

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XIV
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXI

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:
EUGENIO CUELLO CALÓN
Catedrático de Derecho penal

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

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

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

INDICE

Sección Doctrinal	Páginas
<i>En torno a la inseminación artificial en el campo penal, por Eugenio Cuello Calón</i>	195
<i>Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores», por Manuel Cobo</i>	207
<i>El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador, por Gonzalo Rodríguez Mourullo</i>	233
Sección Legislativa	
<i>La nueva Ley venezolana de Tránsito Terrestre, por Pascual Meneu Monleón</i>	255
Sección de Jurisprudencia	
<i>De la corpartición culposa y determinación de autor, por Juan del Rosal</i>	264
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1960, por José María González Sezrano</i>	289
Crónicas extranjeras	
<i>Cohecho y Soborno, por Antonio Camaño Rosa</i>	281
Revista de libros	310

D'AGOSTINO, A.: "La condotta susseguente al reato", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; ANCONA, Leonardo: "Agustín Gemelli, egregio psicólogo", por *Domingo Teruel Carralero*; ARANZADI: "Legislación penal. Legislación vigente y Jurisprudencia", por *Juan del Rosal*; BATTAGLINI, Giulio: "Fecondazione artificiale e adulterio", por *Eugenio Cuello Calón*; BRASIELLO, T.: "I limiti della responsabilità per danni", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; BRICOLA, Franco: "Dolus in re ipsa (Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo)", por *Manuel Cobo*; CASTRO,

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: Enero-abril 1961.

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 222-92-42, Madrid.

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

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



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XIV
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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

En torno a la inseminación artificial en el campo penal

EUGENIO CUELLO CALON
Catedrático de Universidad

I

El problema de la inseminación artificial, que desde ya largo tiempo bulle en el mundo, ha alcanzado en los últimos años un extraordinario interés. Sin contar otros acontecimientos que han contribuido a acrecer su importancia, dos causas explican principalmente el rango de grave problema biológico, moral, social y jurídico que hoy tiene, estas son, además de su práctica incesante, los procesos desarrollados en algunos países relativos a casos de inseminación artificial, y la elaboración de proyectos legislativos para su represión. Esta cuestión confinada durante largo tiempo en el campo de la doctrina y de la discusión científica ha entrado ya de lleno en el ámbito judicial y de la actividad legislativa.

Aun cuando no es posible fijar con certeza la cifra de las inseminaciones realizadas en los países que la practican, no es aventurado afirmar que su número alcanza importantes proporciones. Durante la última guerra mundial de 10.000 a 20.000 combatientes americanos enviaron su semen a sus mujeres con fines de inseminación artificial. Se calcula que hasta ahora, en Estados Unidos, han sido engendrados por este procedimiento unos 80.000 niños, y después de la guerra alrededor de 15.000 anualmente. En Inglaterra, según los datos de que dispongo, su número llegaría próximamente a 6.000 por año. En Escocia, donde también se practica, no es posible determinar su importancia. En la República Federal Alemana, aun cuando faltan informes seguros, se afirma que las inseminaciones llevadas a cabo por médicos no representan una cifra insignificante. También en Italia, aunque en escala más modesta, se practican o se han practicado, inseminaciones.

En años nada próximos se desarrollaron procesos que decidieron la ilegalidad de inseminaciones practicadas, uno en el Canadá ante el Tribunal Supremo de Ontario, en 1921, y otro en Inglaterra ante la Cámara de los Lores en 1924, ambos declararon la existencia de adulterio, en contra de esta doctrina se cita el fallo de un tribunal escocés que rechazó su admisión. No obstante, estas sentencias carecen de interés desde el punto de vista penal pues el

adulterio no constituye hecho delictivo en estos países y las referidas sentencias fueron pronunciadas en asuntos civiles, y en casos de divorcio o de reconocimiento de hijos ilegítimos. También al campo civil pertenece una importante sentencia de Tribunal civil de Roma de 19 de abril de 1956 que declaró adulterinos los hijos nacidos de inseminación artificial, aun realizada con consentimiento del marido impotente.

Mas ahora, casi recientemente, se ha planteado el problema en el terreno penal. Dos fallos pronunciados en Italia en 1958 y 1959, han despertado un interés vivísimo en el mundo científico y en el profesional, jurídico y médico, de este país. Estas sentencias han sido examinadas y discutidas, particularmente en revistas jurídicas, y la prensa periódica, a la que ha transcendido, las ha relatado y comentado extensamente.

He aquí los hechos:

En los días 6 y 7 de noviembre de 1958 se desarrolló ante el Pretor de Padua un proceso motivado por una querrela por adulterio interpuesta por un cierto Carlos Faedda contra su mujer, Carla Cassaroti, de la que estaba consensualmente separado de hecho desde fines de marzo de 1956, sin haber tenido ninguna relación con la misma, la cual el 26 de mayo de 1957 dió a luz una niña. La inculpada se defendió asegurando haber quedado encinta a causa de inseminación artificial que le fue practicada por un ginecólogo cuyo nombre no quiso revelar. Se trataba de un caso de inseminación heteróloga, realizada sin consentimiento, ni conocimiento del marido, con germen de un hombre extraño.

El fiscal sostuvo que si en el caso de la imputada no había existido conjunción carnal debía ser, no obstante, considerada adúltera en cuanto, mediante la inseminación artificial efectuada sin conocimiento del cónyuge había atentado contra la fidelidad matrimonial. El Pretor, que absolvió a la procesada, negó que la inseminación pudiera constituir delito de adulterio fundamentando principalmente su fallo sobre las siguientes bases: a) El bien protegido por la norma sobre el adulterio (art. 559 del Cod. penal italiano) es el derecho del cónyuge a la exclusividad sexual, por tanto sólo pueden constituir este delito los hechos *calificados como actos sexuales*. b) La fecundación artificial es un hecho que corresponde no a la sexualidad sino a la genitalidad (a la procreación), es en sustancia un hecho exclusivamente biológico, sin relación con la sensualidad. También se alegó en la sentencia que el adulterio es delito bilateral y que la ley exige entre sus elementos constitutivos la dualidad de conductas, elemento que no concurre en la fecundación artificial.

El Tribunal de apelación de Pádua en sentencia de 16 de febrero de 1959 mantuvo la tesis contraria resolviendo que la mujer que se somete a la inseminación artificial con semilla no proveniente de su marido comete el delito de adulterio pues traiciona el deber de fidelidad *en cuanto introduce en la familia un hijo ex-*

traño. Esta práctica, se argumenta en el fallo, lesiona el orden matrimonial que el estado quiere proteger, con ella desaparece la certidumbre de la prole que el marido tiene el derecho de exigir.

Se espera el fallo decisivo del Tribunal de Casación.

Ambas sentencias han motivado vivos debates. Unos se deciden por la solución del Pretor, que el hecho no constituye adulterio, y señalan la existencia de una laguna legal que debiera ser colmada, y para cuyo fin ya han sido presentados dos proyectos de ley, uno de los diputados Gonella y Manco, del movimiento social italiano, el 25 de noviembre de 1958, otro por los demócratas cristianos Riccio, Russo, Spena y Fruncio, el 8 de abril de 1959. Otros, en menor número, optan por la decisión del Tribunal de apelación, el hecho juzgado constituiría el delito de adulterio previsto en el artículo 559 del Código penal.

Las encontradas opiniones que se han manifestado provienen en gran parte de la regulación de este delito en el Código penal italiano. Hállase comprendido en su Libro segundo, Título XI «De los delitos contra la familia» y en su Capítulo I, «De los delitos contra el matrimonio», artículo 559, que declara: «La mujer adúltera será castigada con reclusión hasta un año. El correo de la adúltera será castigado con la misma pena». No se define el adulterio, ni se determinan los elementos que lo integran. Sólo puede afirmarse, teniendo en cuenta el rótulo que encabeza el capítulo en que está contenido, que es un delito contra el matrimonio.

En las escasas legislaciones (1) que, como la española, exigen como elemento esencial de este delito el «yacimiento» de los adúlteros (art. 449 del Código penal español) la solución es clara, sin «yacimiento», sin conjunción carnal (2), sin ayuntamiento carnal (3), y así lo declara reiteradamente nuestra jurisprudencia, no hay adulterio. Mas allí donde el texto legal no define esta infracción, sistema seguido por el Código penal italiano y por la mayoría de las legislaciones, su definición o la determinación de los elementos que lo integran, es misión que ha quedado encomendada a la doctrina y a la jurisprudencia.

Los penalistas italianos del pasado siglo y alguno del presente, siguiendo el concepto tradicional proveniente del derecho canónico y del derecho común, consideran elemento sustancial del adul-

(1) Solamente Chile, art. 375; Guatemala, art. 325; Honduras, art. 341; Nicaragua, art. 417, y Salvador, art. 388 que reproduciendo el texto español exigen el «yacimiento». El Código penal de Puerto Rico, art. 268, exige «comercio carnal» y Paraguay, art. 295 «cópula carnal consumada».

(2) «Yacimiento o conjunción de sexos». 14 octubre 1947.

(3) «Acceso, ayuntamiento o contacto carnal», 28 oct. 1913; «ayuntamiento carnal», 27 oct. 1928. En otras sentencias se declara que yacimiento equivale a «trato carnal», 16 mar. y 22 jun. 1929.

terio la conjunción carnal. Carrara (4), Majno (5), Puglia (6) y otros criminalistas y entre los modernos Manzini (7-8), mantuvieron esta opinión. Pero la doctrina italiana ha evolucionado considerablemente en este punto y hoy muy autorizados autores afirman que la materialidad del adulterio no sólo está constituida por la conjunción carnal sino también por actos depravados de lujuria que pueden lesionar más gravemente aún que aquélla el deber de fidelidad conyugal (9). De igual modo la jurisprudencia siguiendo la misma orientación, ha declarado en repetidos fallos que el delito de adulterio no sólo se integra con la conjunción carnal, sino también con actos de lascivia. Así, pues, todo género de aberraciones y desvíos sexuales, todos los actos de abyecta lujuria se consideran constitutivos de esta infracción, sólo los casos de leve y pasajera liviandad quedarían excluidos (10).

Inspirados en la evolución de la doctrina, que hemos señalado, y en la orientación actual de la jurisprudencia en esta materia, han sido formulados en los últimos años por diversos juristas conceptos de este delito que denotan la amplitud que actualmente se otorga en Italia a los hechos que lo integran y a su objetividad jurídica. Entre ellos, en cuanto a los hechos que lo constituyen, merece ser destacada la definición de Guarnieri: debe ser considerado adulterio toda relación libidinosa de la mujer con el hombre en la

(4) *Programma* § 1884. Exige el adulterio consumado, consumación que se realiza con la *seminatio intra vas*.

(5) *Commento al Codice penale italiano*, 2.º, Verona, 1890. núm. 2.256.

(6) *Dei delitti di libidine*, Nápoles, 1897, pág. 203.

(7) *Trattato*, VII, pág. 633. Conjunción carnal, normal o anormal. Vid. página 257.

(8) Esta es también la interpretación tradicional en Alemania seguida por BINDING, *Lehrbuch*. B. T. I Leipzig 1902, pág. 221; MITTERMEIER, *Verg. Darstellung*. B. T. 4.º, págs. 91 y 95; FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*, 172, I, 18.ª edic., 1931, pág. 389; SCHÖNKE-SCHRÖDER 9.ª edic. 1959, página 690; MAURACH, *Deutsches Strafrecht*. B. T. 2.ª edic. 1956. La jurisprudencia alemana ha seguido esta doctrina. Vid. NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts*, Tubinga, 1950, pág. 104. En Francia es la mantenida por GARRAUD, *Traité*, 5.º, 3.ª edic., 1924, pág. 576, y otros autores.

(9) G. BATTAGLINI, *Diritto Penale*, 3.ª edic., 1949, págs. 65, 166, 492; MAGGIORE, *Principi di Diritto Penale*. Parte speciale. 3.ª edic., Bologna 1948, 2.º, página 646; PISARIA, *Delitti contro la famiglia*, Turin 1953, págs. 516 y siguientes.

(10) El Tribunal de Casación de Italia ha decidido que para la existencia de adulterio "basta que la mujer abandone su cuerpo a los deseos libidinosos de su cómplice", 10 diciembre 1934; que es inútil respecto de este delito distinguir entre actos de lujuria y actos de conjunción carnal, 4 enero 1937; que el adulterio puede configurarse en solos actos de lascivia, 23 junio 1953; otra sentencia declara "que el mismo Tribunal ha establecido repetidamente que el elemento material del adulterio se concreta en que la mujer ofrezca el propio cuerpo, aun para simples actos de lascivia" y añade que "si la noción del adulterio se restringiese a la sola conjunción carnal se produciría una notable e injustificable limitación a la represión de los actos en los que se materializa la infracción del deber de fidelidad quedando fuera de éste no sólo los cautos y preparatorios hechos libidinosos, sino hasta las aberraciones sexuales", 10 enero 1958.

que entre en juego un órgano del sexo. (11) Respecto de su objetividad jurídica, Pisapia, que ha reelaborado con gran aceptación la doctrina de este delito, establece como fundamento de su incriminación el *deber de fidelidad* que incumbe a la mujer, y correlativamente la lesión del derecho a la *exclusividad sexual* que pertenece al marido (12).

Asimismo en los últimos años han aparecido en Italia opiniones que contrastan considerablemente con las anteriores en la estimación de la materialidad del adulterio, que, desde el derecho intermedio hasta nuestros días, fue conceptualizado sin disputa como hecho de naturaleza sexual, y, asimismo, en la apreciación de su objetividad jurídica concretada unánimemente en la violación del deber de fidelidad sexual de la mujer. Con estas ideas se enfrentan ahora algunas concepciones que relegan a lugar muy secundario, o desatienden, su contenido sexual y conceptúan este delito, esencialmente como un atentado contra la misión de propagación de la prole, fin primordial del matrimonio y contra la certidumbre de la misma. Detrás de estas ideas el P. Lener, en un amplio estudio sobre la fecundación artificial (13), considera que toda conducta encaminada a la procreación de la prole fuera de la exclusividad que pertenece a ambos cónyuges constituye la forma más grave y fundamental del adulterio. La satisfacción del apetito venéreo también constituye adulterio en relación con el fin secundario del matrimonio, el *remedium concupiscentiae*, que, por imposición de aquel principio de exclusividad, sólo debe ser buscado por cada uno de los cónyuges en el cuerpo del otro (14).

Otras destacan principalmente la amenaza de la *turbatio sanguinis* por la entrada de elementos extraños en la familia (15). Limoncelli, dentro de la concepción del adulterio como lesión del fin de procreación señalado al matrimonio, pone de relieve el peligro que entraña para la conservación de la legitimidad de la descendencia (16), doctrina también mantenida por el Tribunal de apelación de Pádua, en la sentencia antes citada, al declarar que la

(11) *La fecondazione artificiale non può configurare delitto di adulterio* en *Rivista Penale*, 1959, pág. 470 y sgts. La sentencia del Tribunal de Casación de 3 julio 1956 ha declarado que para la existencia de este delito basta el contacto de los órganos genitales de la adúltera o del cómplice con una parte del cuerpo del uno o de la otra.

(12) *Delitti contro la famiglia*, págs. 523-524.

(13) *Civiltà Cattolica*, 1959, números correspondientes al 17 enero, 4 abril, 6 junio, 4 julio, 3 octubre y 21 noviembre.

(14) *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, en *Civiltà Cattolica*, 4 junio 1959, págs. 72 y siguientes.

(15) La entrada de elementos extraños en la familia ya fué tomada en cuenta por nuestras antiguas leyes en un sentido de mero perjuicio económico. "Ca si se empreñare de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos, lo que non avernia a la mujer del adulterio quel marido fiziese con otra". Partida VII, Tit. XVII, Ley 1.

(16) *La fecondazione artificiale* en *Rivista Penale*, 1959, Parte I, págs. 40 y siguientes.

protección penal en este delito aspira a mantener la certidumbre de la prole y evitar la mezcla de elementos ajenos a la familia. La misma finalidad es defendida por Chiarotti para quien el adulterio no puede concretarse sólomente en la lesión del honor sexual del marido, sino de modo fundamental en el interés social de la certeza de la descendencia. (17)

Lo fundamental en estas doctrinas es la infracción de la ordenada procreación de la prole y el mantenimiento de su legitimidad y certeza, el elemento sexual del acto adulterino apenas es tomado en cuenta.

