es el otro, tomado del «United States Probation Officers Manual» (Administrative Office of United States Courts, Washington D. C., 1949): «es el régimen de prueba la aplicación de un método constructivo y sistemático de tratamiento correctivo, sin reclusión, para ciertos delincuentes conceptuados potencialmente aptos para ser reintegrados a la utilidad social sin el estigma de la prisión y sin la amargura que, generalmente, produce tal separación de las relaciones normales. Al mismo tiempo, el empleo adecuado de la prueba presupone que el delincuente no se halla tan arraigado a la conducta delictiva que pueda implicar una amenaza seria a la sociedad al ser devuelto libre a la comunidad. Es tarea del oficial del régimen de prueba percatarse de las necesidades del delincuente en particular; ayudar en la selección esmerada del individuo apto para beneficiarse del régimen; esbozar un plan práctico para su restauración; y, entonces, mediante actividades vigilantes, ayudar asimismo al desarrollo de los propios recursos de la persona para ayudarle a su adaptación a su hogar y su comunidad.»

Concluye el artículo del Profesor Sellin con una evocación de la siguiente Ley promulgada en 13 de febrero de 1789 en el Estado de Massachusetts («The Perpetual Laws of the Commonwealth of Massachusetts... Boston, marzo 1801- Vol. 2; 41- 42): «autorizando o facultando a los Jueces de dicho Estado para otorgar una «sentencia condicional» al delincuente convicto de cualquier delito grave o menos grave, consistente en imponerle una multa a satisfacer en plazo determinado, en lugar de la pena de prisión, confinamiento a trabajos forzados a pena corporal o ignominiosa, a discreción del Tribunal, debiendo cumplir estas otras penas como la correspondiente conforme a la ley, si aquél no satisface la aludida multa sustitutoria.

Para Sellin, el empleo combinado actual de la suspensión de condena y la condena condicional (entendidas en la «acepción» americana), daría por efecto reducir los casos en que habría de recurrirse al mayor costo personal y económico que precisa el régimen de prueba

J. S. O.

**PRINS, Herschela:** «The probation officer as after-care case worker in England» (El oficial del régimen de prueba como encargado individual de la readaptación del delincuente en Inglaterra).

El autor de este artículo. Oficial del Régimen de prueba, versado en Ciencia social y en Salud mental, comienza lamentándose del equívoco bastante frecuente en que suele incurrirse al apreciar la misión de los funcionarios o agentes encargados de la rehabilitación de los reclusos (entiéndase con ellos a los internados en otros establecimientos, más que penitenciarios, en rigor correccionales) liberados.

Considera igualmente que esa rehabilitación es cuestión que afecta a todos, al público general, como a los encargados de colaborar en el logro de la misma.

Aunque el cuidado y vigilancia del excarcelado, o del que ha cumplido su tiempo de internamiento en determinada institución correccional o

reeducativa, no es atención oficialmente propuesta por vez primera en Inglaterra por la «Criminal Justice Act, 1948», reconoce, sin embargo, el autor que el propósito de esa Ley británica fué, indudablemente, establecer una base constructiva para incrementar esos cuidados y vigilancias referidos.

Divide Mr. Prins los casos que dan entrada a la función del agente de rehabilitación en dos categorías: legales y voluntarios. Al primer orden corresponden los de licenciados tras el cumplimiento de la pena de *preventive detention*, los propiamente reincidentes, tipos los más reacios a toda rehabilitación.; los que han cumplido condenas de *corrective training*, menores de veintinueve años que, aunque propiamente reincidentes, han demostrado empero su ineptitud para experimentar beneficiosos resultados de otra clase de tratamientos: *probation*, multa o internado en institución *Borstal*; jóvenes liberados del régimen de *Borstal training*, de edades comprendidas entre los dieciséis y veintinueve años, con los que dice el autor, se ha de tener sumo cuidado por su gran propensión a la reincidencia; *Young prisoners* con veintinueve años al tiempo de su condena; licenciados de condenas de *life imprisonment* por orden del Secretario de Estado al amparo del artículo 27 de la «Prison Act, 1952»; niños o *Young persons* detenidos en prisión por algún delito grave, conforme al artículo 53 de la «Children and Young Persons Act, 1933», y que pueden ser liberados por orden también del Secretario de Estado; y por último los *Approved School Boys*, liberados de esas instituciones por acuerdo de los *managers* de las referidas «Approved Schools»; muchachos que, lo mismo que al de un Oficial de prueba, pueden ser confiados al «Approved School Welfare Officer», al «Children's Officer», o a la «Local Children's Authority».

En cuanto a los casos de intervención «voluntaria de los Agentes de Cuidado y vigilancia, se citan los que se les confían, a través de la «Central After-Care Association», en pro de los exilados de la «Central Or Regional Training Prison», siempre que quieran aceptar tal ayuda a su liberación: los *young people* entre catorce y veintinueve años de edad exilados de un «Detention Centre»; y los que han cumplido una reclusión corta (menos de doce meses), amparados por las «Discharged Prisoners' Aid Societies» inglesas.

Termina el artículo propugnando una mayor colaboración entre los diferentes Organismos y elementos que, de un modo u otro, contribuyen a la referida misión de *after-care* (guía o vigilancia tras el excarcelamiento), y advirtiendo que recientemente se ha recomendado, por el «Advisory Council of the Treatment of Offenders», se vaya extendiendo el ámbito de aplicación forzosa de dicho *After-care*, función peculiar de los *Probation Officers* que realizan el «After-Care Case Work» con las reseñadas categorías de sentenciados.

J. S. O.

Vol. 50, núm. 1. Mayo-junio 1959.

**JEFFERY, Clarence Ray:** «Pioners in criminology.—The historical development in criminology» (Avanzados de la Criminología; evolución histórica de esta disciplina); págs. 3 y ss.

Como se afirma a su comienzo, este artículo es una exposición de las aportaciones debidas a los «adelantados» en el campo criminológico, el desarrollo científico del cual se ha promovido merced a otra gran variedad de ramas del saber: Derecho, Medicina, Sociología, Psicología, Psiquiatría, Química, Física, Arquitectura, Historia, Teología y Técnica sociológica.

Para Jeffery, la Criminología abarca tres clases de cuestiones:

1.<sup>a</sup> Identificación del infractor, labor conjunta a confiar al policía, al especialista médico, al químico; en resumen, tarea de la Criminalística, de la que fué precursor Hans Gross;

2.<sup>a</sup> Vigilancia y tratamiento del delincuente una vez identificado y declarado culpable legalmente; tarea ésta propia del especialista en Penología. Encargados del aspecto peculiar de la corrección, relacionado a su vez éste con la misión preventiva y de control del delito y de la delincuencia, están los técnicos sociólogos, los psiquiatras, psicólogos, jueces de menores o jóvenes, empleados o funcionarios del régimen de prueba y del sistema de libertad bajo palabra; aspectos en suma que evocan las figuras de Haviland, Maconochie, Doe, Aschaffenburg, Ray y Maudsley, y

3.<sup>a</sup> La explicación del delito y de las actividades delictivas, problema que entraña la apreciación científica de la existencia del delito y delincuentes en una sociedad. El aspecto legal del delito ofrece interés particularmente al jurista y al sociólogo. La explicación de la actividad o conducta delictiva es de interés para el último, para los psicólogos, psiquiatras, antropólogos y biólogos. Ambitos científicos en los que respectivamente descollaron Bentham, Beccaria, Garofalo, Lombroso, Ferri, Goring, Tarde, Durkheim y Bonger, en cuanto abordaron el fenómeno criminal desde diversas perspectivas. Los problemas relativos a la identificación del delincuente o descubrimiento del delito, tratamiento y explicación científica del delito y de los delincuentes se hallan íntimamente ligados de modo también recíproco, produciéndose frecuentes superposiciones de los campos respectivos.

Pese a la arbitrariedad que ha de caracterizar toda clasificación de las escuelas penales, comprensiva de los representantes respectivos por cuanto éstos abordaron determinados aspectos o cuestiones con criterios o perspectivas también específicas, sugiere Jeffery la siguiente catalogación:

Escuela Clásica: Bentham y Beccaria;

Escuela Positiva: Garofalo, Lombroso, Ferri, Goring;

Aspectos legales del delito: Doe, Montero;

Aspectos psiquiátricos del delito: Aschaffenburg, Ray Maudsley;

Aspectos sociológicos del delito: Tarde, Durkheim, Bonger;

Arquitectura penitenciaria: Haviland;

Reforma penitenciaria: Maconochie;

Criminalística: Gross.

Atendiendo a la preferente atención al delito o al delincuente:

Al delito: Bentham, Beccaria, Montero, Durkheim y Bonger;

Al delincuente: Lombroso, Garafolo, Ferri, Goring Aschaffenburg, Ray, Doe, Maudsley, Maconochie, Tarde, Gross y Haviland.

En la investigación histórica de la Criminología hallaremos, a juicio de Jeffery, nada descaminado, el siguiente dilema: o la reforma de la legislación penal para proteger al acusado o al reo frente a la intervención arbitraria del Estado, tendencia asignable en términos generales a la Escuela Clásica; o el estudio del delincuente individual con métodos científicos, peculiar de la Escuela Positiva.

Consecuencia de haber repudiado los conceptos legales la Escuela Positiva, es el que no haya acuerdo entre los criminólogos modernos acerca de lo que es el delito. Sutherland Reckless, Sellin, Clinard y Hermann Mannheim propenden a entender el delito como el acto, actividad o conducta «antisocial». En oposición, Jerome Hall, Francis A. Allen, Paul Tappan, George B. Vold, Robert G. Caldwell y Clarence R. Jeffery, sostienen los siguientes criterios: «La Criminología es sinónima de la Sociología y del Derecho penal... Ha de atenderse primero al significado de las normas del Derecho penal..., y esto exige investigar sus orígenes, la historia legislativa... y problemas sociales conexos». «Es dudoso que una eliminación completa del contenido legal del concepto haya podido contribuir al desarrollo de la teoría criminológica». «La idea de que el delito es una conducta socialmente indeseable prevalece en el ámbito de los estudios sobre la delincuencia juvenil»; etc.

En cuanto a que la Criminología sea o no, en rigor, una ciencia, ello depende, para Jeffery, también del punto de vista de cada pensador: como ciencia podemos aceptarla si en ella vemos el conjunto de estudios realizables sobre el delito, el delincuente, el derecho penal, las prisiones y otros temas semejantes; si, al revés, creemos que la ciencia puede determinar el método elegible para el tratamiento de los criminales, ya no estamos dentro del ámbito científico, pues también para Jeffery, el castigo o la reforma del delincuente no son medios hacia un fin, sino que representan objetivos, aspiraciones o valores. «La ciencia no puede determinar los últimos valores sociales, incluso hasta un positivista extremado como Lundberg se ve obligado a distinguir entre ciencia y técnica.»

Tras considerar algunas apreciaciones fundamentales sobre el delincuente, acerca del libre albedrío y el determinismo, acerca de la finalidad del castigo, Jeffery concluye afirmando que, hoy día, el intento de los criminólogos de separar la criminología del derecho penal, y su concomitante propósito de derivar la delincuencia de la conducta del delincuente ofrecen un gran obstáculo a la teoría sobre el delito.

J. S. O.

**GADNER, Erle Stanley:** «Need for new concepts in the administration of criminal justice» (Necesidad de conceptos nuevos en la Administración de justicia penal); págs. 20 y ss.

Este artículo de Mr. Garner, escritor generalmente conocido por sus publicaciones de índole policíaca, es sustancial reproducción de la moción

que presentó en 11 de agosto de 1958 ante el Curso Breve para Abogados de lo Criminal, de la Universidad del Noroeste.

Para el autor, una de las mayores desventajas en las profesiones jurídicas es la de que propenden a ser demasiado conservadoras; con lo que se refiere a que los precedentes, tan tenidos en cuenta en las decisiones judiciales, son, a su vez, los que dan la tónica en el ejercicio de la Abogacía norteamericana.

Después de invocar casos que se dicen por él conocidos en el ejercicio profesional, uno de ellos, en el que la condena del procesado, y por cierto, a pena grave, estaba fundada principalmente en la deposición de un testigo que había identificado a aquél por su traje «de color», resultando ser dicho testigo afecto de daltonismo, sustenta Mr. Gardner la tesis de que los recientes desarrollos en el campo científico permiten, si adecuadamente aplicados al procedimiento criminal, entrever nuevas orientaciones por lo que fundamentalmente atañe al ámbito de la prueba.

Considera igualmente que el papel de los modernos letrados no ha de estribar en la aportación de pruebas en apoyo de la inocencia sistemática de sus patrocinados, sino que es suficiente se atengan a lograr que jueces y jurados puedan disponer de medios probatorios científicos. Reputa por eso, más bien despectivo para aquellos que la orientación de la decisión o del veredicto pueda ser influida por la mayor o menor elocuencia o habilidad dialéctica de defensor o fiscal.

Como ilustración de las posibilidades que los modernos métodos científicos proporcionan, concluye recordando el caso de un condenado por homicidio, hace unos veinticinco años, condena basada en la «aparente» identidad entre el proyectil causante de la muerte y el arma de fuego que portaba el reo, habiéndose podido demostrar recientemente, por los métodos ya en boga al respecto, que en modo alguno aquel proyectil podía haberse disparado desde al arma aludida.

J. S. O.

**SCHNUR, Alfred C.:** «Pre-service training» (Instrucción previa a la entrada en servicio); págs. 27 y ss.

El doctor Schnur, profesor de la Escuela de Administración de Policía y Seguridad Pública de la Universidad de Michigan, nos ofrece en este artículo unas consideraciones acerca de lo que a su entender, debe hacerse para lograr una eficacia en tan manido aspecto de la corrección o readaptación de penados y delincuentes en general.