En estas concepciones halla la inseminación artificial heteróloga su equiparación al adulterio. El P. Lener considera evidente que esta clase de inseminación, en cuanto infringe en su más típico y seguro alcance el principio que rige la unidad, incluso biológica, de la sociedad conyugal, violando plenamente el orden jurídico matrimonial, constituye adulterio, y que el comportamiento de la mujer casada que para tener un hijo se somete a inseminación artificial con elemento no proveniente del marido integra la figura legal de la «mujer adúltera» prevista en el artículo 559 del Código penal italiano (18). En la inseminación artificial, arguye Limoncelli, no puede negarse la ofensa al tálamo, la profanación de una fecundación diversa de la dispuesta por la naturaleza. La maniobra técnica, añade, no sólo ofende, sino que suprime por completo al marido comprometiéndolo la integridad del ciclo familiar que la naturaleza quiere sea defendido a toda costa. Según Chiarotti que desde largo tiempo había defendido la misma tesis (19), la inseminación heteróloga puede concretar la materialidad del delito de adulterio, pues constituye un hecho que lesiona el interés público de la certidumbre de la prole (20). Esta idea es también sostenida por Giulio Battanglini, quien dirigiéndose a los que estiman que la ausencia de sanción penal para la fecundación artificial constituye una laguna legislativa, les dice *no hay laguna legal basta la interpretación lógica del derecho positivo*, pues el hecho material del adulterio no lo define la ley (21). «Si el bien jurídico tutelado, declara el fallo del Tribunal de apelación de Pádua, no es la fidelidad sexual, sino el orden jurídico matrimonial, la genitalidad, es evidente que la inseminación artificial de mujer casada con semen no per-

(17) *La fecondazione artificiale attuata con seme di persona diversa del marito configura delitto di adulterio?* en *Archivio Penale*, 1959, fasc. I-II, págs. 55 y siguientes.

(18) *Matrimonio, fedeltà coniugale e inseminazione artificiale*, pág. 76.

(19) *Riflessi giuridici della fecondazione artificiale della donna*, en *Archivio Penale*, 1945, págs. 258 y siguientes.

(20) En el citado artículo en *Archivio Penale*, 1959, págs. 55 y siguientes.

(21) *Fecondazione artificiale e adulterio* en *Giustizia Penale*, 1959, I, col. 107 y siguientes. Con anterioridad ya había sostenido que el adulterio puede someterse con actos diversos de la conjunción carnal, entre ellos mediante la inseminación artificial. *Diritto Penale*, 3.^a edic. Padua, 1949, págs. 65, 166, 402.

teneciente a su marido constituye adulterio porque ataca profundamente el orden que el estado quiere proteger».

Contra esta asimilación de la fecundación artificial heteróloga al adulterio han protestado con ardor gran número de autores que ven fundamentalmente en el hecho material de este delito un acto de naturaleza sexual. La fecundación artificial, sostiene Valentini, es diferente del adulterio ontológica y morfológicamente. Ontológicamente, porque en aquella no es la satisfacción del instinto sexual, sino el deseo de genitividad, lo que origina la acción del sujeto activo. Y morfológicamente el delito, cuando la ley se decida a configurarlo, ha de ser diverso del adulterio, porque no sólo no presupone, sino que excluye categóricamente, la presencia física actual *in se-ro et in corpore*, del varón diverso del marido... «La fecundación artificial *invito coniuge* no puede ser asimilada al delito de adulterio sin infringir paladinamente las fundamentales garantías de aplicabilidad del derecho penal consagradas en el artículo 1.º de este Código (se refiere al principio de legalidad)» (22). La fecundación artificial, manifiesta Guarnieri, no puede constituir adulterio por que la objetividad jurídica de este no se halla en la fecundación, sino en la violación del derecho de exclusividad sexual respecto del otro cónyuge. La inseminación artificial es un hecho que no pertenece a la sexualidad, sino a la genitalidad, es un hecho exclusivamente biológico sin conexión con la libidine. La mujer en la inseminación artificial no recibe una sensación sexual (23). Righi rechaza que la razón de la tutela penal en el delito de adulterio sea el peligro de la incertidumbre de la prole y observa también, como otros autores, que en tal caso no cometería este delito la mujer afecta de esterilidad incurable. La inseminación con germen de un tercero, añade, no realiza los requisitos exigidos por el adulterio por faltar la unión carnal que es esencial elemento integrante (24). Pisapia, impugnando la opinión de Chiarotti, que, como ya hemos manifestado, considera la inseminación heteróloga constitutiva de adulterio, rechaza tal idea pues considera que la objetividad jurídica de este delito, no está en la fecundación, sino en la violación del derecho a la exclusividad sexual del cónyuge respecto del otro cónyuge (25). La idea de que la inseminación constituye adulterio es también rechazada por Ranieri (26), Beraci, (27),

(22) *Ancora in tema di adulterio per inseminazione artificiale en Giustizia Penale*, 1959, col. 740 y siguientes. Nota a la sentencia del Tribunal de Apelación de Pádua de 16 febrero 1959.

(23) Artículo citado en *Rivista Penale*, 1959, págs. 470 y siguientes.

(24) *Aspetti della fecondazione artificiale en Giustizia Penale*, 1959, I, col. III y sigs.

(25) *Dilitti contro la famiglia*, pág. 520, nota 3.

(26) El adulterio exige una conjunción, natural o anormal, de cuerpos por vía del sexo, si no existe tal conjunción no hay adulterio. *Adulterio e fecondazione artificiale*, en *Scuola Positiva*, 1959, núm. 1, pág. 65.

Pannain (28) y otros autores, y hace largo tiempo ya lo fue por Manzini. Fuera de Italia, en países donde este problema apenas ha sido objeto de controversia, se ha declarado también que la inseminación no constituye un acto adulterino (29).

Esta es creo la tesis verdadera, la inseminación heteróloga no puede constituir adulterio. Siempre, desde los siglos más remotos se ha considerado este delito como un hecho sexual.

En el derecho romano de la época republicana y más tarde en la *Lex Julia de adulteriis coercendis* estaba constituido por el comercio carnal, asimismo en el derecho germánico y en el canónico que lo calificó como delito grave y grave pecado de lujuria. Las legislaciones posteriores que lo definieron le atribuyeron siempre marcado carácter sexual y de igual manera fue considerado por la Jurisprudencia de todos los países. Solamente el antes citado fallo del Tribunal de apelación de Pádua se ha alejado, por vez primera, de esta calificación secular. En España siempre fue conceptuado como hecho sexual. Las antiguas leyes, que no lo definen, regulan juntos como delitos de análoga naturaleza, adulterios y «fornicios» (Fuero Juzgo, Lib. III, Tit IV, Fuero Real, Lib. IV, Tit. VII). Las Partidas ya señalan su elemento esencial, el «yacimiento» que es acogido en los Códigos de siglo XIX y en el hoy vigente (Part. VII, Tit. XVII, Ley I). La doctrina desde la más antigua a la de nuestros días, salvando muy escasas excepciones, proclama su naturaleza sexual. El carácter sexual del adulterio es universalmente reconocido.

Por el contrario, la inseminación artificial no es un acto de naturaleza sexual, es un hecho exclusivamente biológico cuyo único fin es la fecundación. Los adúlteros sólo persiguen la satisfacción del instinto sexual, no desean engendrar hijos, sino más bien evitar su concepción. Nada más contrario a la sexualidad que la inseminación artificial, con su apariencia de intervención quirúrgica, con jeringuillas, inyecciones, cánulas, gasas antisépticas, y otros accesorios quirúrgicos. No es posible que quede subsumida en el tipo penal del adulterio.

I I

En las primeras líneas de este trabajo se manifestaba que una de las causas que han acrecido la atención que este problema suscita se hallaba en haber sido llevada su solución al campo le-

(27) *Fecundazione artificiale, adulterio e prova del reato*, en *Rivista Penale*, 1959, págs. 384 y siguientes.

(28) En breve nota al fin del artículo de CHIAROTTI, anteriormente citado, este penalista manifiesta el "más enérgico disenso" de la opinión de este jurista. El hecho, añade, no constituye adulterio.

(29) VOUIN, en Francia, *Précis de Droit pénal spécial*, 3.^a edic. París, 1953, página 297; en Alemania, SCHÖNKE-SCHÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 9.^a edición, 1959, Munich-Berlín, pág. 690.

gislativo. Y, en efecto, por vez primera la inseminación artificial, en su aspecto más dañoso e inmoral, la denominada heteróloga, aparece incluída como hecho delictivo en un reciente proyecto de Código penal, en el proyecto alemán de 1960. Su texto no emplea la usual denominación «inseminación artificial», sino la de «transferencia artificial de semen» (Künstliche Samenübertragung) (30).

«Como la inseminación artificial trastorna las raíces de la vida común humana, un moderno Código penal no puede descuidarla» declara la exposición de motivos. Se ha procurado, añade, elaborar la regulación de su aspecto penal en cuanto parece indispensable, actualmente, en la República Federal Alemana. (31)

La inseminación homóloga, la efectuada con germen del marido y con consentimiento de ambos cónyuges, si puede ser rechazada por razones religiosas o filosóficas, no debe ser objeto de sanción penal. Esta es la postura adoptada en el proyecto. En este mismo sentido, informa la exposición de motivos, se inspiraban las manifestaciones provenientes de los círculos eclesiásticos, así como de los médicos, psiquiátricos y psicológicos. Las razones que se invocan a favor de su impunidad son el común amor de los cónyuges a los que esté negado por vía natural la bendición de los hijos, el niño engendrado, en este caso, es hijo de ambos cónyuges. Por otra parte, se añade, los intereses del niño no exigen una regulación legal de su personalidad, pues su condición personal y jurídica no está en peligro. Sólo es necesario como precaución legal que en la intervención sean observadas las exigencias del arte médico (32).

Pero la inseminación heteróloga se juzga de modo diverso. Aquí se halla la verdadera dificultad de la inseminación artificial. La exposición de motivos enumera sus peligros. Su práctica con semen no proveniente del marido la asemeja a un adulterio. Aquí no cambia nada el consentimiento de los interesados. La aparición del dador del semen puede ser perjudicial para el marido, para la mujer, como para el niño. La posibilidad de un lazo sentimental de la mujer con el hombre extraño no debe ser excluída, conduce, como la experiencia enseña, en considerable número de casos a la destrucción de la comunidad conyugal con lo que se excluye la finalidad de la inseminación artificial que es asegurar la armonía del matrimonio mediante la felicidad del niño.

También es causa de graves incertidumbres desde el punto de

(30) No obstante esta peculiar denominación seguiremos empleando la más general y difundida "inseminación artificial".

Bajo la designación "transferencia artificial de semen" declara la exposición de motivos (*Begründung*, pág. 329) se entiende el transporte de los espermatozoos del hombre a los órganos de reproducción de la mujer por modo diverso de la cohabitación.

(31) *Begründung*, pág. 329.

(32) *Begründung*, pág. 330.

vista del niño. Su situación en el matrimonio está fundada sobre una continua mentira de los cónyuges y puede, desde el punto de vista social y jurídico, sufrir una fuerte sacudida cuando una crisis del matrimonio o un desarrollo indeseable del niño afloje el lazo que les une a éste. Existe además el peligro de una inseminación desfavorable hereditariamente, o incestuosa. Sobre todo los intereses del niño son menospreciados, el conocimiento de sus derechos como hombre, el de quién sea su padre, le son defraudados sistemáticamente (33).

La exposición de motivos condena asimismo la inseminación artificial en una mujer soltera. En este caso no disminuye las posibilidades de conflicto espiritual. Aquí la situación psicológica, social y jurídica del «niño artificial» que desde el principio es metódicamente separado de su padre, es más agobiadora que la del niño nacido de acceso carnal ilegítimo. Detrás del niño no está el amor de un hombre y de una mujer. En realidad tiene madre pero no tiene padre. La inseminación heteróloga de la mujer no casada encierra, declara la exposición de motivos, el peligro de socavar y degradar más cada vez el matrimonio en su significación de célula germinal del pueblo y de la humanidad. Si se examinan los diversos puntos de vista, religiosos, éticos, sociales, biológicos, médicos y jurídicos para una valoración de la inseminación artificial, no puede menos de rechazarse tanto para la mujer casada como para la soltera. En este punto, todos los círculos que han manifestado su opinión con motivo de la preparación del proyecto de Código penal, están de acuerdo (34).

Sin embargo, la unanimidad cesa en lo referente a si la inseminación heteróloga ha de ser objeto de sanción penal. La LXII Jornada de médicos alemanes (*Deutsche Arzte Tag*) acordó que debía ser rechazada por razones de moralidad, pero no ser objeto de sanción penal. Por el contrario, la Liga de mujeres médicas alemanas y la Sociedad alemana de Psicoterapia y de Psicología profunda se han decidido por su sanción penal. Los círculos eclesiásticos también se han manifestado en este sentido. La Dieta Bávara en sesión de 9 de julio de 1958 solicitó la promulgación de una ley federal que prohibiera la inseminación artificial. La Gran Comisión de Derecho penal que ha preparado y redactado el proyecto del nuevo Código penal, considerando que semejante intervención conmueve profundamente las raíces de las buenas costumbres y de la cultura humana, ha estimado imprescindible castigar la inseminación heteróloga en la futura ley criminal de Alemania.

La ley, manifiesta la exposición de motivos, debía exteriorizar con toda claridad y decisión la inadmisibilidad ético-social de la inseminación heteróloga. La posibilidad de proceder con-

(33) *Begründung*, pág. 330.

(34) *Begründung*, pág. 331.

tra los médicos con sanciones de carácter corporativo no proporciona suficiente protección contra los abusos, además, a veces, pueden presentarse casos en que habrá de procederse contra personas que no son médicos. Solo con una disposición penal puede procederse de modo oportuno y eficaz (35).

La transferencia artificial de semen (*Künstliche Samenübertragung*) está prevista y penada en el § 203 del proyecto, incluida en el grupo de «delitos contra el matrimonio, la familia y el estado de las personas».

He aquí su texto:

§ 203.

1. «El que ejecutare sobre una mujer una inseminación artificial (36) será castigado con prisión hasta tres años.»

2. «La mujer que permitiere sobre sí misma una inseminación artificial será castigada con prisión hasta dos años o con arresto penal.»

3. «Los párrafos 1 y 2 no serán aplicables cuando un médico, con consentimiento de ambos cónyuges, insemine con semen del marido a su mujer.»

4. «Si el hecho del párrafo 1 fuere ejecutado sin consentimiento de la mujer, la pena de prisión no será inferior a seis meses.»

De acuerdo con el texto anterior, son punibles la inseminación heteróloga practicada sobre la mujer casada, aun con consentimiento de su marido, y la practicada sobre la mujer soltera.

Se permite la inseminación homóloga efectuada por médico con consentimiento de ambos cónyuges. Mas esta será punible si se practica sin consentimiento de ambos cónyuges o sin intervención de médico.

No es punible la inseminación homóloga o heteróloga practicada por la mujer sobre sí misma, sin cooperación ajena. Respecto de este caso, la exposición de motivos manifiesta que no ha parecido necesario someter a la amenaza penal semejante conducta de la mujer que prácticamente no desempeña papel alguno (37).

El texto del proyecto, de acuerdo con la valoración ética y social de la inseminación artificial generalmente aceptada, somete a pena la inseminación heteróloga, y castiga, asimismo, la homóloga realizada sin consentimiento o sin intervención médica. Hasta aquí el proyecto se inspira en las normas generalmente reconocidas. Mas la impunidad establecida para la autoinsemina-

(35) *Begründung*, pág. 331.

(36) También en la traducción del texto de este artículo empleamos en lugar de la denominación "transferencia artificial de semen" que es la utilizada en el proyecto, la más frecuente y difundida "inseminación artificial".

(37) *Begründung*, pág. 331.

ción, para la ejecutada por la mujer misma, no parece justificada. Admitiéndose como posible la práctica de la inseminación ejecutada sin cooperación ajena por mujer conocedora de la técnica adecuada, en particular, en el caso de inseminación heteróloga, podrán producirse los graves males que ésta origina sin que sea factible oponerla el eficaz obstáculo de la amenaza penal (38).