Hace suya la opinión de Walter Reckless («Training of Probation and Parole Personnel»: Proceedings of the American Prison Association, 1947, pág. 103), en el sentido de que «existe un equívoco en la generalizada creencia de que el régimen de prueba y el de libertad bajo palabra son una modalidad del método de trabajo por especialización aislada...; el fundamento de la instrucción o adiestramiento de los funcionarios de dichos regímenes correccionales, no estriba en ese método de trabajo, sino en el conocimiento de la criminología, de la psicología

social y en cursos prácticos y específicos sobre prueba y bajo palabra».

El «case work» o el «group work», snobismos con los que se vienen haciendo referencia a dos clases de investigación, la individualizada que no suele rebasar los antecedentes familiares, y la de mayor ámbito ecológico, considera nuestro articulista, que no responden, ni mucho menos, al contenido que debe abarcar el entrenamiento o capacitación de los oficiales de prueba y bajo palabra, pues éstos deben hallarse impuestos plenamente de todas las fases que comprende la tarea correccional.

J. S. O.

**BENNETT, Lawrence A.:** «Perpetuation of delinquency through language usage (Conservación de la actitud mental delictiva a través del lenguaje); páginas 34 y ss.

«Para el joven que ha estado fuera de circulación una temporada —nos dice como explicación de su artículo Mr. Bennet, clínico psicólogo en el «Reception Guidande Center» de Tracy (California)—, o que incluso, a su liberación es remitido a una institución correccional, el peculiar lenguaje que emplea, aprendido durante su internamiento, 'lenguaje con el que piensa', es una de las mayores rémoras para su rehabilitación: le afirma en la creencia de que la sociedad libre a la que torna ha cambiado más de lo que pensaba; a menudo sin amigos, los nuevos conocimientos no le sirven más que para descubrir que es un «incomprendido»; mas, sin darse cuenta mientras tanto del lenguaje que usa, viene a ser como un idioma extranjero para quienes le rodean o tratan en esas circunstancias.»

Como causa de esa situación señala Bennett la del afán de hacer notar a sus interlocutores de que hay en aquéllos algo especial y que no hacen caso de la sociedad que temporalmente les ha excluido de su seno. Algo parecido a los estudiantes corrientes que, para demostrar cierta superioridad, emplean el latín macarrónico; en fin de cuentas, la razón psicológica de todo argot peculiar de un grupo caracterizado por la profesión o el género de vida.

De ser cierto, como considera el autor con referencia a Wendell Johnson («Your Most Encranted Listener», Harpers, New York, 1956, página 17), «que los hombres piensan con palabras», y si es verdad que el vocabulario está formado de palabras con significado delictivo en esa clase de corrigendos, no cabe duda que las ideas que broten de un vocabulario tal han de ser también delictivas.

Para poner remedio a lo que precede, concluye Bennet aconsejando se promueva por todos los medios la desaparición de esos léxicos tan frecuentes entre los internados en correccionales.

J. S. O.

**JOHNSON, Elmer S.:** «The parole supervisor in the role of stranger» (El inspector del régimen de bajo palabra en su papel de extraño al corrigiendo en vías de readaptación); págs. 38 y ss.

El autor es Director ayudante, encargado de la Misión de Rehabilitación del sistema penitenciario del North Carolina, y, con anterioridad, profesor adjunto de Sociología en el Colegio de dicho Estado norteamericano.

Como bien dice Johnson, el régimen de bajo palabra es a modo de eslabón en la cadena de experiencias que ha de recibir el que es sometido a aquél, sensaciones involuntarias para éste, en quien naturalmente hay unos intereses personalísimos y unos propósitos de la misma clase, que se ven subordinados, o pospuestos, a los de la sociedad en general y a las necesidades de la misma. Como tal eslabón, el régimen referido implica o representa un período de transición entre la vida o disciplina de una institución correccional y la libertad propia de la vida en la comunidad normal. Ello requiere que el inspector dirija esa actuación intermedia de modo que, siendo consecuente a los fines del internamiento precedente, esté atento a la meta final del tratamiento, que no ha de ser otra sino la de desarrollar en el «vigilado» la confianza en sí mismo y su identificación con las normas de la comunidad.

Es en verdad difícil el papel del inspector en el régimen del sometido a palabra, pues, en definitiva, ha de utilizar de la autoridad que la ley le confiere para restringir la libertad del vigilado, ya que éste disfruta una libertad relativa y la finalidad del sistema es la protección de la sociedad mediante el cumplimiento por aquél de las condiciones bajo las que se ha concedido el pase a esa situación, y, por otra parte, ha de atarse la confianza del vigilado, hasta el punto de que, para que su papel sea más efectivo, ha de aspirar en ser a modo de su confidente.

Al mismo tiempo, no hay que olvidar que el inspector, sobre todo en su actuación inicial como más delicada, se desenvuelve, sí con el sometido a su vigilancia, pero en un ambiente general que puede influir de modo distinto en el éxito de su actuación. Ha de mantener contactos, y le conviene hacerlo para éxito de su actuación, por un lado, con los funcionarios del Tribunal que dispuso la condena y ulterior tratamiento, agencias de rehabilitación, y por otro, con el antiguo ambiente del corrigiendo, familia, amistades, etc.

De ahí que el articulista entienda, sobre para esta primera fase del régimen bajo palabra, repetimos, que la actitud más propicia del inspector sea la de un «extraño», o recién llegado que, para lograr la rehabilitación de la persona al mismo confiada, ha de contar con la participación de ésta y de otros miembros de la comunidad en la que se trate de integrar al corrigiendo.

J. S. O.

**The Journal of Criminal Law, Criminology Police Science**

Vol. 50. Núm. 2.—Julio-agosto de 1959

**ANSLEY, Norman:** «*International efforts to control narcotics*» (Tentativas internacionales para el control del tráfico de estupefacientes); págs. 105 y siguientes.

El autor de este artículo, graduado en las Universidades de Stanford («George Washington») y en la de Maryland, ha dedicado su actividad en esta clase de investigaciones al servicio del Gobierno yanqui desde el año 1951.

Comienza recordando que al parecer, ya los antiguos sumerios conocían el opio, así como otras plantas portadoras de narcóticos, al igual que algunos pueblos aborígenes de América; pero que se desconoce hasta que punto los productos aludidos fueron objeto de tráfico entre ellos. Respecto al opio, que fué introducido en China por los árabes durante el reinado de Taitso, hacia 1280-95, y, posteriormente, en la India y Persia; que el primer tráfico marítimo conocido dedicado al opio es el que realizaban los juncos chinos que iban a proveerse del producto en las plantaciones malayas.

Atribuye a los portugueses ser el primer país europeo que traficó con China, hacia el año 1729, así como que los ingleses hicieron lo propio por medio de la «East India Company», tras la victoria de Clive en Plassey, en el año 1575. Igualmente los norteamericanos, dice que utilizaron sus «clipper» (buques ligeros y de gran velamen) en el comercio oriental. Que, pese a la oposición al tráfico por europeos, mostrada por el Imperio manchuriano, en 1839, el emperador hubo de ordenar a su comisario en Cantón, Lin-Tse-hsu, acabar con el tráfico en cuestión y a incautarse de todo el opio; que los agentes ingleses se retiraron entonces hacia Hongkong, así como los portugueses hacia Macao; que a ello siguió la infame guerra del opio, de la que resultó ser China forzada a ceder la primera de las plazas precitadas, en 1842, indemnizar la incautación de opio realizada en Cantón, y a permitir prosiguiese el tráfico en cinco puertos determinados.

En cuanto a los Estados de la Unión americana, indica que su primera intervención oficial en cuestiones, realizada con el tráfico del opio, parece ser estribó en un tratado con Siam, el año 1833, en el que aquella potencia reconoció ser dicha mercancía de índole prohibida: contrabando; completándose el tratado de referencia con otro del año 1856, por el que los yanquis obligaban a sus propios ciudadanos a abstenerse de intervenir en tal género de comercio. Esta cláusula se reproduce por los Estados Unidos en otro tratado con China, en 1844 (Tratado de Wang Hea), facultando al Celeste Imperio a sancionar directamente cualquier súbdito yanqui que interviniese en el tráfico de esa mercancía y otras que en tal protocolo se especificaban. La postura norteamericana cede con el Tratado de Tientsin (1858), al sancionar el comercio del opio, por causa de las tarifas aduaneras concertadas con Rusia, Francia e Inglaterra. Nuevamente adoptan los norteamericanos la postura pro-

**SELLIN, Thorsten:** «Two mifbs in the history of capital punishment». (Dos años 1832, prohibiendo a sus ciudadanos intervenir en tráfico de opio en las aguas y puertos de Corea.

Tras citar el «Reveune Art of 1890», como la primera medida legislativa de los Estados Unidos para restringir la importación en sus territorios del opio y sales derivadas, luego anulada por la «Opium Exclusion Act, 1909», que prohibía toda importación de opio que no fuera para fines medicinales, sigue el autor exponiendo los términos de la Conferencia Internacional del Opio, celebrada en La Haya el 1 de diciembre de 1911; la Convención sobre Drogas Narcóticas, habida en Ginebra en el mes de noviembre de 1924, por la que se instauró un sistema de intercambio de documentos sobre la importación y exportación de tales drogas, creándose, además, la Oficina Internacional del Opio, facultada para la recepción de estadísticas y para llamar la atención caso de advertir un tráfico excesivo de opio en lugar o épocas determinadas. Aunque China y Estados Unidos no firmaron dicha Convención, lo cierto es que se atuvieron a las estipulaciones de la misma, entrando la misma en vigor el 28 de septiembre de 1928, previa reunión complementaria en 19 de febrero de 1925.

También en Ginebra posteriormente, y con el definido propósito de limitar la producción mundial de drogas narcóticas hasta un límite que no superara las exigencias médicas, tuvo lugar otra Convención, la de 13 de julio de 1931. Esta Convención ha entrado en vigor en 9 de julio de 1933 en los Estados Unidos, aplicándose por la Sociedad de las Naciones en 1 de enero de 1934 y, en 31 de octubre de 1955 la habían suscrita hasta setenta y cuatro países.

Aparte de la Conferencia de la Supresión del opio de fumar, habida en 1931 en Bangkok (Siam), de las tentativas de otra Convención de Ginebra, de 26 de junio de 1936, para la supresión del tráfico ilícito de dichas drogas, para la inclusión en los Códigos penales de medidas punitivas, el Protocolo de 11 de diciembre de 1946 de las Naciones Unidas, preparó la transferencia de los antiguos servicios de la Sociedad de Naciones, creando, además, la «Commission on Narcotic Drugs», continuación de los ya citados Permanent Central Opium Board y el «Drug Supervisory Body», derivado de la Convención ginebrina de 1931. Finalmente, el Protocolo de París, abierto a la firma en 19 de noviembre de 1948, ha logrado someter al control de tales organismos más de treinta y cinco clases de drogas narcóticas sintéticas, limitando la desmesurada fabricación de ciertos analgésicos.

Hay, además, un tratado más reciente, el abierto a la firma en 23 de junio de 1953, acrecentando el control sobre los productos de referencia y, a juicio del articulista, si se consigue la participación efectiva de la China comunista en dicho control es de esperar confiadamente más efectivos resultados, pues al respecto aquél recuerda que, si bien dicho país ha suprimido en su régimen interno el tráfico lícito de dichas drogas, ha venido intensificando la exportación de heroína y hiri-pon para fomentar el movimiento comunista japonés.

**SELLIN, Thorse:** «Two myths in the history of capital punishment» (Dos mitos en la historia de la pena de muerte); págs. 114 y ss.

Este artículo de Sellin queda resumido en el comentario, documentado como todos los suyos, acerca de dos antiguos datos acerca del número de ejecuciones en dos épocas de la Historia: las setenta y dos mil que se atribuyen al reinado de Enrique VIII de Inglaterra, que el señor Sellin reputa entelequia originariamente debida al aserto consignado en una obra de Rafael Holinshed, editada por vez primera en Londres el año 1577, bajo el título de «The Chronicles of England, Scotland and Ireland Conteyning the Description and Chronicles of England from de first inhabiting unto the Conquest Until this present time...»; y a las 20.000 penas de muerte sancionadas por Carpzovio (1595-1666), el Presidente del Tribunal «Schöppenstuhl» de Leipzig, el más importante de los cuatro dicasterios del Electorado sajón, cuya fama de «juez ahorcador», según Sellin, se debe a la aseveración reiterada por von Künnsberg, en su «Enciclopedia de las Ciencias Sociales» (1930); pero que data del «Thesauri rerum publicarum...», de Felipe Andrés Oldenburger, que se publicó en Ginebra en 1675.

Reseña Sellin varias obras de autorizadas firmas, en las que se reiteran cada una de esas, a su entender exageradas, aseveraciones, afortunadamente sometidas a discriminación en trabajos recientes, a que también alude el articulista.

J. S. O.

**SNEEDY, Charles E.:** «Narcointerrogation of a criminal suspect» (Interrogatorio, mediante narcóticos, de un presunto culpable); págs.118 y ss.

El autor, sacerdote católico, autor de «Estudios Teológicos», que cursó estudios de Artes Libres y Derecho en Pitt, arrancando de un caso concreto, el de un joven negro que, declarado reo de asesinato, ha visto suspendida por treinta y tantas veces la ejecución de su pena de muerte, que espera en la cárcel del condado de Cook (Illinois), entra seguidamente a considerar las cuestiones que suscita el empleo de drogas narcóticas en el interrogatorio de un acusado; desde las perspectivas del Derecho y de la Moral, concretamente examina el empleo de la «scopolamina» o «hyoscina», alcaloide derivado de ciertas plantas del orden de las solanáceas, y a la que actualmente van sustituyendo los barbitúricos conocidos por «pentato sódico» y el «amital».