(38) El problema general de la inseminación artificial desde el punto de vista penal ha sido estudiado por mí con mayor amplitud en *El aspecto penal de la fecundación artificial*, en *Tres temas penales*, Barcelona 1955.

Consideraciones técnico-jurídicas sobre la «sustracción de menores»

(Objetos y sujetos de la «sustracción de menores»)

Dr. MANUEL COBO

Profesor adjunto de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: *Primera parte.*—I) Observación general.—II) Planteamiento del tema y reflexión acerca del «bien jurídico».—III) El bien jurídico: A) La libertad como bien jurídico. Crítica. B) La seguridad como bien jurídico. Crítica. C) El bien jurídico protegido en la «sustracción de menores». 1. Premisa: socialización de los derechos individuales. 2. Justificación y formulación del bien jurídico.

I) OBSERVACIÓN GENERAL.

Las razones que me han movido a escoger el tema presente (I) son varias. Quizá fuese la primera el olvido en que se encuentran los problemas que ofrece la Parte Especial, que hacen se halle, en el mejor de los casos, en una fase puramente exegética, como agudamente explanara, entre otros, F. Grispigni (2). El

(1) Ponencia desarrollada en el Seminario de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, completamente reelaborada para su publicación. (Curso 1959-60.)

(2) Así, F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, 3.^a ed., Milano, 1950, cap. I: «Dall'eségesi alla dommatica della Parte Speciale del Diritto penale», págs. V y sigs, 128 y sigs, y la bibliografía por él citada.—En el mismo sentido, F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale (Parte Speciale)*. T. I. 4.^a ed. Milano, 1960, págs. 1 y sigs. y 10-13, especialmente.—De interés, PISAPIA, *Introduzione alla Parte Speciale del Diritto penale*, Milano, 1948, dedicada por entero al tema.—MEZGER atribuye su impopularidad, a pesar de su realismo, al exceso de materia, que impide ver lo que es esencial. Cfr. E. MEZGER, *Strafrecht*, vol. II (Besonderer Teil), (Ein Studienbuch), 4.^a ed. München-Berlín, 1954, pág. 1.—Vid también DEL ROSAL, *Reflexiones sobre el estudio de la Parte Especial del Derecho penal*, en «Rev. de Estudios Penales», t. I. Valladolid, 1942-43, págs. 1 y sigs.—JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, t. III, Buenos Aires, 1951, págs. 801 y sigs.—QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal*, vol. II, Madrid, 1958, págs. 1 y sigs., y la abundante bibliografía por ellos citada.—De gran interés, puesto que constituye una verdadera aportación y esfuerzo sumamente encomiable para elaborar científicamente la Parte Especial, la obra del prof. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la Parte Especial del Derecho penal*, La Laguna, 1959, completamente dedicada al tema.

anterior estado se agrava en nuestro caso, por cuanto carecemos en España de una obra, y ni siquiera un artículo, que aborde la problemática técnica de la sustracción de menores (3). Una última razón, entre otras muchas que no son del caso, dimana de la peculiaridad, sumamente censurable, de nuestro Código penal: la regulación legal es por demás defectuosa, conteniendo lagunas, presunciones de culpabilidad, graves errores técnicos, que engendran, o por mejor decir, engendrarían un sinnúmero de injustas situaciones.

Ha sido, pues, mi propósito plantear, siquiera de modo imperfecto, *concretos problemas* de una figura de delito de *nuestro* ordenamiento penal, teniendo en cuenta no sólo la utilidad que pudiera representar en orden a una futura reforma, sino también aplicar los conocimientos obtenidos de la Parte General, observar cómo revierten en un caso singular, adquiriendo con ello eficacia práctica y valor instrumental la postura mantenida frente a la teoría jurídica del delito (4).

II) PLANTEAMIENTO DEL TEMA Y REFLEXIÓN ACERCA DEL «BIEN JURÍDICO».

Bajo la genérica rúbrica de «Los delitos contra la libertad y seguridad» (Título XII del Libro II del Código penal) agrupa el legislador español diversas especies delictivas, contándose entre ellas la llamada «sustracción de menores», objeto de regulación en el capítulo II.

El mentado capítulo contiene tres artículos:

a) El 484, que castiga con presidio mayor la sustracción de un menor de siete años.

b) El 485, con reclusión menor, al 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.

c) Y, por último, el 486 pune con arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas al 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.

(3) El tema ha sido tratado de forma sintética en comentarios y obras generales. En la medida que representen interés para la mejor comprensión del presente trabajo serán traídos a colación. Cuando corregimos las pruebas de este artículo, se ha publicado en el anterior número del *Anuario*, un trabajo de QUINTANO RIPOLLÉS, titulado *La relativa sustantividad del delito de sustracción de menores*.—Nos ocuparemos de él en el próximo número de esta Revista.—(Segunda parte de nuestro estudio.)

(4) Sobre este punto, así como para la *reciprocidad* entre ambas Partes, vid., además de la obras citadas en la nota 2, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht* (Eine systematische Darstellung), 6.^a ed. Berlín, 1958, páginas 231-233, especialmente para el inicio del párrafo.—También, ORTEGO COSTALES, *Ensayo*, cit., pág. 14: «la parte especial debe ser concebida como una continuación o un capítulo de la parte general y no como algo

No se pretende agotar la total temática que los citados artículos ofrecen al intérprete e incluso algunas cuestiones ni siquiera serán aludidas. El presente trabajo tiene un ámbito reducido, acotado de propósito con la finalidad de conseguir una mayor simplificación y claridad. Será objeto de meditación, exclusivamente, la determinación de los *sujetos* de dichos delitos en su doble dimensión de sujetos activos y pasivos.

Ahora bien: no obstante la pretensión de limitación perseguida, hemos tenido que revisar algunos puntos referidos directamente con nuestro estudio. Unos, han funcionado a modo de instrumento metódico para llegar a la raíz de problemas que de otra forma tendrían una insatisfactoria solución técnica. Otros, quizá los más, han representado un papel negativo, delimitador del tema, proporcionándole una diferenciación con cuestiones que pudieran ser afines. Sin embargo, no todos ellos serán traídos a este artículo: sólo los que puedan ser utilizados al objeto de conseguir una mejor comprensión. En Derecho penal, como en cualquier otra disciplina jurídica, se ha de tender no a la erudición, sino al planteamiento de problemas y a la búsqueda de sus soluciones. Y ello por una razón fundamental: porque de la primera forma no se hará nunca ciencia, ni técnica, por muy buena fe que se ponga (5).

No ha sido mi intención, en momento alguno, apuntar, ni menos determinar, el significado y alcance del bien jurídico en su genérica formulación. Dicha cuestión es objeto de estudio en la Parte General (6). No obstante, es obligado tener presente, con vir-

opuesto a ella»; de interés, igualmente, las págs. 17-18.—Especial consideración en R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besonderer Teil), 2.^a ed. Karlsruhe, 1956, págs. 3-11. R. PANNAIN, *Manuale di Diritto penale*, II (Parte Speciale), t. I, Torino, 1957, pág. 2.

(5) De interés sobre dicha cuestión el *Prólogo* del prof. RODRÍGUEZ MUÑOZ a la *Teoría general del delito*, de F. CARNELUTI (trad. esp. de V. CONDE), Madrid, 1941, especialmente págs. XX-XXI, por sólo citar un pasaje, entre otro muchos, representativo de su pensamiento.

(6) En referencia con el desarrollo dogmático del bien jurídico pueden consultarse las obras que a continuación señalamos, que suponen una toma de posición frente a los problemas que ha venido planteando. Hemos preferido citar «Manuales» y «Tratados» —sin perjuicio de aludir, en lo menester, a trabajos concretos y especializados—, pues en ellos se observa, mejor que en otros, el ciclo total y funcionamiento del bien jurídico en una completa teoría jurídica del delito.

Vid., entre otras, DEL ROSAL, *Una nueva concepción del delito*, Granada, 1943, págs. 52 y sigs., para la dogmática alemana de la época nazi. Del mismo autor, *Derecho penal español* (Parte General), t. I, Madrid, 1960, págs. 313-315.—De interés, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Parte General), t. I, Madrid, 1949, págs. 180-183. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, cit. T. cit., págs. 87 y sigs. STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, págs. 97 y sigs. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Parte General), t. I, 13.^a ed. Barcelona, 1960, págs. 270-271.—Una crítica, reduciendo su valor sistemático proyectado a la Parte Especial, en el interesante *Ensayo*, cit., del prof. ORTEGO COSTALES (págs. 70 y sigs.).—Recientemente una exposición en C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *La crisis del contenido sustancial del delito*, en «Anuario de D. P. y C. P.» T. XIII,

tualidad para todas las figuras delictivas, que su determinación es *necesaria*, aunque no la única ni en algunos casos la más importante (7). No quiere decir que se adopte una postura de crítica e inadmisión de su función en la parte especial: el presente trabajo es prueba de ello. Lo que sucede es que partimos y se tiene en cuenta su limitación, que hoy admiten sus más acérrimos partidarios (8).

En nuestro caso la concreción del bien jurídico adquiere im-Fasc. III, Madrid, 1960, págs. 385 y sigs., y la abundante bibliografía por ellos citada.

En la literatura penal alemana, vid., entre otras, MEZGER, *Strafrecht*, cit., págs. 97 y sigs.—H. MAYER, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, Stuttgart y Köln, 1953, págs. 50 y sigs.—De interés para su función en la Parte Especial, T. WÜRTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe, 1957, págs. 67 y sigs.—H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., págs. 2, 5, 57 y 232, entre otras. R. MACRACH, *Deutsche Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, Karlsruhe, 1958, págs. 168 y sigs. También del mismo autor, *la Besonderer Teil*, cit., págs. 3-11. W. SAUER, *Derecho penal (Parte General)*, (trad. esp. de J. DEL ROSAL y J. CEREZO), Barcelona, 1956, págs. 57 y sigs. y 75. Del mismo autor, *System des Strafrecht (Besonderer Teil)*, Berlín, 1954, págs. 16 y sigs.—Recientemente, J. BAUMANN, *Strafrecht (Allgemeiner Teil)*, (Ein Lehrbuch), Bielefeld, 1960, páginas 109 y sigs., y la especial bibliografía por ellos citada.—Una crítica fortísima en base a postulados políticos, en la obra de colaboración, dirigida por H. GERATS, J. LEKSHAS y J. RENNEBERG, *Lehrbuch des Deutschen Demokratischen Republik*, Berlín, 2.ª ed., 1959, págs. 297 y sigs. (de Lekshas).

En la literatura penal italiana, PETROCELLI, *Principi di Diritto penale*, Padova, 1943, págs. 232 y sigs. PISAPIA, *Ob. cit.*, págs. 113 y sigs.—G. BETTIOL, *Diritto penale (Parte Generale)*, 4.ª ed., Palermo, 1958, págs. 139 y sigs., 221 y sigs., entre otras.—En tono crítico, y restringiendo su función en la Parte Especial, F. ANTOISEI, *Manuale di Diritto penale (Parte Generale)*, 4.ª ed. Milano, 1960, págs. 125 y sigs. Del mismo autor *la Parte Speciale*, cit. T. cit., págs. 13-18. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955, págs. 2 y sigs., y la bibliografía por ellos citada. Siempre de interés la obra de G. BATTAGLINI, *Diritto penale (Parte Generale)*, 2.ª ed. Bologna, 1940, págs. 91 y sigs.

Para la literatura penal sudamericana, vid., entre otras, además de la ya cit. de JIMÉNEZ DE ASÚA, SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, 1945, págs. 279 y sigs., 346 y sigs.—T. III (Parte Especial), Buenos Aires, 1945, págs. 11-15.—C. FONTÁN BALESTRA, *Manual de Derecho penal (Parte General)*, Buenos Aires, 1940, págs. 221 y sigs.—También *la Parte Especial*, t. I, Buenos Aires, 1951, págs. 15-16.—RICARDO C. NÚÑEZ, *Derecho penal argentino (Parte General)*, t. I, Buenos Aires, 1959, págs. 249 y sigs.—VERA BARROS, *Sistema legal de clasificación de los delitos (Delitos contra la honestidad. Bienes jurídicos)*, en «Rev. Jurisprudencia Argentina», núm. 6.916, de 4 nov. 1957.—Extensamente, F. GRISOLÍA, *El objeto jurídico del delito*, sep. de «Rev. de Ciencias Penales», t. XVII, núm. 3, Santiago de Chile, 1959, y la bibliografía por ellos citada.

(7) Cfr. F. ANTOISEI, *Parte Speciale*, cit., t. cit., pág. 17. El mismo pensamiento en sus *Scritti di Diritto penale* («Il problema del bene giuridico»). Milano, 1955, págs. 97-129.—ORTEGO COSTALES, *Ensayo*, cit., págs. 70-75, entre otros.

(8) Vid. a modo de ejemplo, recientemente, el artículo de G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, en «Riv. It. di Dir. e Proc. Pen.», 1959, pág. 714, cuando dice: «el bien jurídico no puede ser el único criterio en un sistema penal anclado al principio de legalidad» ... y más adelante

portancia, puesto que proporcionará inmejorables datos en la búsqueda de los sujetos activo y pasivo (9). Su estudio mostrará, sin embargo, al igual que el posterior referido a los sujetos, ese carácter *fragmentario* de la Parte Especial, inevitable en algunos casos, pese a los mayores esfuerzos (10).

Conocido el bien jurídico, o al menos concretado como hipótesis de trabajo, puede entonces contestarse a las preguntas de *quiénes* son sus titulares y *quiénes* pueden lesionarlo o ponerlo en peligro.

III) EL BIEN JURÍDICO.

¿Qué bienes jurídicos protege el legislador en los artículos 484, 485 y 486?

Pudiera decirse que a esta pregunta contesta el propio Código cuando los coloca bajo el título de delitos contra «libertad» y «seguridad» (11). Sin duda sería una cómoda solución, pero hasta cierto punto tan sólo satisfactoria. Debemos, por tanto, examinar si efectivamente «libertad» y «seguridad» funcionan como bienes jurídicos e intentar revisar, con el más limitado alcance, la doctrina de los autorizados penalistas que se han pronunciado en un sentido o en otro. Se ha sostenido que opera:

A) *La libertad como bien jurídico protegido.—Crítica.*

Veamos en qué forma (12):

1. Por algunos comentaristas se ha sugerido que la «libertad individual» es el bien jurídico protegido en la rúbrica «delitos contra la libertad y seguridad» (13), incidiendo en una afirmación

(pág. 716), «*todo el delito no está, por consiguiente, en el bien jurídico, pero el bien jurídico es indispensable a la noción del delito porque sin lesión de un bien de la vida social, el juicio de antijuricidad es imposible*».

(9) Pudiera haberse estudiado de acuerdo con otro concepto central; por ejemplo, el verbo núcleo del tipo —que ya de suyo es discutible en cada uno de los tres supuestos—, pero en nuestro caso difícilmente hubiera proporcionado una base unitaria y nos hubiéramos visto obligados a atomizar, excesivamente, el tratamiento de cada figura delictiva.

(10) Así, F. ANTOLISEI, *Parte Speciale*, cit., t. cit., pág. 13.—H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 232.—De interés, H. MAYER, *Strafrecht*, cit., pág. 56, entre otros.—Muy interesante, H. WELZEL, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, t. V. (Besond. Teil), Bonn, 1958, pág. 137, en su ponencia sobre la sistemática de la Parte Especial.

(11) De antemano, cabe decir, conforme se ha apuntado recientemente, y a la vista de parecido problema interpretativo, que «no basta el examen del epígrafe para desentrañar la materia que contiene, porque el derecho objeto de tutela no puede alcanzarse, en la mayoría de los casos, del solo concepto expresado en el *título*, sino a través del análisis de los aspectos concretos de ese bien jurídico contenido en las figuras que componen los capítulos que lo integran». Cfr., VERA BARRIOS, art. cit., pág. 1.

(12) Nos ocuparemos de las posturas que se han definido con caracteres más acusados, de forma expresa. Igualmente, serán tenidos en cuenta y citados en sus oportunos lugares, los autores que se han ido adhiriendo a las mismas.

un tanto ambigua, porque no singularizan, con sus límites precisos, la objetividad jurídica infringida, a pesar de la genérica afirmación que hacen en primer lugar (14).