Describe someramente la técnica del empleo de tales productos al efecto discutido y, previa exposición de sus argumentos de índole ética, concluye transcribiendo las palabras de Su Santidad Pío XII (*Acta Apostolicae Sedis*, 45 (30 noviembre 1953), 735) en el mensaje al Sexto Congreso Internacional de Derecho Penal (3 octubre), y en cuya virtud el narcoanálisis, aparte de producir, a veces, resultados erróneos, es un método que «viola un derecho natural, aun si el acusado es efectivamente culpable.

J. S. O.

**ROSE, Arnold M. and WEBER, George S.:** «Predicting the population in institution for delinquent children and Youth» (Predilección del número de internamientos en instituciones para niños y jóvenes delincuentes); páginas 124 y ss.

En este artículo sus autores narran los métodos que hubieron de emplear para llevar a cabo la misión que se les encomendó, de realizar un estudio estadístico, base para predecir las necesidades de índole de acogimiento que habrían de suscitarse hasta el año 1970; tarea que les fué confiada por la «Youth Conservation Commission» del Estado de Minnesota.

Los resultados de tal encuesta o investigación, pueden resumirse así: que habrá un aumento progresivo de población, hasta la anualidad indicada, equivalente a un cincuenta por ciento, en lo que afecta a personas de edad inferior a los dieciocho años; que con ello, unido al incremento, también progresivo, del crecimiento de las áreas urbanas, principalmente suburbios, con la correlativa disminución de la población agrícola, se producirá, asimismo, una elevación en el número de delincuentes; que igualmente es de precedir un incremento del 131 por 100 para las detenciones de jóvenes masculinos; que habrá análoga elevación en la cifra proporcional de casos a someter al régimen de prueba y, finalmente, otro tanto se asevera por lo que atañe a los casos de quebrantamiento de los requisitos para disfrutar de dicho régimen, con excepción de las muchachas más jóvenes.

J. S. O.

**SAVITZ, Leonard D.:** «Automobile theft» (Hurto de automóviles); páginas 132 y ss.

Se caracteriza en este artículo la referida figura delictiva como peculiar en su comisión por jóvenes, más bien adolescentes, a los que se atribuye una personalidad «debilitada», con inadecuada comprensión de las normas sociales en vigor, sin llegar a padecer de anomalías de índole emocional; una adolescencia que, se añade, suele aprovecharse de la creciente indiferencia del público ante la perpetración profusa de delitos; dándose frecuentemente el caso de reincidencias, y sin que sea tampoco escaso el número de hurtos de vehículos de motor mecánicos, precedidos o seguidos de la comisión de otra clase de delitos.

No obstante, el autor, ante las discrepancias de pareceres entre diversos criminólogos que estudian la misma cuestión, considera ha de profundizarse el análisis de todos los aspectos de la misma, antes de establecer conclusiones sobre la etiología y profilaxis posible del delito de referencia.

J. S. O.

# NOTICARIO

## **LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA Y EL IV CONGRESO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA (La Haya, 1969)**

por Pascual Meneu

Esta Sociedad celebró en La Haya, durante el pasado mes de septiembre, una sesión o asamblea de Delegados Nacionales, inaugurando al siguiente día su IV Congreso Internacional, organizado por un Comité holandés bajo la presidencia del Fiscal M. A. A. L. F. VAN DULLEMEN, del que fué Secretario general el Director general de la Administración Penitenciaria M. ERNEST LAMERS.

En aquella sesión presentó un informe científico el Secretario general de la Sociedad, M. J. PINATEL, comprensivo de los años 1955 a 1959, en el que comenzó recordando la resolución tomada por la Asamblea General de la Sociedad Internacional de Criminología, reunida en Londres el 18 de septiembre de 1955, en relación con el proyectado Instituto Internacional de Criminología.

Previamente notó la tendencia, claramente acusada a lo largo del quinquenio, sobre lo conveniente que es definir la Criminología con una perspectiva que distinga con precisión los puntos de vista científico y clínico.

Expuso el programa científico de la Sociedad sobre documentación, investigación, enseñanza, bibliografía y servicio bibliográfico internacional, informaciones, estadísticas y diccionario de terminología.

Notemos que bajo la rúbrica "documentación" se comprende el gran proyecto de una enciclopedia de criminología, cuya preparación se decidió ya por la Asamblea General de la Sociedad reunida en Londres en 1955, y es objeto de una subcomisión presidida por el Profesor T. WUTENBERGER. Se señala como fin principal de la empresa dar a cuantos se interesan por la criminología un resumen polifacético sobre todos los fines, problemas, medios y resultados de la ciencia criminológica, cualquiera que sea su rama o la especialización. En verdad, no hay duda de que un manual de criminología enciclopédico y completo llenaría una laguna muy sentida en la literatura científica, como dijo en su informe el Profesor T. WUTENBERGER, porque no existe aún tal manual internacional.

El citado Profesor expuso las ideas directrices para la ejecución del proyecto.

También merecen especial recuerdo los informes sobre el estado actual de las investigaciones en criminología en los Estados Unidos, por el Profesor RECKLESS y el del Padre MAILLOUX, O. P., Profesor de Psicología de la Universidad de Montreal, sobre el proyectado diccionario de terminología, cuya redacción se estimó también indispensable para la Asamblea General de Londres de 1955.

Notemos, finalmente, que en el informe científico de M. PINATEL se dedicó especial atención al problema del Instituto Internacional de Criminología, objeto de profundos estudios por el Secretariado durante los últimos cinco años, considerando las principales posibilidades de realización práctica. Su creación como Instituto puramente científico fué acordada ya por la Asamblea General de la

Sociedad Internacional de Criminología reunida en París con ocasión del II Congreso Internacional de Criminología, al que tuvimos el honor de asistir (1).

La Asamblea General de la Sociedad celebrada en Londres en 1955 aprobó los Estatutos de este Instituto, a propuesta de la Comisión Científica y del Consejo de Dirección, de los que resulta que tendrá la forma de una fundación, con domicilio en París y bajo los auspicios de la Sociedad Internacional de Criminología. El objeto del Instituto será fomentar en los diversos países el estudio de los problemas criminales bajo todos sus aspectos y sobre una base internacional, especialmente en lo que se refiere a la investigación y enseñanza.

Monsieur PINATEL cerró su informe subrayando que en el terreno científico de la Criminología nada se improvisa, sino que precisa contar con el tiempo, aunque en el transcurso de éste, durante los últimos diez años, haya que registrar la muerte de criminalistas tan eminentes como H. DONNEDIEU DE VABRES, F. GRISPIGNI, C. SANNIÉ, A. MOLINARIO, D. CARROLL, R. P. GEMELLI, G. ZILBOORG, O. KINBERG y A. NICEFORO.