2. Sumamente interesante es la tesis sostenida por el profesor Rodríguez Muñoz y Jaso Roldán, con fundamento en la formulación de Binding acerca de los delitos contra la libertad (15). Tras unas acertadas palabras de censura sobre el sistema seguido por el legislador español, afirman que la «sustracción de menores» representa el tránsito de los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad (16). Entienden la libertad a modo «status» que garantiza la libre actuación de la voluntad y de resolución de la misma (17). Ahora bien—dicen más adelante, haciendo referencia concreta a la «sustracción de menores»—, la supresión de la «situación de poder», creada por las instituciones de patria potestad, tutela, etc., y que se ejercitan sobre el menor, es la característica esencial de los delitos del capítulo II del título XII. Pero si únicamente comportara la supresión de una «situación de poder», su colocación sistemática obligada sería entre los delitos contra la voluntad, cosa que no sucede así en razón a que la figura bá-

(13) Cfr., SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, t. II (Parte Especial), 5.^a ed., Madrid, 1950, pág. 361.—Igualmente, CARLOS MONTERO HIDALGO, *Informe-contestación a las 46 preguntas que comprende el interrogatorio sobre el Código Penal, circulado con la Real Orden de 20 de abril de 1851*. Sevilla, 1852, pág. 302, cuando dice: «se hallan bien definidos y proporcionalmente castigados los delitos contra la seguridad y libertad individuales, y, como consecuencia, bastante protegidos estos derechos».

(14) Así, SÁNCHEZ TEJERINA, tras aceptar la «libertad individual» como bien jurídico protegido de la rúbrica, dice refiriéndose concretamente a la «sustracción de menores»: «la ley previene y castiga severamente la sustracción de menores, porque, de darse algún caso, la alarma que produciría en las familias sería grande» (*Ob. cit.*, pág. 364).

(15) Vid. K. BINDING, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts* (Besonderer Teil), t. I, 2.^a ed., Leipzig, 1902, págs. 80 y sigs., en las que se formula lo que él denominó «delitos contra la voluntad y libertad» (Die Verbrechen wider Willen und Freiheit) y sus problemas generales (págs. 80-87).—Específicamente para nuestro tema, las págs. 115-117.

(16) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho penal*, Madrid, 1949, pág. 297. (Parte Especial, en colaboración con el prof. RODRÍGUEZ DEVESA. El tema en cuestión fué redactado por JASO ROLDÁN).

(17) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 299. Vid. el juego de la voluntad y libertad y la agrupación de los diferentes delitos en la formulación de BINDING, *Ob. cit.*, págs. 81-82. En sentido parecido, E. MEZGER, *Strafrecht*, cit., (Besond. Teil), cit., pág. 50.—También, en referencia con las coacciones y amenazas, vid. DÍAZ PALOS, *Amenaza*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. II, Barcelona, 1950, pág. 624. Del mismo autor, *Coacción*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. IV, 1952, pág. 213. PUIG PEÑA afirma genéricamente que en el título XII del Libro II, «dos son, pues, los bienes jurídicos protegidos: la libertad y la seguridad», si bien no se concretan específicamente al versar sobre la «sustracción de menores». Pudiera decirse que acepta parecida postura a la de SÁNCHEZ TEJERINA. Vid. su *Derecho penal*, t. IV (Parte Especial), 4.^a ed. Madrid, 1955, págs. 128 y 133 y sigs.—Del mismo autor. *Detenciones ilegales*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. VII, Barcelona, 1955, pág. 384,

sica, la «sustracción de un menor de siete años», supone, «si no fundamentalmente, por lo menos de ordinario, al lado de la supresión, la fundamentación de una nueva situación de poder, aparecen estos delitos como el tránsito entre los delitos contra la libertad a los delitos contra la voluntad» (18).

No deja plena satisfacción la anterior tesis, a pesar de la maestría, por demás reconocida, con que se formula. Así, pues, tenemos:

a) Que se quiebra por entero a la vista del artículo 485, por cuanto para ambos autores es «una presunción de lesión contra la vida» (19), y, en consecuencia, la «libertad» pierde su autonomía para poder ser configurada como bien jurídico (20), si se es consecuente con tal razonamiento.

b) Lo que da sentido antijurídico a las conductas a juicio de dichos autores es, en definitiva, la «supresión de la situación de poder», pero nada más que ella. Es indudable que la fundamentación de una nueva situación de poder supone que la primera haya sido ya quebrantada, suprimida. Técnicamente, y también de hecho, puede darse el 484, y con más razón el 486, así como el 485, sin que se cree una segunda situación de poder: la objetividad jurídica protegida se lesiona con la ruptura de la situación existente. Por tanto, no es esencial el nacimiento de una nueva situación. No cabe, en consecuencia, hablar de «tránsito» —que de suyo supone una ambigüedad—, y que en última instancia es inútil repetición, salvo que se aluda entonces a la existencia de un bien jurídico pluridimensional, de una infracción pluriofensiva.

c) Es cierto que se rompe una «situación de poder», pero ¿qué quiere decirse con esa «situación de poder»? No es más que la concreción de los derechos derivados de una institución jurídica preexistente —llámese patria potestad, tutela o mera guarda—, y así lo reconocen expresamente los autores comentados: «Estas instituciones —se refieren a la patria potestad y tutela—, así como las demás que pueden concebirse, atribuyen a sus titulares una situación de poder sobre las personas de los menores sometidos a ellas, como medio absolutamente necesario para que los titulares puedan cumplir la misión tuitiva que el ordenamiento jurídico les impone» (21).

La voluntad, que cristaliza en el mantenimiento de esa situación de poder, no es la que se lesiona, sino el título jurídico —valga la expresión— de la que nace. Es decir: los derechos que originan precisamente esa *legal* relación de poder (22), la institución jurídica que se ha previsto para la protección del menor.

en la que se reproduce la pág. 128 de la anterior ob. cit. En dicho pasaje alude a la «voluntad», pero no referida a la «sustracción de menores».

(18) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 316.

(19) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 317.

(20) Vid., MEZGER, *Strafrecht*, cit. (Besond. Teil), cit., pág. 51.

(21) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, págs. 315-316.

(22) Sería absurdo pensar que el que sustrae a un menor de siete años,

Afirmar que se quebranta la voluntad, o, lo que es lo mismo, la situación de poder, entendida como bien jurídico, supone, con la admiración que merecen las opiniones de ambos penalistas, resaltar y poner de manifiesto la consecuencia y no el origen de la misma, incurriendo con ello en una falta de concreción.

Pudiera aducirse en favor de la tesis comentada, esto es, que la «libertad» es el bien jurídicamente protegido, que en caso contrario se quebrantaría el «nomen iuris», la rúbrica que expresamente utiliza el legislador para titular tales conductas. Dicha objeción, que de suyo tiene un valor relativo (23), no podría alegarse, en este caso concreto, pues en la misma medida se ve quebrantada la rotulación legal si se habla de «delitos contra la voluntad», dado el carácter estrictamente formal del razonamiento.

e) En definitiva, ocurre que la tesis sostenida por los citados autores ha tenido en forma genérica presente, quizá en demasía, la construcción jurídica alemana, especialmente la de Binding, para una realidad jurídico-positiva diferente, como es la española (24). De otra parte, conforme veremos más adelante, ni siquiera hoy se sostiene, de forma tranquila, pareja postura por la doctrina alemana en la concreción del bien jurídico de los citados delitos (25).

3. Tampoco se puede mantener que la libertad es el bien jurídico protegido, conectándola al menor (26). Dicha afirmación

que con anterioridad fue *sustraído*, lesiona la voluntad del primer sustraedor. De aquí, pues, que no sea la *mera voluntad* de mantener una situación de poder lo que tiene relevancia para construir la tesis del bien jurídico, sino el título de la que nace, que la legítima. La infracción ha de ser, en definitiva, de ese derecho y no de lo que origina, de su consecuencia.—El ejemplo difícilmente puede aducirse de contrario, y en referencia con el bien jurídico protegido por el allanamiento de morada, a la vista de la redacción legal del artículo 490 del Código penal.

(23) Vid., ORTEGO COSTALES, *Ensayo*, cit., págs. 73-76, para las inconsecuencias que algunos títulos legales llevan consigo.

(24) Vid., BINDING, *Ob. cit.*, *ls. cit.* y, especialmente, pág. 115.

(25) Vid., por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. pág. 269. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besond. Teil), cit., pág. 110. MEZGER, *Strafrecht*, cit. (Besond. Teil), cit., pág. 61. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* (Kommentar), 9.^a ed. München y Berlin, 1959, pág. 846. En su adecuado lugar veremos cómo se concreta esta disparidad.

(26) LÓPEZ-REY, aunque admitía la libertad como bien jurídico, decía también que podía ser objeto de consideraciones. Cfr., su *Derecho penal* (Parte Especial), Madrid, 1935, pág. 255.—Decidido partidario de esta tesis (libertad como bien jurídico), se mostraba Alejandro GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, t. V, Salamanca, 1893, págs. 566-567, 574 y sigs.—Es curioso, sin embargo, el paralelismo que apunta entre las instituciones civiles y las penales en orden a la protección del menor (págs. 565-566). Más certera es la opinión de QUINTANO RIPOLLÉS. *Compendio*, cit., vol. cit., pág. 292, cuando dice: «el delito de sustracción de menores pudiera considerarse más bien contra la familia, en su caso contra la seguridad, que contra la libertad propiamente dicha». Incluso lo es más que la formulada en sus *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, s. f., pág. 346, que podía dar lugar a dudas, dada la redacción empleada.

nos lleva a interrogar acerca del concepto de «libertad» (27), o al menos de la idea aproximada, que el legislador tuvo para elevarla a la categoría de bien jurídico.

¿Cuál es la idea de libertad que se utiliza en el articulado del título «De los delitos contra la libertad y seguridad»?

Pudiera contestarse, en forma muy simple, de la manera siguiente:

a) Que el legislador español ha entendido la libertad, de manera acusada, en términos excesivamente materializados, mecanizados, como libertad de movimiento, como libertad de la actuación de la voluntad. El anterior aserto se funda en la redacción de los artículos 480, 481, 482, 483, fundamentalmente.

b) También ha usado un concepto más espiritualizado de libertad, en la formación de la voluntad: por ejemplo, en el 490; en parte, el 496 del Código penal vigente. Esta última acepción, en menor escala que la anterior, y con escasa significación para nuestro estudio, dado el contexto del 484, 485 y 486.

Ahora bien: ambos conceptos son, en definitiva, los que han de manejarse en los delitos que tratamos. Es decir: que cuando se hable de libertad, entendida como bien jurídico, ha de hacer-

(27) De interés, BINDING, *Ob. cit.*, págs. 80-82. MAURACH, *Ob. cit.* (Besond. Teil), *cit.*, págs. 93-96. Además de los autores que venimos citando, *vid.*, el tomo de E. FLORIAN, *Dei delitti contro la libertà*, en «Trattato di Diritto penale», vol. II, Parte II, s. f. Milano, págs. 2 y sigs.—Para la idea que tuvo el legislador español, Alejandro GROIZARD, *Ob. cit.*, págs. 530-531. De interés general para un entendimiento de la voz «libertad», *vid.*, de entre la innumerable literatura al respecto, V. CAVALLO, *La libertà umana nella filosofia contemporanea*, Napoli, 1934, *passim*. Del mismo autor, *Libertà e responsabilità*, Napoli, 1934, esp. págs. 10-12.—L. SCARANO, *Libera volontà e libero arbitrio nel Diritto penale*, Milano, 1937, esp. págs. 56-71.—Sebastián SOLER, *Ley, Historia y Libertad*, Buenos Aires, 1943, págs. 210-221, entre otras. H. COING, *Die obersten Grunsätze des Rechts* (Ein Versuch zur Neugründ des Naturrechts), Heidelberg, 1947, esp. págs. 64-70.—Del mismo, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, esp. págs. 31 y 174 y sigs.—O. A. GERMANN, *Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern., 1950, págs. 222-25.—L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Derecho y Libertad*, Buenos Aires, 1952, págs. 129-163, 205, entre otras. El volumen *Liberté et vérité* (Contribution de Professeurs de l'Université Catholique de Louvain a l'étude du thème proposé a l'occasion du bicentenaire de Columbia University), Louvain, 1954, esp. págs. 42 y sigs., 76 y sigs.—Muy interesante, G. VASSALLI, *Il diritto alla libertà morale*, en «Studi in memoria di F. Vassalli», Torino, fechado en Napoli 1957 y dedicado por entero al tema. También los volúmenes *Structures et liberté* (Etudes Carmélitaines), Bruges, 1958, y *Das Problem der Freiheit*, München, 1958, recogiendo cuatro conferencias de H. SCHAFER, H. GRUNDMANN, K. VON RAUMER y H. FREYER, al Congreso de historiadores, celebrado en Ulm (sep. 1956). Recientemente, L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, 1960, págs. 143-161. M. HERRERA FIGUEROA, *Libertad y humanismo*, en «Estudios Jurídicos Sociales» (Homenaje al prof. LEGAZ), t. I, Santiago de Compostela, 1960, págs. 409 y sigs., y las obras allí citadas en especial referencia con el pensamiento filosófico del prof. LEGAZ Y LACAMBRA.—También, Arturo CARLO JEMOLO, *I problemi pratici della libertà*, Milano, 1961, *passim*, y esp. págs. 36 y sigs., 116 y sigs., entre otras.

se, a la vista de los artículos mentados, en referencia con una de las dos versiones apuntadas. No cabe, por tanto, una tercera (?), que difícilmente podría prosperar. Pero, efectivamente, ¿ambas se protegen bajo la específica rúbrica de «la sustracción de menores»? ¿en qué medida se infringen, verificando las descripciones típicas de los citados artículos?

Sin duda, para contestar las anteriores preguntas, es necesario que exista tal «libertad» como bien jurídico. En el presente caso no podemos afirmarlo: ni el supuesto *a)*, ni menos el *b)*, se protegen jurídicamente, por una razón bien sencilla: porque el «menor» —empleando genéricamente dicho sustantivo— carece de las mismas con la autonomía exigida para que tengan rango de bien jurídico. Fundamos dicha afirmación, de acuerdo con las tres hipótesis que pueden plantearse:

Artículo 484:

Difícilmente puede aludirse al supuesto *a)* en la sustracción de un menor de siete años. El menor, en este caso, carece de esa libertad, está sometido a vigilancia: es precisamente lo contrario lo que se protege. Prueba de ello es que se castiga el abandono, y, en consecuencia, la concesión de libertad de acuerdo con el concepto ahora utilizado, concretamente en el artículo 488 del Código penal.

Tampoco puede sostenerse en su segunda acepción, es decir, como libertad en la formación de la voluntad, por cuanto esa voluntad es inoperante. Carece de relevancia la existencia o no de un consentimiento por parte del menor de siete años en orden a una posible justificación de la acción de sustraer (28).

Artículo 485:

Es más difícil todavía, dada la redacción del presente artículo, pensar que la libertad, considerada como bien jurídico, se quebranta con la realización de las conductas delictivas previstas por el legislador. Su naturaleza presuntiva, de un lado: los innumerables supuestos que pueden imaginarse de concierto de voluntades por parte del «encargado» y del «menor», de otro; así como el deber que en última instancia le informa, hacen de suyo sumamente arriesgada la tesis de que la libertad, entendida autónomamente, sea, en realidad, el bien jurídico protegido.

Artículo 486:

En los mismos términos cabe expresarse a la vista del 486. Quizá surgiera alguna duda si se hace un planteamiento *estrictamente formal* de la cuestión, dado que el mentado artículo contiene un tipo de inducción. Así, pudiera razonarse, erróneamente, que la inducción supone atentar contra la libertad en la formación de voluntad, por cuanto una voluntad incide sobre

(28) No otra cosa quiere decir la redacción del artículo 486, que no contempla la inducción de un menor de siete años para que abandone la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona.

otra, sobre su formación al objeto de lograr una coincidencia de fines, provocando la actividad de «abandonar la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona» (29). Es decir: que esa instrumentación de la *voluntad ajena* (30) para la producción del delito, lleva implícito un ataque a la forma *b*) de entender la libertad. Ahora bien: afirmar lo anterior sería desconocer la propia naturaleza de la inducción, ya que el que *decide*, en definitiva, «abandonar la casa» ... es el menor (31), y no el inductor, cuya actividad se agota en la *provocación* (32), subsistiendo siempre libremente la voluntad del inducido (33), puesto que si así no fuera se incidiría por el presunto inductor en otra figura delictiva.

De aquí, pues, que el legislador haya estimado la existencia de una voluntad por parte del mayor de siete años, pero menor de edad, a diferencia del que todavía no cumplió los siete años. Este último, a su juicio, no puede ser inducido (34), tan sólo puede ser sustraído, a pesar de la incorrección técnica que supone, radicada en el entendimiento excesivamente materializado del verbo *sustraer*. Naturalísticamente, es indudable que puede incitarse a un menor de siete años a que abandone la casa de sus padres, pero no sucede así desde el plano normativo deparado por el 486. De acuerdo con dicho precepto *solamente* puede inducirse al que ya cumplió los siete años, so pena de admitir la existencia de una laguna a base de un planteamiento radicalmente *formal* (35). Tenemos, pues, que ontológicamente son di-

(29) Así, OLESA MUÑO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Barcelona, 1958, págs. 53-54.

(30) Cfr. OLESA MUÑO, *Ob. cit.*, l. cit.

(31) Lleva razón OLESA MUÑO al referirse a la inducción al suicidio (artículo 409 del Código penal), cuando afirma: «La adhesión exige la aceptación de una conducta ya *decidida*. El suicida no puede decir que al ser objeto de la inducción se hallaba ya *decidida* su muerte.—El objeto de la decisión y del plan de acción del inductor y del inducido son diferentes. El primero decide provocar la *actividad suicida ajena*; el segundo decide *suicidarse*». (*Ob. cit.*, pág. 54.)

(32) Artículo 4, párrafo 3.º, del Código penal: «La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración, se castigará como inducción».

(33) También, A. TORIO, *Participación en el suicidio y homicidio-suicidio* (Estudio técnico jurídico del artículo 409 del Código penal español), (Tesis Doctoral, Inédita), Valladolid, 1955, al decir: «Téngase en cuenta que el suicidio es *siempre* el producto de una decisión propia» (pág. 196), y, más adelante, «una inducción adecuada para causar una resolución suicida no existe —entendemos— en abstracto» (pág. 199). Igualmente de interés las págs. 246 y sigs.

(34) Dicha cuestión toca el tema de la imputabilidad o no del inducido como exigencia para que se dé el delito de inducción. Volvemos sobre el tema al tratar los sujetos. No obstante, vid., OLESA MUÑO, *Ob. cit.*, págs. 43-46. De gran interés, A. TORIO, *Ob. cit.*, págs. 113 y sigs.

(35) Así agudamente, y con anterioridad a la realización de este tra-

versas las conductas de *sustraer* y las de *inducir*, y el legislador, con una técnica desafortunada, las identifica en el caso de que el inducido no alcanzara la edad de siete años (36).

Podemos preguntarnos, entonces —aunque insistiremos sobre este punto concreto—, ¿por qué el menor de siete años no puede ser inducido y sí el que tiene ocho, pongamos por caso? La única razón que pudiera satisfacer es la de que la Ley, exclusivamente, atribuye operatividad, relevancia, a efectos de la inducción, a la voluntad del que traspasó el límite objetivo de los siete años. Tanto es así, que precisamente dicha relevancia hace que una pura inducción se convierta en sustracción con la considerable diferencia de penalidad que implica. No obstante, téngase muy en cuenta que no se la concede hasta el punto de excluir el carácter delictivo de la conducta. Es decir: que si bien tiene relevancia, lo es tan sólo en la configuración de una u otra figura delictiva, pero en modo alguno tiene eficacia una vez dentro del concreto tipo del 486. Esto es, que no puede utilizarse el consentimiento —expresión de la voluntad del menor—, con virtualidad justificante de la conducta del inductor, aunque autorice un tratamiento jurídico diverso, una valoración penal diferente (37). Llegamos a tal conclusión, porque no es la libertad del menor lo que autónomamente se protege con el 486, ya que es irrelevante que esa voluntad —libertad como formación de la voluntad— que dicho artículo atribuye al mayor de siete años tienda hacia la misma dirección que la del inductor. Es más: es lo que precisamente se requiere para la existencia del delito.

En consecuencia, mal puede ser el bien jurídico protegido por el 486, puesto que su verificación típica no lo quebranta en forma alguna.

Por último, sostener la citada postura —que la libertad es el bien jurídico protegido en el 486—, llevaría a la conclusión, carente de sentido, de que en todo delito de inducción el bien jurídico protegido sería la libre formación de la voluntad. Repetimos: dicha tesis desconocería lo que técnicamente significa la inducción, incurriendo en una confusión lastimosa.

Desde otra perspectiva, y en base a un exacerbado formalis-

bajo, ya dijo A. TORIO, frente a este concreto problema: «Existe aparentemente una laguna de la ley, que no queriendo llegar al absurdo de que la conducta sea punible de frente al menor de siete años e impune cuando no ha alcanzado esta edad, debe ser llenada con el único criterio posible en el presente supuesto: entender tal conducta de inducción como sustracción de un *menor de siete años*» (*Ob. cit.*, pág. 126).

(36) Una correcta interpretación de los verbos «sustraer» e «inducir», en A. TORIO, *Ob. cit.*, págs. 126-128, fundada en una fina hermenéutica de la específica rúbrica de los delitos en cuestión, en contra de la doctrina española citada por el autor.

(37) Certeramente A. TORIO, cuando afirma que en el presente artículo «jurídicamente existe en aquel supuesto una voluntad que *ya posee una cierta relevancia*» (*Ob. cit.*, pág. 128).

mo, se apuntaría que la libertad entendida en la acepción *b*) es el bien jurídico protegido, ya que el ordenamiento penal no castiga al menor de edad, pero mayor de dieciséis años, por ser su titular y admitir la disponibilidad de tal bien, debiendo hacerlo, en razón al carácter plurisubjetivo de la inducción. Sin embargo, no es precisamente eso lo que sucede: el inducido queda impune, no porque pueda disponer del bien jurídico, ni porque sea el «objeto de protección penal» (38), sino porque hay una renuncia del ordenamiento jurídico-penal, por razones de corte político-criminal (39). No otra cosa significa, por ejemplo, el artículo 156 del Código civil.

En resumen, puede decirse que la libertad, tanto en el supuesto *a*) como en el *b*), conectada al menor, carece de relevan-

(38) Cierta confusión parece desprenderse de dos afirmaciones que lleva a cabo OLESA MUÑOZ, en referencia con el tema que nos ocupa: 1.—«Que el sujeto inducido es *objeto de protección penal y no sujeto activo del delito* resulta de la propia figura, que no distingue entre el *mayor de siete años y menor de dieciséis* (minoría penal) y el que *siendo menor de edad hubiere, sin embargo, cumplido los dieciséis.*» 2.—«El valor objeto de protección penal es en la inducción al suicidio, y en el aquí comentado artículo 486 de muy diversa jerarquía. El suicidio es irreversible, no así el abandono del hogar.» (*Ob. cit.*, págs. 42-43 y 44, respectivamente).

Hemos de precisar, a la vista de los citados pasajes, lo siguiente:

1.—Que mal puede ser «objeto de protección penal» el propio sujeto inducido. Técnicamente lo veda el carácter categorial de dicho objeto, constituido por un bien (valor o interés).—El autor así lo admite en otros lugares de su obra al tratar de la inducción al suicidio (págs. 25, 30, 34, etc.). De otra parte, carece de apoyo legal en el vigente Código, y de suyo sería discutible con una redacción tan favorable como en su día lo fue la del Código de 1928 (Vid. CUELLO CALÓN, *Código penal de 8 de septiembre de 1928*, Barcelona, 1929, págs. 349 y 352. Una fuerte crítica al sistema seguido por el Código del 28, precisamente sobre este mismo extremo en JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al Código de 1928*, Madrid, 1929, págs. 339-340). El hecho de que el 486 no distinga entre el menor de dieciséis años, pero mayor de siete, y el menor de edad pero mayor de dieciséis, no significa que el inducido sea el «objeto de protección penal», sino que el menor de edad, independientemente de que haya o no cumplido dieciséis años, y no se encuentre legalmente emancipado, ha de vivir junto a sus padres, tutores o encargados de su persona. (Vid., por ejemplo, los artículos 155, 199, 200 y concordantes del Código civil vigente).

2.—El segundo párrafo transcrito induce a pensar, por lo que al 486 se refiere, que se confunden lo que pudiera ser el resultado con el llamado «objeto de protección», dada la correlatividad de la frase. Entonces, se afirmarí que el mentado «objeto» sería el «abandono del hogar», incurriendo, de nuevo, en contradicción con lo más arriba apuntado.—Cuanto menos, dicha redacción da pie para que genere la duda.

(39) Así, RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN: «las legislaciones se han inclinado en todo caso por la impunidad de la conducta del menor, por diversas razones, entre las que destacan las de política criminal». (*Ob. cit.*, pág. 316). El texto del artículo 156 del Código civil es, por demás, expresivo en orden a las facultades concedidas al padre o, en su defecto, a la madre. Veremos, al versar sobre los «sujetos», cómo se concreta tal afirmación.

cia en orden a la existencia o no de la conducta delictiva prevista por el 486, exactamente igual que en el 484 y 485. Son, por tanto, aducibles, a mayor abundamiento, los argumentos esgrimidos en sus oportunos lugares, con las restricciones propias de cada peculiaridad delictiva.

Entonces, si no se lesiona la libertad, si subsiste el carácter delictivo de la acción, independientemente de la misma, ¿qué es, pues, lo que se infringe con la realización del 484, 485 y 486? Pudiera contestarse diciendo que es:

B) *La seguridad, bien jurídicamente protegido. Crítica.*

Dicha tesis quizá fuera más acertada que la anterior, si se tienen en cuenta las hipótesis entrevistadas por el legislador en referencia con los artículos de «la sustracción de menores». Veamos, pues, si así sucede efectivamente, conforme se ha expresado la doctrina española:

1. El profesor Cuello Calón, defensor de la citada postura, al versar genéricamente sobre la rúbrica, dice: «además de los delitos contra la libertad se comprenden aquí también los cometidos contra la *seguridad*, expresión que en el lenguaje corriente significa tanto como exención de daños y riesgos. Estos delitos se refieren a la seguridad individual, pues los cometidos contra la seguridad colectiva, es decir, contra la seguridad general y no contra la de ciertas personas, se encuentran diseminados por otros lugares del Código, como los delitos contra la salud pública (título V, capítulo II), y los de incendio y otros estragos (título XIII, capítulo VII).

Como típicos atentados contra la seguridad individual se destacan la *sustracción de menores*, *el abandono de niños* y *el allanamiento de morada...*» (40).

Es cierto que la anterior afirmación adolece de un fondo de verdad. La verificación de las conductas descritas en el 484, 485, 486, pudieran generar un quebranto, o cuanto menos peligro, de la «seguridad individual». Pero, ¿hasta qué punto es imprescindible para que existan los citados delitos que se atente contra esa «seguridad individual»? ¿Es el único bien que se protege? ¿No pudiera ser que no se quebrante ni se ponga en peligro, sino que se *presuma* que sucede así? ¿Qué quiere decirse con la expresión «seguridad individual»? etc.

Admitiendo plenamente la postura del profesor Cuello Calón surgen, a pesar de la ponderación con que la expone, una serie de interrogantes que nos hacen dudar de si en efecto es la «seguridad individual» el bien jurídicamente protegido (41). Nues-

(40) Cfr. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al «Código penal, texto refundido de 1944»*, t. II (Parte Especial), Barcelona. 9.^a ed., 1955, pág. 698.

(41) El hecho de que la denominación legal ya contenga la «seguridad» (De los delitos contra la libertad y seguridad), no quiere decir que ella sea realmente el bien jurídico que se protege. Nos proporcionará un

tras dudas y sugerencias podemos resumirlas en la forma que sigue:

a) El ilustre autor se ve obligado a constatar que: «El hecho requiere que el menor sea colocado en tal situación que haga imposible, durante cierto espacio de tiempo, la actuación de los derechos de potestad o guarda de sus padres, tutores o encargados» (42). Y, más adelante: «La ilicitud desaparece y, por tanto, el delito queda excluido, cuando concurre el consentimiento de los padres, tutores o encargados del menor, también cuando tenga por objeto evitarle un mal grave (estado de necesidad)» (43).

En consecuencia, queda recortada, por así decir, la eficacia de «seguridad individual» como bien jurídico, siendo así que ha de conectarse, por supuesto, al menor (44).

b) Sucede, además, que pueden conjugarse los verbos delictivos sin que, efectiva y realmente, se quebrante la seguridad del menor; es más, sin que se ponga ni siquiera en peligro. Lo anterior confirma, una vez más, la base *presuntiva*, en que se fundan las figuras delictivas de la «sustracción de menores».

Es decir: la Ley presume —de acuerdo con la postura comentada— que siempre que fenoménicamente se realicen dichas conductas, se lesiona o pone en peligro la seguridad del menor, cuando bien pudiera ocurrir todo lo contrario. De aquí, pues, que no case bien la estimación legal (?) si se tiene en cuenta la naturaleza sustantiva que se le concede al bien jurídicamente protegido.

Ahora bien: ¿funciona, entonces, la «seguridad individual» con autonomía suficiente para ser objeto de protección? Difícilmente puede sostenerse, sin necesidad de que apuremos más los argumentos sobre este concreto punto.

c) En un sentido más amplio, que la seguridad, a secas, sea bien jurídico, expresamente protegida, supone una ambigüedad.

indicio, un punto de referencia en la investigación, que no vincula en modo alguno. Así lo ha entendido el prof. NAVARRETE al referirse concretamente a la citada rúbrica en conexión con el bien jurídico protegido por el 489 bis, cuando dice: «La inclusión entre los delitos que integran el título XII, del Libro II, obedece a razones de tipo práctico, a razones que podíamos llamar externas, pero de su colocación sistemática no podemos deducir su naturaleza jurídica.—El bien jurídico es algo sustancial, que tiene su naturaleza propia y que no puede ser desvirtuado por obra del legislador». (Cfr. J. M. NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro* (Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal), en «Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid», vol. III, núm. 6, 1.959, págs. 422-423).— Tampoco es vinculante, recientemente, para SÁINZ CANTERO, en *El delito de omisión del deber de socorro*, sep. de la «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», oct. 1960, págs. 18-19.

(42) Cfr. CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 711.

(43) Cfr. CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 713.

(44) A diferencia de lo que sucedía con la libertad que fue puesta en conexión con los padres, tutores, o guardadores, en RODRÍGUEZ MUÑOZ, *JASO ROLDÁN, Ob. cit.*, págs. 315-316.

Prueba de ello es que el profesor Cuello Calón se ve necesitado de adjetivarla con el vocablo «individual». Pero, en definitiva, ella se lesiona, se pone en peligro, en infinitad de delitos, sin que se hable de que específicamente se proteja.

Dicha «seguridad», creemos, debería concretarse todavía más, para que técnicamente pudiera sostenerse su valor como bien jurídico protegido. Sólo en base a interpretar que el Código estimó tan cotizables los bienes que componen, o por mejor decir, se defienden por la rúbrica en cuestión, que no sólo quiso proteger su quebranto, sino que valoró como delictivas las conductas que pudieran ocasionar el más leve riesgo o daño —entendiendo seguridad en su acepción corriente, al modo como hace el profesor Cuello Calón—, sería posible explicarse su elevación a la categoría de bien jurídico protegido. No obstante, a pesar de ello, no se solucionarían la inconcreción que implica tal afirmación, por cuanto cabría preguntar, de nuevo, ¿cuáles son esos bienes?; con lo cual quedaría conectada la seguridad a los concretos y específicos bienes que protege jurídicamente cada tipo de los que componen la rúbrica, o sea, que el genérico término «seguridad» se vería recortado en conexión con los determinados bienes de cada singular tipo de delito. Así se podría hablar, en consecuencia, de «seguridad de la integridad física», «seguridad de la propiedad», e incluso, paradójicamente, de «seguridad de la libertad» (45).