\* \* \*

El programa científico del Congreso establecía su división en cuatro secciones, por comprenderse en la cuarta, cuestiones diversas, aquellas que no se ajustaran a la temática de las tres primeras, a saber: I, Métodos de examen y de tratamiento; II, Temas especiales (epilepsia, delitos sexuales, robos en los grandes almacenes), y III, Investigación científica sobre la personalidad del delincuente mentalmente anormal y la posibilidad de cuidarle sin privarle del sentimiento de su responsabilidad.

Además, tuvieron lugar unas conferencias generales a cargo de M. GUTTMACHER, M. MANNHEIM, M. van BEMMELEN y M. DE GREEFF, sobre Medicina mental y procedimiento criminal, Derecho penal y delincuentes mentalmente anormales, los datos criminológicos sobre los delincuentes mentalmente anormales y su integración en la política criminal.

Durante el Congreso se organizaron visitas a diversos establecimientos penitenciarios y de educación, así como a laboratorios judiciales y escuelas de policía.

La Asamblea General aprobó en la sección de clausura las tres soluciones siguientes, presentadas por las secciones:

SECCIÓN I.—Presidente: M. P. CORNIL (Bélgica). Relatores generales: M. P. G. DENIQUEUR, M. K. O. CHRISTIANSEN (Dinamarca), M. H. THELIN (Suiza) y M. MARNELL.

1. Hasta el momento en que sea definida con precisión, la noción de anormalidad mental es tan vaga que no podría servir de base principal para el juicio ni para el tratamiento judicial.

2. Cada caso serio debería ser examinado y diagnosticado individualmente por un equipo de personas expertas en los diversos campos con miras a una decisión judicial y a un tratamiento adecuados.

(1) Véase MENEU, Pascual: "Estudios y sistemas penitenciarios en el II Congreso Internacional de Criminología", en *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*. Madrid, 1950. (Número 68, noviembre, págs. 37 y ss.)

3. Las investigaciones científicas deberían ser fomentadas, especialmente los estudios continuos —es decir, perpetuos y, en su caso, renovados o reemprendidos— para hacer posible una estimación de la eficacia de los diferentes métodos de tratamiento.

4. Entre los diversos fines que persiguen las diferentes políticas penales se encuentra, en proporciones varias: el tratamiento con miras a la readaptación social, la expiación, la intimidación y el restablecimiento de las normas morales, incluyendo los elementos expiatorio, de reparación y de reconciliación con la sociedad.

Esta diversidad de fines no es sólo la consecuencia de opuestas ideologías, sino que resulta también de normas y de actitudes diferentes observadas y desarrolladas en las diversas profesiones que intervienen en los métodos de tratamiento de los delincuentes.

Este conflicto se manifiesta en las diferentes fases del procedimiento judicial y, sobre todo, en las del juicio y de la ejecución de la sentencia.

Por tal motivo, la política penal debería intentar la armonización de estos fines estableciendo métodos constructivos y coherentes, abandonando aquellos que parecen ser inadecuados.

Entre los caminos para lograrla está el de introducir las ciencias criminológicas en los estudios de Derecho y otros, haciendo conocer a los médicos y a los peritos en cuestiones relacionadas con el tratamiento de los delincuentes, tanto los principios del Derecho penal como los de la Criminología. Sobre todo los magistrados y demás personas interesadas por el Derecho penal deberían ser estimuladas a familiarizarse con los principios de la criminología.

5. Ha sido subrayada la importancia de la estructura social de los establecimientos penitenciarios. Esta comprende no sólo las relaciones de los reclusos entre sí, sino también aquellas otras con los miembros del personal y con las familias, así como las relaciones existentes entre los miembros del personal del establecimiento.

Estos problemas, así como la presión social producida por los establecimientos deberían ser estudiados más profundamente.

6. Después de haber procedido a un cambio de opiniones sobre la integración del acercamiento de la ley y del tratamiento a los problemas que el crimen plantea, la sección formula el voto de que este tema sea un punto principal para futuras investigaciones en materia criminológica. Se debería prestar mayor interés a las investigaciones analíticas y empíricas sobre la política criminal.

SECCIÓN II.—Presidente: M. O. LOUDET. Relatores generales: BONNET, TAPPAN, GIBBENS y C. ERRA.

#### *Cuestión I: Epilepsia y criminalidad.*

1. El estudio del criminal epiléptico debe efectuarse sobre la base de una diagnosis panorámica y multidimensional, presentando el caso aspectos neurológicos (especialmente con muchos electroencefalogramas sucesivos), médico-legales y sociológicos.

Las investigaciones deberían ser fomentadas sobre la cuestión de las relaciones

existentes entre las disritmias epilépticas y no epilépticas para estudiar sus resultados en relación con el tratamiento de los delincuentes.

2. Al parecer, el porcentaje de delincuentes epilépticos es pequeño, tanto si se compara con el número total de epilépticos como en relación con el número de otros delincuentes psicopatológicos y psicóticos.

*Cuestión II: Delitos sexuales.*

Es recomendable:

1. Que se hagan por las autoridades judiciales y correccionales las adecuadas distinciones entre los crímenes sexuales que son una amenaza para la sociedad y aquellos que sólo le resultan incómodos o embarazosos.

2. Que la conducta sexual que no causa a la víctima ningún perjuicio (en el sentido legal de la palabra) y que por esta razón no afecta sino a la moralidad privada, salga del ámbito penal.

3. Que pueda ser utilizada como base para el desarrollo de criterios más adecuados para los delitos sexuales una clasificación de las aberraciones en el sentido arriba indicado.

4. Que habida cuenta de que la comprensión de la conducta sexual está en curso de evolución, se preste una mayor atención a la influencia que puede ejercerse sobre las actitudes sociales, mediante la educación del público, de la que resultarán cambios legislativos.

*Cuestión III: Robo en los grandes almacenes.*

1. Se presta especial atención a los robos cometidos en los grandes almacenes, especialmente como consecuencia de ciertos cambios introducidos en los métodos de venta. Investigaciones ulteriores se imponen, en particular para determinar la amplitud del profesionalismo en este tipo de delito.

Precisa llegar a una estrecha cooperación internacional para poder disponer de los resultados de estas investigaciones.

2. Los ladrones masculinos son los más numerosos entre los jóvenes de los grandes almacenes. Los individuos mal adaptados dan un pequeño porcentaje, pero, por lo general, la inadaptación no es aquí muy grave. De todas formas esta cuestión no puede resolverse sino mediante investigaciones muy cuidadosas.