Sin embargo, el problema técnico quedaría desplazado, pero no resuelto, puesto que, de un lado, estaríamos condicionados por los hipersensibles y concretos bienes protegidos, incurriendo en la interpretación en un círculo vicioso, cual es el de ir de los mismos al más genérico de la rúbrica y viceversa, y de otro, sería de suyo tautológico, ya que, por ejemplo, si se atenta contra la «seguridad de la integridad física», se ataca, sin duda, pura y exclusivamente, la integridad física propiamente dicha. Carecía, pues, de sentido ese reforzamiento del auténtico bien jurídico protegido.

A pesar de ello, conforme veremos en su adecuado lugar, no puede negarse que sustancialmente late algo de verdad en la tesis comentada en relación con el supuesto que estudiamos.

2. En resumen, podemos afirmar, que la «seguridad» o la «seguridad individual» carecen de la suficiente autonomía para ser consideradas como bienes jurídicamente protegidos de los artícu-

(45) Vid., sobre la necesidad de referir la «seguridad» a la «vida», «salud», en relación con el abandono de niños, del artículo 488 del Código penal, en DEL ROSAL, *De la objetividad jurídica infringida en el abandono de niños*, en «Rev. de Legislación y Jurisprudencia», núm. 1, 1961, págs. 147-148, especialmente.—De interés, Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, 1946, pág. 516, entre otras, y la bibliografía por él citada.

los 484, 485 y 486, que componen el capítulo de la «sustracción de menores».

C) *El bien jurídico de la «sustracción de menores».*

1. Premisa: Socialización de los derechos individuales.

Es obligado, antes de ofrecer una solución al problema del bien jurídico, llevar a cabo una serie de puntualizaciones que influyen y determinan, hasta cierto punto, la tesis que sostienen,os.

Hemos visto cómo el «nomen iuris» del Código ha condicionado, quizá perniciosamente, la investigación acerca del tema, siendo desorbitada su función instrumental, de indicio, de mero punto de referencia. En esta breve nota, que describimos a modo de premisa, se intenta *justificar*, en lo justificable, al legislador español (46), y, posteriormente buscar no su voluntad, sino la de la Ley (interpretación objetiva), que en buena parte contradice la excesiva vinculación y obediencia de la doctrina a un título harto desafortunado:

a) Asistimos, desde hace tiempo, en el más amplio campo de la teoría general del Derecho y del Estado, a lo que pudiéramos llamar un *proceso de socialización creciente del individuo* (47). Más aún: en algunos sectores, la categoría *individuo* tiende a ser sustituida por la de *grupo* (48).

Ahora bien: si es cierto lo anterior, el Derecho, como forma de la vida social, como objetivación de la misma, ha de plasmar formalmente, conceptualmente, este hecho. El Derecho, pues, ha de registrar la modificación, en la medida en que repercuten en él, las variaciones de la vida social.

(46) La rúbrica, y el capítulo de la «sustracción de menores» se encuentra recogida en el Código de 1848. Vid., Tomás María DE VIZMANOS y Cirilo ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, págs. 433 y 438.—El Código de 1822 contenía la *sustracción* en sus artículos 664 y 675, de bien distinta redacción. Venían enmarcados bajo la Parte Segunda: «De los delitos contra los particulares», en su Título Primero: «De los delitos contra las personas»; Capítulo Cuarto: «De los raptos, fuerzas y violencias contra las personas; y de la violación de los enterramientos». (Vid. la edición oficial del *Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, 1822, págs. 122, 135-137.)—Salvo la especialidad del Código de 1928 (vid. nota 39), la sistemática legal, único aspecto que ahora interesa reseñar, se conserva hasta nuestros días idéntica a la del 1848, en referencia con los delitos en cuestión.

(47) Vid., LEGAZ Y LACAMBRA, *El individuo entre el Estado y las fuerzas sociales*, en el vol. cit., *Derecho y Libertad*, pág. 163. Del mismo autor, *La función del Derecho en la sociedad contemporánea*, en el vol. cit., *Humanismo, Estado y Derecho*, págs. 231-292.—También, S. SOLEK, *Ley, Historia y Libertad*, cit., págs. 57 y sigs.

(48) No es, ni mucho menos, dicho planteamiento privativo de las disciplinas jurídicas, sino que en mayor medida se viene dando en la antropología y sociología culturalista. Sumamente interesante es sobre esto la postura del antropólogo, MALINOWSKI, y cuya teoría general se encuentra en su artículo *Culture*, en «Enciclopedia of Social Sciences», t. IV, 1931, págs. 621-645.

En este sentido, ya no cabe hablar, exclusivamente, de «derechos individuales», sino que también hay que constatar la existencia de «derechos sociales». En otras palabras: que el Derecho no sólo ha de contener y proteger los tradicionales derechos individuales —los derechos públicos subjetivos—, sino también los denominados derechos sociales.

Esta transformación significa, a un nivel más alto que el tema que nos ocupa, la transición y mutación de la concepción del Estado: del Estado liberal, que surge con la Revolución francesa, se pasa al Estado social: del Estado *liberal* de derecho, al Estado *social* de derecho (49).

Nos interesa, al objeto de fundar nuestra tesis, sobre el bien jurídico protegido de los delitos en cuestión, preguntar: ¿cuándo y cómo surge este tránsito, esta protección y, concretamente, la extensión de los derechos sociales?

Genéricamente puede afirmarse —recogiendo una verdad precedente del Derecho constitucional— que el constitucionalismo del siglo XIX elude toda referencia y, por consiguiente, defensa, de los derechos sociales. El Estado del siglo XIX es un Estado liberal, pero no *democrático* (50). Es, precisamente, cuando el proceso de democratización aumenta, cuando también aumenta la protección de los derechos sociales. En consecuencia, cabe decir que proceso de democratización y proceso de *socialización* coinciden (51).

Una vez sentado lo anterior, observamos, que dicho proceso se inicia, fundamentalmente, en el ámbito democrático occidental, en dos Constituciones: la de Querétaro (Méjico, 1917) y la de Weimar (Alemania, 1919) (52). Más concretamente, tenemos:

(49) Vid., de interés, P. LUCAS VERDÚ, *El Estado liberal de Derecho y el Estado social de Derecho*, Salamanca, 1955, *passim*. Del mismo autor, *Introducción al Derecho Político*, Barcelona, 1958, págs. 53-92, entre las más modernas.—Para el constitucionalismo español del siglo XIX, vid. la obra del prof. SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*, Madrid, 1955, dedicada por entero al tema.

(50) Vid., para las conexiones y diferencias, M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, 1950, págs. 154-161.—Unas observaciones interesantes sobre esta diferencia vistas por STUART MILL, se encuentran en W. EBENSTEIN, *John Stuart Mill en nuestros días*, en «Bol. Inf. del Sem. de D. Político de la Facultad de Derecho», núm. 25, 1960, págs. 3-22.

(51) Así, MIRKINE-GUETZEVICH, *Les Constitutions européennes*, 1951, cap. VIII, t. I, *Les droits de l'homme*, págs. 121 y sigs. Esta proposición se verifica analizando las constituciones europeas de la Segunda Postguerra.—En efecto, tanto en la Constitución de la República Italiana 1947, como en la Ley Fundamental de Bonn 1949, como en la Francesa 1946, se hace referencia expresa a los derechos sociales como complementación necesaria de los derechos individuales, constituyendo todo ello, en la actualidad, el sistema democrático occidental. Cfr. *Leyes Constitucionales* (Textos publicados por la Biblioteca Política Taurus), Madrid, 1959, págs. 115 y sigs., 165 y sigs., y 223 y sigs., respectivamente.

(52) Vid., R. BRUNET, *La Constitution Allemande du 11 aout 1919*, París, 1921. O. BUHLER, *La Constitución Alemana de 11 de agosto de*

b) Que en la citada Constitución de Weimar se desarrollan, por primera vez, y se protegen, los derechos sociales y singularmente la familia (53).

De cuanto hemos expuesto, se deduce una justificación, formal y material, para el legislador español del siglo pasado que no introdujo una expresa rúbrica legal de «delitos contra la familia»: Y es lógico, pues expresaba, en el más reducido ámbito penal, una concepción del Estado que marginalizaba la expresa protección de los derechos sociales, y no ya en sus textos penales, sino en sus cartas constitucionales.

De aquí, pues, que se venga hablando de libertad y seguridad «individuales», incluso hoy en día, a pesar de que las razones que existieron para tal denominación hayan desaparecido, y sean en la actualidad sustituidas por otras de bien distinto norte.

2. Justificación y formulación del bien jurídico:

Verificada la anterior consideración, planteamos y mantenemos nuestra tesis desde una doble perspectiva: una, como consecuencia lógica con el total orden legal vigente en el momento actual, como solución a la incongruencia normativa existente entre el Código penal y las Leyes de rango superior. Otra, fundada en razones internas, dimanantes de la estructura y función de las propias figuras penales que nos ocupan. Desarrollando ambos pensamientos, podemos decir:

a) Que la familia es objeto de protección constitucional es un hecho que no puede discutirse (54), y su constancia en la legislación española no deja lugar a dudas. Desde el 9 de diciembre de 1931 —Constitución de la República— hasta nuestros días —Ley de los Principios fundamentales del Movimiento, de 17 de mayo de 1958—, se ha insistido en las declaraciones programáticas de derechos acerca de la importancia, función y protección de la familia, como recientemente ha puesto de manifiesto, con sobrada razón, el profesor Fraga Iribarne (55).

La anterior afirmación y la consideración de que el orden punitivo ha de expresar y recoger las declaraciones y alteraciones del orden político (56) nos llevan a pensar que la legislación pe-

1919. Barcelona, 1931. De gran interés, para un planteamiento sustancial del problema en España, la obra del prof. SÁNCHEZ AGESTA, *Ob. cit.*, págs. 381 y sigs.

(53) R. BRUNET, *Ob. cit.*, pág. 242.—Vid. M. FRAGA IRIBARNE, *La familia española ante la segunda mitad del siglo XX* (Problemas y soluciones). Madrid, 1959, pág. 29.

(54) Vid. una precisa exposición en FRAGA IRIBARNE, *Ob. cit.*, págs. 29-34, y la bibliografía allí citada.

(55) FRAGA IRIBARNE, *Ob. cit.*, págs. 34-36.—Estimamos innecesario llevar a cabo una exposición detallada de los diversos pasajes legislativos en que la citada institución se encuentra protegida. Solamente interesa constatar, a los fines del presente trabajo, que realmente existe tal protección. Remitimos, pues, a la obra del prof. FRAGA IRIBARNE para el planteamiento constitucional de la cuestión.

(56) De aquí, en consecuencia, el carácter eminentemente *histórico*

nal, y concretamente el capítulo que nos ocupa, son un tanto ahistóricos, anacrónicos, incidiendo y motivando una incongruencia normativa, puesto que se han desoido, en las sucesivas reformas, los dictados sociales y la legislación de orden superior.

No obstante, es obligado admitir, sin ningún género de duda, que la inclusión del delito de abandono de familia, «fortifica los lazos de familia y vigoriza y da coherencia a la institución familiar» (57); pero no creemos sea suficiente, dado el relieve e importancia que se le viene concediendo en el ámbito político constitucional.

En nuestro más reducido campo, y prescindimos de otras consideraciones derivadas del mismo razonamiento, solamente podría liberarse nuestro Código del reproche formulado, creando, entre otras rúbricas, una que agrupe y contenga los diversos ataques contra la familia, conforme ha venido apuntando la doctrina española en más de una ocasión (58). De esta manera, sería normativamente lógico y consecuente, comenzando a desaparecer el trasnochado individualismo que informa, las más de las veces, el Código penal vigente (59).

Hasta aquí lo que pudiera ser una propuesta de *lege ferenda*, de tipo sustancial y sistemático. Ahora bien, dichos argumentos, juntos con otros, son igualmente utilizables en la formulación del bien jurídico, del modo siguiente:

b) Hemos visto cómo la familia es *valorada* por nuestro ordenamiento jurídico fundamental, siendo protegida como bien de inestimable conservación. De otro lado, si recogemos el pensamiento de la naturaleza eminentemente sustantiva del bien jurídico, que más arriba apuntamos, estamos ya en parajes de abordar *desde dentro* el tema que nos ocupa.

Es fácil observar que las conductas descritas en los artículos 484, 485 y 486 hacen imposible la verificación de los derechos y deberes de vigilancia, custodia y educación, por aquellas personas o instituciones a las que legalmente se les atribuye. Todos

del Derecho penal, que se refleja, de modo evidente, en nuestros cuerpos legales.

(57) Cfr. CUELLO CALÓN, *Ob. cit.*, pág. 718.

(58) El prof. ORTEGO COSTALES, en su reciente obra, tras apuntar en referencia con la clasificación de los bienes jurídicos, que «o se acepta la de los códigos vigentes en cada país, en el nuestro con las salvedades hechas, o se intenta una más de acuerdo con el actual progreso de las ciencias jurídico-morales», y aceptar esta última actitud, inscribe *expresamente* los «delitos contra la familia» en la rúbrica «delitos contra la sociedad», con acertado criterio (*Ob. cit.*, págs. 78-79). Vid., también, ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, t. I, pág. 147.—De interés, WÜRTEMBERGER, *Ob. cit.*, págs. 80 y sigs.

(59) Por la misma razón es correcta la tesis del prof. ORTEGO COSTALES en orden a los «delitos de tipo económico, fiscal y referentes al trabajo». A continuación, pone de manifiesto, que el «Código vigente, individualista en extremo, no le concede la importancia que hoy merecen» (*Ob. cit.*, pág. 80).

los supuestos que quepa imaginar, a la vista del texto legal, comportan, inexorablemente, la ruptura de las relaciones, en toda su dimensión, del menor con las personas encargadas de su tutela y cuidado. Dicha ruptura es, en consecuencia, la que nos da el *quid* de lo que hemos de entender por bien jurídico protegido en el capítulo de «la sustracción de menores».

Es independiente, y para nada afecta a la anterior afirmación, que exista o no un ataque a la seguridad (?) del menor, y de hecho, puede suceder lo contrario. Ahora bien: es irrefutable que *siempre* hay un quebrantamiento de la relación antes aludida

Sin embargo, sucede, que la alteración de dicha relación, del *status* que supone, crea formalmente una inseguridad; pero, a lo sumo, puede hablarse de violación de la seguridad familiar, tutelar, etc. Es decir: que la seguridad deparada al menor por la vida de la familia o institución afín se ve alterada con la realización de tales conductas. Dicha seguridad, no obstante, o por mejor decir su lesión, va implícita en la propia lesión a la familia, queda consumida en ella, sin que tenga autonomía suficiente para configurar el bien jurídico, ni siquiera otro bien jurídico (especialidad pluriofensiva). Lo cual da a entender que, en fin de cuentas, serán dichos institutos los que se ven protegidos y no la mera libertad o seguridad. Concretamente, es objeto de protección el conglomerado de derechos y deberes que suponen.

La protección, pues, ha de entenderse de las instituciones: patria potestad, y su supletoria, la tutela (60), pudiendo hablarse, genéricamente, de la *familia*, e incluso de la mera guarda del menor tal y como se expresan el artículo 485 y 486 del Código penal, puesto que, en última instancia, no es más que un sustitutivo de las primeras (61).

(60) Vid., CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español. común y foral*, 7.^a ed., t. V, vol. II (Derecho de Familia). (Relaciones paterno-filiales y tutelares), Madrid, 1958, pág. 255.

(61) Vid., una interesante exposición en referencia con la protección penal de la familia en A. FERRER SAMA, *El delito de abandono de familia*, Murcia, 1946, explicando las razones que tuvo el legislador para inscribirla en la rúbrica de los delitos contra la libertad y seguridad (pág. 19). Posteriormente del mismo autor. *Abandono de familia*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. II, Barcelona, 1950, págs. 16-18. Del mismo autor, *Noción y características del delito de bigamia*, en «Anuario de D. P. y C. P.», fasc. I, 1948, págs. 33 y sigs.—CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*, 2.^a ed. Barcelona, 1948, págs. 7 y sigs.—De interés, igualmente, para el alcance de la expresión, CASTÁN TOBEÑAS, cuando afirma: «las relaciones pupilares (derivadas de la tutela e instituciones análogas) que algunos autores patrios designan con el nombre de *cuasi familiares*, para dar a entender que suplen a las propiamente familiares, y se establecen a semejanza de éstas. Aparte de ello, la inclusión de la tutela en el Derecho de familia obedece a razones históricas y de utilidad sistemática» (*Ob. cit.*, t. V, vol. I. «Derecho de familia». «Relaciones conyugales». Madrid, 1954, pág. 33).

Pero, además, la ausencia de consentimiento por parte de los padres, tutores, o meros encargados del menor, para que subsista el carácter delictivo, ofrece también argumentos para sostener nuestra postura (62), conforme veremos en su oportuno lugar

Pudiera, sin embargo, aducirse, dada la redacción del 485, que lo que se quebranta con su realización es un *deber*. Sin duda, es cierto lo anterior; pero no lo es menos, que dicha infracción apareja el cese de los derechos y deberes que componen y son inherentes a la patria potestad, tutela o guarda del menor. Esta última violación, es justamente la que adolece del valor sustantivo y funcional que supone y lleva implícito el bien jurídico del delito.

Por último, también se aludiría a que constituyen, con frecuencia, si no una lesión contra la vida, al menos una puesta en peligro de la integridad física, un ataque a la «seguridad» de la misma, empleando la terminología utilizada por la doctrina española. Ahora bien: ello es cierto (63); pero repetimos, una vez más, no es *necesario* (64) para que exista el 484, ni menos el 486. Desde la perspectiva técnica, en modo alguno se requiere la existencia de un *peligro concreto*, aunque la sustracción lo implique —que pudiera no ocurrir así—, y el legislador en su día lo haya presumido. El peligro, que en este caso sería *abstracto*, funcionó tan sólo como motivo del legislador; pero, desde luego, no es obligada su afirmación y *concreción* para la existencia del delito. El mismo razonamiento, lleno de buen sentido, fue usado por el profesor Rodríguez Muñoz y Jaso Roldán, cuando de frente al delito de abandono de niños, sostuvieron que no era delito de peligro. Así, decían: «que el abandono de niños no es un delito de peligro se deduce de la consideración previa de que únicamente el denominado peligro concreto es susceptible de caracterizar un delito como de peligro, mientras que el llamado peligro abstracto funciona sólo como motivo del legislador (Bin-

(62) Cuando tratemos de los sujetos veremos cómo se concretan y matizan los derechos y deberes en cuestión relacionados con las instituciones de Derecho de familia, o de *guardería o guarda legal*, a las que alude el prof. CASTÁN (*Ob. cit.*, t. V, vol. II, pág. 253).

(63) Conforme vimos más arriba en la tesis mantenida por el prof. CUELLO, *Ob. cit.*, l. cit.

(64) Ya PACHECO decía: «El robo, la sustracción de un niño, sea cual fuere el motivo que impele a ello, es un delito de inmensa gravedad en sí propio, de inmensa perversidad en el que lo ejecuta. *Sea para causarle perjuicios, y aunque fuese para causarle bien, siempre es un paso que ataca las más santas e íntimas afecciones, y a los derechos más sagrados y respetables*».—Es fácil observar cómo el comentarista, con gran ponderación y sentido jurídico, apunta limpiamente el problema. Cfr., PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.^a ed., t. III, Madrid, 1881, pág. 249. Sería absurdo pretender que Pacheco aludiera al tema; pero, es indudable, que lo intuye. Baste recordar cuando dice: «que ataca las más santas e íntimas afecciones».

ding). Si examinamos ahora, a la luz de la consideración expuesta, los preceptos que nuestro Código dedica al delito que estudiamos, aparece claro que la existencia real del peligro para la vida, en el caso particular (peligro concreto), funciona como causa de agravación, y, por tanto, que el abandono de niños, en su forma simple, no exige la concurrencia de semejante peligro. El legislador presupuso que toda cesación aunque fuera momentánea, de los deberes de cuidado que el estado de los menores requiere, entrañaba por sí un peligro, sin que fuera necesario para la punibilidad de tales conductas que se demostrara en el caso concreto la especial situación de peligro. El peligro abstracto fué el motivo del legislador para incriminación de estas conductas, que no aparecen, por tanto, como delitos de peligro, sino como auténticos delitos de lesión de la seguridad de la vida y de la salud» (65).

En nuestro caso, pues, no es posible configurar la «sustracción de menores» como un delito de peligro *concreto*, y el *abstracto* —a pesar de carecer de valor funcional, en referencia con el juego del bien jurídico—, queda embebido, por así decir, en la verdadera y propia lesión de los derechos y deberes que componen la patria potestad, tutela y guarda, que de suyo lo implican desde un plano puramente abstracto, de creación del precepto.

En definitiva, y concretamente de frente al artículo 485, no es que *se presuma* y estime que el menor ha muerto, sino que ha desaparecido para sus padres y guardadores, que ha «muerto» para ellos, imposibilitando, en consecuencia, las acciones encaminadas a su búsqueda, pero independientemente de que efectiva y realmente haya perecido.

Tal y como están construídas en la fórmula legal las tres especies delictivas, en manera sumamente criticable, existen obstáculos para aceptarlas, en todo su alcance y pureza, como auténticos delitos de peligro concreto.

En resumen, podemos afirmar:

1. Que con los artículos 484, 485 y 486 se protege, con el rango de bien jurídico, la familia, concretada en los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela o mera guarda, o institución afín.

2. En referencia con la estimación de que supone un ataque o puesta en peligro de la «seguridad individual», de la vida o integridad física del menor, si bien *de facto* pudiera suceder con frecuencia, no es exigible para que subsistan como delictivas dichas conductas y sean inscribibles en los citados artículos.

c) Concluimos el presente estudio, referido a la concreción del bien jurídico protegido en el capítulo de «la sustracción de menores», con una breve exposición del problema en la doctrina

(65) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Ob. cit.*, pág. 330.

y legislación italiana y alemana. No pretendemos llevar a cabo una descripción exhaustiva, que desbordaría, por entero, la finalidad de nuestro trabajo, puesto que únicamente hemos perseguido apuntar algunos de los problemas que la legislación española presenta y ofrecer una de sus posibles soluciones. De aquí, que sólo a título de referencia sea permitida esta incursión en el derecho de otros países, fijando nuestra atención en las elaboraciones italianas y alemanas que son las que ofrecen en la actualidad un índice de mayor desarrollo técnico (66). Dicha exposición proporcionará, en más de una ocasión, puntos de vista interesantes, y también utilizables, para fundar y sostener la tesis que hemos venido propugnando, puesto que en cierta medida los autores se han visto obligados a reflexionar sobre parejos problemas.

En *Italia*, ya Carrara desarrolló el tema de los «delitos contra los derechos de familia», con su gran visión jurídica (67). Dentro de ellos incluyó el ilustre autor la sustracción de menores, por entender que no era la libertad del menor la que se veía lesionada, sino antes bien, y de forma por demás evidente, los derechos y deberes inherentes a la patria potestad, tutela, en definitiva, al *status* familiar (68). Se adelanta Carrara en su formulación, una vez más, a la moderna corriente que informa el pensamiento penal y político en orden a la protección de la familia como fundamento de la sociedad católica.

Es sabido que el vigente Código penal italiano, bajo el título «De los delitos contra la familia», capítulo IV. «De los delitos contra la asistencia familiar», contiene, entre otras, dos figuras delictiva referidas a la sustracción: una, la del artículo 573, sustracción consensual del menor de edad que haya cumplido catorce años; otra, la del 574, sustracción de personas incapaces, entendiéndose por incapaces al menor que no haya cumplido los catorce años y al enfermo de mente (69).

Independientemente de las críticas en torno a la inclusión den-

(66) Sería incurrir en erudición inútil desarrollar el tema, en toda su dimensión, dentro del Derecho comparado y doctrina extranjera. No quiere decir lo anterior que haya sido olvidado, antes al contrario, ha sido tenido en cuenta, pues ofrece puntos de vista de inestimable valor. Remitimos al lector a las obras citadas, que pueden proporcionarle una visión, bastante completa, de los problemas y utilizable para el que pretenda verificar un estudio acerca de la «sustracción de menores» en el Derecho comparado y doctrina de otros países.

(67) Vid. F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho criminal* (Parte Especial), vol. III, (trad. dirigida por S. SOLER, con la colaboración de Ernesto R. GARCÍA y Ricardo C. NÚÑEZ), Buenos Aires, 1946, págs. 225 y sigs.

(68) CARRARA, *Ob. cit.*, vol. III, cit., págs. 408 y sigs.—De interés, el concreto punto que plantea en el vol. II, Buenos Aires, 1945 (de la misma trad.), pág. 172.

(69) Hemos utilizado la edición de WALTER D'AVANZO, *Codice penale e codici di procedura penale* (edición puesta al día con la L. de 18 junio 1955), Roma, págs. 116-117.

tro de la específica rúbrica del capítulo IV, la doctrina italiana dominante, como no podía menos, es concorde en entender que la verificación de la hipótesis del 573, lesiona los derechos que componen la patria potestad o tutela, sus atributos esenciales, esto es, la vigilancia y custodia sobre el hijo menor o el pupilo (70), a pesar de la diversa expresión que utilicen para denominarlo. Sin embargo, por lo que al 574 se refiere, existen reparos en considerarlo como verdadero y propio delito contra la familia (71), si bien admiten su encuadre como delito contra la familia, aunque no exclusivamente (72) y, por último, como ofensa a ésta, y nada más (73).

En Alemania, el actual Código penal, contempla en el artículo 235 el llamado *robo de niños* (Kinderraub), que se comete sustrayendo a un menor de edad con astucia, amenaza o violencia, de sus padres, tutor o curador (74).

Frente a dicho precepto, la doctrina —además de la tesis ya expuesta de Binding—, ha sostenido, a pesar de encontrarse incluido el mencionado artículo en la rúbrica de los delitos contra la «libertad personal», que el bien jurídico protegido no es, precisamente, la libertad, sino el derecho de vigilancia y educación del que atiende al menor. Especialmente la anterior postura es mantenida por el profesor Welzel (75). La opinión contraria, es decir, que el bien jurídico es la libertad, viene afirmada por el

(70) Así, ANTOLISEI, *Ob. cit.* (P. Spec.), vol. I, 4.^a ed., Milano, 1960, pág. 361.—PANNAIN, *Ob. cit.* (P. Spec.), t. I, Torino, 1957, págs. 391-392.—RANIERI, *Manuale di Diritto penale*, vol. III (P. Spec.), Padova, 1952, pág. 133.—MAGGIORE, *Principi di Diritto penale*, vol. II (P. Spec.), 2.^a ed. Bologna, 1938, pág. 585.—P. NUVOLONE, *Un problema di teoria generale in materia di sottrazione di minorenni*, en «Rivista italiana», 1948, pág. 474.—V. MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII (nueva ed.), Torino, 1951, pág. 877. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, pág. 758, con amplio elenco bibliográfico y jurisprudencial.

(71) PISAPIA, *Ob. cit.*, pág. 772 y la bibliografía allí citada.

(72) MAGGIORE, *Ob. cit.*, pág. 588, dice: «la incriminación estaba prevista por el Código derogado (art. 148) —precedida por el código Toscano—, bajo la rúbrica de los delitos contra la libertad individual; más convenientemente, el Código actual la ha colocado bajo el título de los delitos contra la familia, puesto que el bien jurídico prevalentemente, si no exclusivamente, ofendido es el derecho de patria potestad o tutela».

(73) MANZINI, *Ob. cit.*, pág. 886. ANTOLISEI, *Ob. cit.*, pág. 361, por sólo citar los más relevantes.

(74) DREHER-MAASSEN, *Strafgesetzbuch*, Berlín, 1954, pág. 235. Vid., también de interés, NAGLER-SCHAEFFER, *Leipziger Kommentar*, t. II, 7.^a ed., Berlín, 1951, págs. 255 y sigs. Igualmente, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Ob. cit.*, pág. 846, para los comentarios al citado precepto.

(75) Cfr. WELZEL, *Ob. cit.*, pág. 269. De interés, la orientación seguida sobre este punto en los trabajos de la reforma penal alemana en orden a su configuración como delito contra la familia. Vid., *Niederschirften*, cit., vol. V, cit. pág. 308. Igualmente el vol. VIII, Bonn, 1959, págs. 372-375.

profesor Mezger, para el que la de Welzel sólo considera un aspecto de la cuestión (76).

Maurach, por su parte, observa que el delito muestra puntos de contacto con los delitos contra la familia y derechos de educación, sin perder por ello su encuadre con los delitos contra la libertad personal (77).

En otros países (78), y resumiendo, al objeto de no hacer interminable este recuento de opiniones, se nota en las producciones más recientes, una clara tendencia a configurarlo como delito contra la familia. Valga de ejemplo, por el desarrollo que últimamente han adquirido los estudios técnicos de Derecho penal, el Anteproyecto argentino de Sebastián Soler, que le configura como delito contra la familia (79) y que ha sido elevado a Proyecto (80).

(Continuará.)

(76) Cfr. MEZGER, *Ob. cit.* (Besond. Teil), cit., pág. 61.

(77) Cfr. MAURACH, *Ob. cit.* (Besond. Teil), cit., pág. 110.

(78) Vid., para las legislaciones penales europeas, la colección del Centro francés de Derecho comparado (dir. por MARC ANGEL), *Les Codes pénaux européens*, t. I, París. T. II. París, 1957. T. III. París, 1958.

(79) Cfr. S. SOLER, *Anteproyecto de Código penal* (Decreto 7.292), (edición oficial). Buenos Aires, 1960, pág. 92.

(80) Vid. la edición oficial del *Proyecto de Código penal*, Buenos Aires, 1960, pág. 94.

El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador

DR. GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Hurto propio, robo con fuerza en las cosas y daños.—2. El número 3 del artículo 514 en la doctrina y en la jurisprudencia.—3. Origen, finalidad y desventura de este precepto.—4. Esquema de análisis técnico del tipo. 5. Conclusión de *lege ferenda*.

1. Hurto propio, robo con fuerza en las cosas y daños aparecen colocados en el Título XIII del Libro II del Código penal bajo una misma rúbrica, la de «Delitos contra la propiedad». De esta suerte, en orden al objeto de protección, la regulación positiva ofrece ya un punto de partida común a las tres figuras delictivas. Con la expresada rúbrica no se hace sino aludir a algo en lo que coinciden todos los delitos que se agrupan bajo ella, que es, ni más ni menos, el ataque a la *propiedad* (1). Pese a esta primera coincidencia en orden al objeto de protección, parece ya intuitivamente, sobre todo por lo que se refiere a la delimitación de la figura de daños frente a las del hurto y robo con fuerza en las cosas, que la distinción no ha de ofrecer demasiadas dificultades, y, sin embargo, lo cierto es que la doctrina habrá de caminar, a veces, con sumo tiento por en medio de múltiples entrecruzamientos e implicaciones mutuas.

Se define el robo con fuerza en las cosas como el *apoderarse, con ánimo de lucro, de las cosas muebles ajenas* (art. 500) *cundo concurrere en la ejecución del hecho: escalamiento, rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana; fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o de sus cerraduras, o su sustracción para fracturarlos o violentarlos fuera del lugar del robo; uso de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes* (art. 504). El hurto propio se define como el *tomar, con ánimo de lucrarse, las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas* (art. 514, 1.º).

(1) J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *El Hurto Propio* (Madrid 1946) p. 64: Sobre cómo ha de entenderse la propiedad a que alude el Código Penal —problema que excede por completo los límites de este trabajo— véase cuanto se dice al respecto en esta misma obra acabada de citar, p. 65 ss.

En el artículo 557 se nos dice que *son reos de daños los que en la propiedad ajena causaren alguno que no se halle comprendido en el Capítulo anterior*.

En primer lugar, salta a la vista la diversidad de técnica legislativa que se ha seguido para definir los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas, por un lado, y, por otro, el delito de daños. En tanto en los primeros lo que se castiga es una determinada conducta, teñida con un característico elemento subjetivo, que expresamente aparece descrita en el tipo, en cuanto tiene eficacia causal para lograr la disponibilidad de la cosa y, en consecuencia, obtener un lucro, en el artículo 557 lo único que se hace es prohibir la causación de un resultado; es decir, se castiga únicamente *causar* —tal como reza el propio Código— algún daño en la propiedad ajena. Consecuencia inmediata de esta disparidad de técnica legislativa es la de que el delito de daños puede cometerse virtualmente por ininidad de modalidades de conducta; todas aquellas que tengan fuerza causal para producir un daño que no sea de los comprendidos en el Capítulo VII del Título XIII del Libro II del Código penal.