3. Este delito difiere de la mayor parte de los restantes, en cuanto que son mujeres la gran mayoría de ladrones adultos detenida en los grandes almacenes. Entre ellas hay algunos casos patológicos, mientras que otro grupo comprende mujeres que presentan dificultades emocionales menos visibles; éstas tienen necesidad al menos de ser cuidadosamente examinadas y a veces de sufrir un tratamiento médico o un período de prueba. Pero en la mayoría de los casos los motivos son mucho menos complicados, y parece que los factores físicos no juegan un papel importante demasiado a menudo.

4. Es deseable que los casos descubiertos se denuncien con mayor frecuencia a la policía, cosa que ahora no ocurre. El "choc" del primer contacto con una autoridad policial o judicial tiene a menudo un valor apreciable. Exigen una atención muy especial los delitos repetidos.

5. No es posible impedir por completo esta clase de delitos, habida cuenta

de que, por principio, los métodos modernos de venta son incompatibles con una prevención eficaz.

De todas formas, desde el punto de vista preventivo es preferible una mejor vigilancia a las condenas más severas.

Se siente la necesidad de una educación del público, y particularmente de los padres, en cuanto a la actitud a adoptar con respecto a los bienes de anónimos propietarios.

*Cuestión IV: Edad y anormalidad mental.*

1. El tema "edad y anormalidad mental" presenta un interés tanto más considerable cuanto que la prolongación de la duración de la vida plantea problemas nuevos e insuficientemente conocidos.

2. Uno de los problemas fundamentales consiste, de una parte, en la dificultad de distinguir la agravación a lo largo de los años de una anormalidad individual ya existente, y, de otra parte, en las anomalías características para cada período de la vida.

3. En conclusión, amplias investigaciones criminológicas deben efectuarse bajo diversos aspectos, para evidenciar:

- a) Los factores criminógenos que resultan de la edad.
- b) Los métodos de diagnóstico y de clasificación.
- c) Los métodos de tratamiento y su clasificación individual.

SECCIÓN III.- Presidente: M. J. POMPE.

*Cuestión I: Estado de las investigaciones sobre la personalidad del delincuente anormal.* (Relator general: P. MAILLOUX, O. P.)

En el actual estado de las investigaciones existe una tendencia a considerar como válidas las siguientes hipótesis de trabajo:

a) Una conducta delincuente habitual puede considerarse como sintomática, es decir, como manifestación aparente de una condición patológica latente.

b) Al igual que la repetición compulsiva cuenta entre los síntomas de la neurosis, la tendencia a reincidir debe considerarse como un síntoma de delincuencia patológica.

c) Para dar cuenta de la personalidad del delincuente anormal es indispensable estudiar de manera especial tanto los mecanismos de la acción como los de la inhibición del acto.

*Cuestión II: Estado de las investigaciones sobre la posibilidad de considerar los cuidados a los anormales sin privarles del sentimiento de su responsabilidad.* (Relator general: M. VERSELE.)

a) La evolución general de la política criminal, así como la tendencia actual de la asistencia psiquiátrica, imponen que la reacción social frente a los delincuentes anormales evolucione desde la simple segregación material de seguridad hacia un método de tratamiento que comprenda la psicoterapia necesaria y prepare para la reintegración en la sociedad.

b) La investigación criminológica actual relativa a la responsabilidad se concentra sobre el estudio del sentido vívido de la responsabilidad. La realidad y la importancia terapéutica de este sentido nos llevan a descartar un sistema legal que no hará ya necesario "decretar" la irresponsabilidad o la responsabilidad atenuada del delincuente anormal; sino que se esforzará por proponer el tratamiento que será el más indicado para desarrollar el sentido de la responsabilidad futura del delincuente en cuestión.

c) Durante la instrucción de las causas relativas a los delincuentes anormales existe una tendencia a la transformación de la pericia neuro-psiquiátrica de la responsabilidad en una observación médico-psicológica y social de la personalidad.

d) Hay una tendencia a confiar a equipos médico-psico-sociales el tratamiento de los delincuentes anormales, tratamiento cuya práctica necesita la participación personal positiva del sujeto.

e) Para asegurar la eficacia del tratamiento, los establecimientos destinados a los delincuentes anormales deben organizarse de manera que se apliquen todas las formas terapéuticas, particularmente la psicoterapia, constituyendo en ellos comunidades terapéuticas.

f) Asimismo conviene prevenir y desarrollar las formas ambulantes del tratamiento de delincuentes anormales, en especial bajo la forma de una prueba bajo control y asistencia médico-psico-sociales.

g) Todo programa de acción plantea la condición de una mejor relación entre la investigación científica y la práctica, así como la de una mejor información de la opinión pública sobre los problemas que plantea la delincuencia de los anormales.

SECCIÓN IV.—Presidente: M. ENSCHEDE.

El IV Congreso Internacional de Criminología, habiendo tomado nota con satisfacción de algunos ejemplos recientes de colaboración científica en materia de investigaciones criminológicas y deseoso de un mayor acercamiento entre la investigación criminológica y la metodología científica, y de contribuir al desarrollo de la criminología comparada, sugiere, entre otras, las medidas siguientes:

1. El establecimiento, en el seno del Instituto Internacional de Criminología, de un organismo creado con el fin de proceder a los intercambios sobre las investigaciones relacionadas con los problemas de la criminología, y de facilitar informaciones sobre investigaciones anteriores o en vía de ejecución, auspiciado por un Comité que represente las disciplinas diversas relacionadas con esta materia.

2. El desarrollo de una colaboración sistemática entre la Sociedad Internacional de Criminología y otras organizaciones que se ocupen de ciencias y técnicas vecinas de aquellas a las que acude la investigación criminológica.

\* \* \*

Hasta aquí el texto íntegro de las conclusiones o resoluciones del Congreso.

Sus sesiones fueron complementadas con la presentación de diversas películas de interés criminológico y con una importante exposición internacional donde se encontraba la más reciente bibliografía sobre estas materias.

Mención aparte merece la sesión celebrada en Leyden, donde tuvo lugar la

Conferencia general antes citada del Profesor VAN BEMNELEN, y cuyas autoridades académicas y municipales dieron prueba de su hospitalidad tradicional con los congresistas, cual hicieron en otras ocasiones las de La Haya, Rotterdam y Amsterdam, al igual que numerosas familias de colegas holandeses que recibieron a los suyos extranjeros que participamos en el Congreso.

De España asistieron los funcionarios del Cuerpo General de Policía señores Casas y Ruiz del Arbol, Cortes Ribera, Giménez Fernández, Pozo González, Prieto Ordiales, Sanz Heredero y Vicente Tolosa; y un Letrado del Ilustre Colegio de Madrid, quien estas líneas escribe.

El Juez señor Díaz Villasante, invitado e inscrito en la relación de congresistas, no pudo prestar su concurso por asistir en Roma a otros trabajos.

UNIVERSITY OF CAMBRIDGE.—INSTITUTE OF CRIMINOLOGY  
**CURSO DE CRIMINOLOGIA PARA LICENCIADOS**

La Universidad de Cambridge ha organizado, en el Instituto de Criminología, un curso de Criminología para licenciados. Los cursos tendrán lugar durante los tres trimestres del año universitario, y comenzarán el día 1.º de octubre de 1961, para finalizar en julio de 1962.

La Universidad otorgará un diploma de Criminología a los estudiantes que sigan las enseñanzas con asiduidad y que, al finalizar el Curso, pasen con éxito un examen que comprenderá cinco ejercicios escritos sobre las materias que figuran en el programa.

El método de enseñanza comprenderá: Conferencias, seminarios y trabajos prácticos. Se organizarán 105 conferencias y 90 seminarios, relativos a los principales aspectos de la Criminología y en particular sobre el desenvolvimiento de las teorías en el estudio de la Criminología y de la Penología y su aplicación práctica; metodología de la investigación criminológica; aspectos psicológico y psiquiátrico de los actos criminales; la criminalidad considerada desde el punto de vista sociológico; principios de Derecho penal y de procedimiento penal; diversos modos de pronunciarse las penas, y eficacia de las penas y otras medidas de tratamiento; tratamiento institucional y no-institucional de los delincuentes infantiles, juveniles y adultos, y aspectos de la lucha para prevenir la criminalidad.

Los trabajos prácticos organizados durante las vacaciones, y también durante los períodos de escolaridad, se complementarán con estudios en Instituciones penitenciarias y psiquiátras, en Centros de "Probation" y de ayuda post-penal, y en otros establecimientos que se interesan por la prevención de la criminalidad y el tratamiento de los delincuentes. Los trabajos personales se exigirán a través de los seminarios, y la Biblioteca Internacional de Criminología del Instituto estará a disposición de todos los estudiantes inscritos en este Curso.

La enseñanza estará a cargo del *Wolfson* Profesor de Criminología; por los Directores adjuntos de Investigación y del Instituto; por los *Visiting Fellows* del Instituto, por otros Profesores de la Universidad de Cambridge; por conferenciantes invitados; por expertos del *Home Office* y del *Home Office Re-*

*search Unit*, y por otras personalidades que posean experiencia particular en materia de aplicación de la justicia penal.

En el Curso se admitirá a todos los que posean título de Licenciado de Universidad, y no exclusivamente a los Licenciados en Derecho. En casos muy excepcionales podrá admitirse a personas que no tengan título de Licenciado universitario, siempre que hayan realizado alguna contribución importante a las investigaciones de Criminología, o posean una vasta experiencia práctica en la aplicación del Derecho penal. Cada año será limitado el número de inscripciones para mantener un nivel elevado. Los estudiantes inscritos a los Cursos serán admitidos en la Universidad y deberán pedir su inscripción en un Colegio.

Los formularios a rellenar para la inscripción al Curso pueden solicitarse a la siguiente dirección: *The Secretary, Institute of Criminology, 4 Scroope Terrace, Cambridge, England*. Los formularios rellenos, con los documentos justificativos de las condiciones de admisión que se requieren, deberán encontrarse en la Secretaría el 15 de mayo de 1961, o a ser posible antes, porque el Curso comienza en octubre de 1961.



# INDICE GENERAL

## Fascículo I

	Páginas
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores, por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS... ..	5
Estudio penal sobre el secreto médico, por ALEJANDRO DEL TORO MARZAL... ..	19
Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español, por JOSÉ CEREZO MIR... ..	55
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
La recepción en el Derecho español de las sanciones por infracción al derecho de la guerra, por MANUEL MEDINA ORTEGA ... ..	69
Ley 30 julio 1959.—Procedimiento de urgencia... ..	78
Texto de la Ley de Ísrael sobre (castigo) a los nazis y colaboradores nazis ... ..	82
<b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
18 de enero de 1961, por JUAN DEL ROSAL... ..	87
Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1951, por JOSÉ M. <sup>a</sup> GONZÁLEZ SERRANO ... ..	93
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
Culpabilidad y tipicidad, por JAVIER ALBA ... ..	105
Esquema del Derecho penal, en la práctica italiana del siglo XVI (Julio Claro de Alejandría), por MANUEL M. <sup>a</sup> ZORRILLA RUIZ ... ..	111
<b>REVISTA DE LIBROS</b>	
ALÓNSO-CORTÉS CONCEJO, Antonio: "Fundamento de la Responsabilidad Civil Delictual", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	126
BASTERO ARCHANCO, Joaquín: "Hurto de Uso", por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	127
CHAULOT, Paul et SUSINI, Jean: "Le crime en France", por <i>Alberto Laguna Arrazola</i> ... ..	128
DEBUYST, Christián: "Criminels et valeurs vévues", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	129
"Entwurf Eines Strafgesetzbuches Mit Begründug", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	130
ESTUDIOS JURÍDICO-SOCIALES. "Homenaje al Profesor Luis Legaz Lacambra", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	130
FERRACUTI, Dr. Franco: "Appunti di Psicologia Giudiziaria", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	131
LE GALL, André: "Caracterología de la infancia y de la adolescencia", por <i>Juan del Rosal</i> ... ..	133

	Páginas
HASLUCK, Alexandra: "Unwilling Emigrants", por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	134
LE NOUVEAU CODE DE PROCEDURE PENALE. "Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé", por <i>Alberto Laguía Arrazola</i>	136
NYQUIST, Ola: "Juvenile Justice", por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	137
PEDROL RÍUS, Antonio: "Los asesinos del General Prim", por <i>Juan del Rosal</i> ... ..	139
PINATEL, Jean: "La Criminologie", por <i>Juan del Rosal</i> ... ..	140
POLITIQUE CRIMENELLE MODERNE. "Recueil d'études en hommage a la mémoire du Professeur Henri Donnedieu de Vabres", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	140
PROYECTO DE CÓDIGO PENAL, por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	141
SAINZ CANTERO, José Antonio: "El delito de omisión del deber de socorro", por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	142
SCHONK, Schroder: "Strafgesetzbuch Kommentar", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	143
DI TULLIO, B.: "Principi di Criminologia e Psichiatria Forense", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	143
WUKMIR, J. V.: "Psicología de la Orientación vital (Sufro, luego existo)", por <i>Juan del Rosal</i> ... ..	145

## REVISTAS DE REVISTAS

## A l e m a n i a

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—Hefte 1-2 1960, por <i>José Cerezo Mir</i> ... ..	147
--	-----

## A r g e n t i n a

REVISTA DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y DOCUMENTACIÓN CRIMINOLOGICAS.—Número 3-4 1959, por <i>Diego Mosquete</i> ... ..	159
--	-----

## B é l g i c a

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Febrero, marzo 1960, por <i>Alberto Laguía Arrazola</i> ... ..	162
---	-----

## E s t a d o s U n i d o s

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGIE AND POLICE SCIENCE.—Enero-febrero, marzo-abril, mayo-junio, julio-agosto 1959, por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	166
NOTICIARIO ... ..	183