Mientras el intérprete está en condiciones de determinar en qué consiste la conducta del robo o del hurto, no lo está, en cambio, para determinar la conducta del daño, puesto que el Código no define lo que ha de entenderse por conducta dañosa, sino que se limita a punir la causación de daños en la propiedad ajena. Por daño habrá de entenderse, según precisa la doctrina, «la destrucción, deterioro o menoscabo de una cosa corporal que le quite o disminuya su valor, ya sea su valor de cambio o su valor de uso» (2). Indudablemente, puesto que la regulación legal destaca como punto de partida un objeto de protección común —*propiedad*—, la ausencia de expresión de un medio típico dificulta la distinción del delito de daños frente a los delitos de hurto y robo con fuerza en las cosas. Precisamente porque en el artículo 504 se mencionan los medios típicos o modalidades de conducta que integran el delito de robo con fuerza en las cosas, y en el 514, número 1.º, se caracteriza negativamente la conducta del hurto propio por la ausencia de esos medios, puede establecerse con exactitud, aunque la tarea no esté exenta de toda dificultad, la línea de demarcación entre ambas figuras delictivas, pese a que ambas presentan un objeto de protección común

(2) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal II* (Barcelona 1952) p. 905. En la doctrina italiana, sobre la base del artículo 635 del Código, viene definido como la "destrucción, disgregación u ocultación, el deterioro o bien la conversión en inservibles, total o parcialmente, de las cosas muebles ajenas". Por todos, A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio* (Nápoli 1951) p. 115 s. En la doctrina alemana, a la vista del párrafo 303, se define el daño como "el deterioro o la destrucción de una cosa ajena realizados dolosa y antijurídicamente". Por todos, SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München-Berlin 1959) p. 1103 ss.

—propiedad—, un objeto de la acción de la misma cualidad —cosa mueble— y un mismo elemento subjetivo del injusto —ánimo de lucro—. Para obtener un punto de vista correcto, sobre la distinción entre las dos figuras de delito, basta partir del reconocimiento de que el concepto de fuerza en las cosas que se deduce del artículo 504 es un concepto normativo y no naturalístico y, por consiguiente, no olvidar que lo único que exige el artículo 514, número 1.º, con su fórmula negativa «ni fuerza en las cosas», es exclusivamente la ausencia de aquella fuerza, entendida normativamente, que caracteriza al robo previsto en el artículo 504 (3).

Aquí interesa, sobre todo, poner de relieve cómo, aunque no es necesario que ocurra siempre así, el robo con fuerza en las cosas, al menos cuando concurre rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana, fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles cerrados, etc., entraña, evidentemente, una destrucción, deterioro o menoscabo de una cosa corporal. Por otra parte, puesto que en el hurto propio puede concurrir un acto naturalístico de fuerza de aquellos que no sean subsumibles en el concepto normativo del artículo 504, nada impide que también el hurto propio lleve consigo la destrucción, deterioro o menoscabo de una cosa corporal. De este modo tenemos ya al robo con fuerza en las cosas y al hurto propio implicando la causación de un daño en la propiedad ajena.

Cierto que el propio Derecho positivo depara elementos suficientes para llevar a cabo el deslinde entre los delitos de robo con fuerza en las cosas y hurto, por un lado, y daños, por el otro. En nuestro Código, el artículo 562, que en cierto modo contradice lo establecido en el 557 (4), consagra una primera diferencia al admitir la posibilidad de cometer daños en cosa propia, cediendo así el requisito de «ajenidad» que los artículos 500 y 514 configuran como presupuesto indeclinable del robo y del hurto (5). Pero no debe olvidarse que el precepto general, en esta materia, es el artículo 557, que exige que se trate de «propiedad ajena», y que el artículo 562 se limita a contemplar supuestos excepcionales, concretamente los daños sobre cosa propia de utilidad social (6). En principio, pues, la «ajenidad» se presenta,

(3) En nuestra tesis doctoral hemos tocado con más detenimiento este punto. Un avance —siquiera sea lematóico— de algunos de los resultados de nuestra investigación puede verse en el *Boletín de la Universidad Compostelana* (1958), p. 339 ss.

(4) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal II* (Madrid 1958), p. 370.

(5) Respecto a la problemática que encierra el elemento típico “cosa ajena” en los delitos de hurto y robo nos remitimos de nuevo a la espléndida monografía de J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *El Hurto propio*, cit. p. 131 ss.

(6) En este punto, como en muchos otros, los conceptos extraídos del Derecho privado resultan inservibles tomados en toda su pureza y pueden jugar, a lo sumo, como punto de partida. Si bien se mira entre el art. 557 y el 562 hay tan sólo una “contradicción consciente” —que diría Bettiol—, puesto que el le-

al igual que en los delitos de hurto y robo, como un requisito del delito de daños.

De la regulación legal se deduce otra importante diferencia en relación con la cualidad del objeto material. En los delitos de hurto y robo la acción ha de recaer inexcusablemente sobre «cosas muebles», en tanto en el delito de daños es indiferente que la acción incida sobre cosas muebles o inmuebles. Pero también aquí es necesario advertir que la diferencia no conserva toda la pureza que parece dar a entender el empleo de una terminología procedente del Derecho privado y que tiene asignada en su sede un significado preciso. Colocado el núcleo de los delitos de hurto y robo en el «tomar o apoderarse», acaban teniendo la consideración de muebles todas las cosas susceptibles de transporte, como dice, entre otras, la Sentencia de 30 de mayo de 1890, o bien, como señala Rodríguez Devesa, todas aquellas que pueden ser movilizadas, es decir, «separadas fácticamente del patrimonio de una persona e incorporadas al del agente» (7). Así se admite sin inconveniente alguno que los árboles, por ejemplo, pueden ser objeto de hurto.

El criterio más firme de distinción vino operando tradicionalmente en el plano subjetivo (8), con firme apoyo legal en nuestro caso, desde el momento en que el Código Penal incluye un elemento subjetivo del injusto —el caracterizante ánimo de lucro— en los tipos del hurto y del robo, y lo silencia, en cambio, en el tipo de los daños. Se habla de un *animus nocendi*, esencial al delito de daños, y de un *animus lucrandi*, propio de los delitos de hurto y robo (9), no sólo distintos, sino incluso incompatibles en el sentido que de concurrir este último desaparece la posibilidad de configurar los hechos como daños, y éstos pasan a constituir hurto o robo (10). Este criterio de distinción, que opera

gislador lo que ha hecho ha sido equiparar, a fines penales, “la utilidad social” con la “ajenidad” que incluyó como requisito esencial en la definición genérica del delito de daños. Podría decirse, pues, que son “propiedad ajena”, a efectos del artículo 557, las cosas propias de utilidad social, sobre las que gravitan “deberes legales impuestos en servicio de la economía nacional”, según cuanto dispone el artículo 562.

(7) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El Hurto* cit. p. 130.

(8) Así, F. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal* VI (Trad. Soler Gavier-Núñez) (Buenos Aires 1946) p. 521: “La idea de una ofensa que se causa a la propiedad ajena sin el fin de *enriquecerse a sí mismo*, sino con la sola intención de *perjudicar a otro* desahogando con ello un odio contra la persona del propietario y procurándose una venganza, tiene su natural exteriorización en aquel título de delito que todos los criminalistas llamaron *daño causado por injuria*”.

(9) A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio* cit. p. 113. Que el *animus nocendi* sea un requisito necesario del delito de daños se rechaza, por A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Daños*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica* VI (Barcelona 1954) p. 213. Para este autor el dolo de daños se concreta en un “propósito objetivo de menoscabo”, al margen de otras finalidades del agente.

(10) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio* c't. II p. 371.

en el lado subjetivo, parece avenirse perfectamente con el hecho de que en el plano objetivo, mientras en los delitos de hurto y robo se observa un desplazamiento de bienes materiales, de riqueza, en el delito de daños se observa una acción puramente destructiva, de deterioro o menoscabo (11). Esta observación vino como a confirmar la bondad de la distinción cifrada en la contraposición *animus nocendi-animus lucrandi*, que gozó y goza de gran predicamento, como lo prueba el cumplido uso que ha hecho de ella nuestra doctrina científica y jurisprudencial. Pedrazzi ha puesto de relieve agudamente que uno de los motivos del éxito que obtuvo, en todo momento, este criterio distintivo es el de que ofrece grandes posibilidades de enriquecer la clasificación dogmática con perspectivas de alto interés criminológico. Quien opera un desplazamiento patrimonial revela una actuación cuyo sentido final le viene dado por el ánimo de lucro. Quien lleva a cabo la destrucción de una cosa revela impulsos más primitivos de odio, venganza, etc. (12).

Actualmente, sin embargo, puede decirse que el criterio de la simple contraposición *animus nocendi-animus lucrandi* está en crisis. Una crisis que no postula ciertamente su desaparición, pero que sí ha puesto al descubierto la necesidad de corregir su aparente sencillez e integrarla con ulteriores notas. Se ha observado que se puede robar por venganza, como se puede dañar con ánimo de lucro (13). La doctrina ha facilitado ya ejemplos que pueden multiplicarse. Escolásticos son el del coleccionista que destruye la pieza que pertenece a otro coleccionista para revalorizar la suya, que de este modo, se convierte en única (14), y el del que destruye la cosecha ajena para revalorizar la propia (15).

De esta manera se hizo necesario precisar más y decir, como ya dijo entre nosotros Quintano, que «lo que destipifica el delito

(11) Cfr. C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio* (Milano 1955) p. 36.

(12) C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore* cit. p. 37. Esta idea está presente en nuestros comentaristas del Código de 1870. Vid. A. GROIZARD, *Código de 1870, concordado y comentado VI* (Salamanca 1896), p. 9 y 289, y S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal Reformado de 1870 VI* (Madrid 1927) p. 615 s.

(13) 'En realidad ya Carrara había denunciado la estrechez del punto de partida tradicional siempre que se quisiera radicalizar la exigencia del fin de odio o venganza como elemento consustancial al daño. F. CARRARA, *Programa* cit VI p. 528, n. 1: "Poniendo como extremo absoluto del daño el fin de odio o venganza, se corre el riesgo de dejar impunes los daños *por rescate*. Esta forma es, por desgracia, frecuente (y yo lo sé) en el condado luqués. Cuando se quiere constreñir a un propietario a hacer una obra cualquiera deseada por la población, se talan las vides y los olivos de su posesión, para constreñirlo a someterse a los deseos de los vecinos. Tales hechos no son hurtos. No son *violencias privadas*, porque la acción no recae sobre la *persona*. Son *daños con injuria*, pero el espíritu de odio y de venganza no es su móvil, proviniendo solamente de la especulación de obtener una ventaja".

(14) C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore* cit. p. 38.

(15) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio* cit. II p. 371, n. 5, y del mismo autor el artículo *Daños*, cit. p. 213.

de daños es el lucro de apropiación o utilización de la cosa, no otros propósitos lucrativos indirectos» (16). Pero, en definitiva, ello equivale a reconocer que, para obtener una distinción valedera entre los delitos de hurto y robo, por un lado, y el delito de daños, por otro, es preciso atender a la suerte que reserva la actuación del agente al objeto material y conectar concretamente a esa suerte la contraposición *animus nocendi-animus lucrandi*. Cuando se dice que en los delitos de hurto y robo, a diferencia de cuanto sucede en el delito de daños, se opera una transferencia patrimonial, hay que entender, como advierte Pedrazzi, que el lucro va conectado a la posesión de la cosa que es objeto material del delito (17), mientras que, en los casos en que el delito de daños se comete con propósitos lucrativos, el lucro no deriva del objeto material en sí, sino del acrecimiento que supone para el patrimonio del agente la destrucción, deterioro o menoscabo de la cosa.

En tanto en el hurto o en el robo el ánimo de lucro va referido a la introducción fáctica en el patrimonio del agente de la cosa con su valor y utilidad, en el delito de daños, cuando concurre, el ánimo de lucro se anuda justamente a todo lo contrario, a la destrucción o inutilidad de la cosa. De ahí la terminología, que emplea ya la doctrina, de lucro directo y lucro indirecto: directo o indirecto, claro está, en relación con el objeto material. Desde esta perspectiva puede concretarse el objeto de protección específico del delito de daños. Mediante el tipo de delito de daños se presta tutela a la integridad física de la cosa en provecho de su titular (18).

2. Con lo dicho se cuenta ya con elementos suficientes para poder llevar a cabo, frente al caso concreto, un diagnóstico diferencial entre el hurto y el robo con fuerza en las cosas, por una parte, y el delito de daños, por otra. Sin embargo, en nuestro Derecho positivo el número 3 del artículo 514, al disponer que *son reos de hurto los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objetos del daño causado en la cuantía señalada en este Capítulo*, crea, a primera vista, una relación de estrecho parentesco entre el hurto propio, el robo con fuerza en las cosas y los daños. Por de pronto así lo entiende cierta dirección jurisprudencial y la doctrina científica dominante.

En algunos supuestos en los que concurre en el apoderamiento un acto de fuerza física bien apreciable, pero no subsumible en el artículo 504, se opera en los Tribunales cierta resistencia a enjuiciar los hechos con arreglo al tipo descrito en el número 1.º del artículo 514, que exige literalmente la ausencia de fuerza en las cosas, a pesar incluso de que el Tribunal Supremo mantenga, con constancia digna de todo encomio, un criterio

(16) A. QUINTANO, *Compendio* cit. II p. 371.

(17) C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore* cit. p. 38.

(18) A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio* cit. p. 235.

correcto en relación a cuál ha de ser el punto de entronque que presida la aplicación de los artículos 500, 501, 504 y 514, número 1.º Pero es que el tenor literal del artículo 500 y sobre todo el del artículo 514, número 1.º, con su exigencia negativa, deja sentir su peso, quíerese o no.

El propio Tribunal Supremo no ha dejado de hacer, en este punto, afirmaciones peligrosas, bien que por vía de simple *obiter dictum*. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 7 de abril de 1956 se declara que siempre se ofrecerían *elementos bastantes* para calificar la actuación de robo y no de hurto, porque los procesados no sólo penetraron en el tejado por el desván, es decir, utilizando una vía al parecer inadecuada, sino que, ya en dicho tejado, se apoderaron de unas chapas de plomo, violentándolas y causando daños que se valoran, y con ello se declara probado *un acto de fuerza* que justifica una calificación acertada de robo. El peligro que entraña la aserción de que es bastante y justifica una calificación acertada de robo la existencia de *un acto de fuerza*, salta a la vista si se tiene presente, como es menester, que el concepto legal de fuerza es un concepto normativo y, por ende, que sólo un acto de fuerza de los enumerados en el artículo 504 es capaz de dar vida al delito de robo. En la sentencia de 13 de diciembre de 1948 se afirma que todas las sustracciones efectuadas con fuerza en las cosas, sea cualquiera el lugar en que se realicen, constituyen el robo previsto en el artículo 504, a diferencia del hurto que define el artículo 514 con la nota característica de *la falta de toda violencia* para ejecutar la sustracción. También el peligro que encierra esta afirmación resulta paladino si no se pierde de vista que *no toda violencia*, sino únicamente los actos violentos exhaustivamente determinados en el artículo 504, son capaces de destipificar la figura de hurto prevista en el número 1.º del artículo 514.

En más de una ocasión el Tribunal Supremo pretendió buscar una solución satisfactoria a estos reparos, nacidos al calor de la dicción literal de los artículos 500 y 514, número 1.º, recurriendo al número 3.º del artículo 514. La Sentencia de 11 de febrero de 1955 declara que el párrafo tercero del artículo 514 admite la compatibilidad de los daños y el hurto de los objetos procedentes de los mismos, siempre que el artículo 504 deje de atraer las infracciones a las responsabilidades más graves del robo (19). De esta suerte se nos presenta al número 3.º del artículo 514 como una cabeza de puente que, abarcando los daños causados, enlaza por un extremo con las sustracciones realizadas con fuerza, que integran el delito de robo, y por el otro, con el hurto propio, carente de fuerza.

(19) La Sentencia de 23 de abril de 1957 —por sólo citar una resolución reciente— hace aplicación concreta de este criterio, y condena de acuerdo con el número 3 del artículo 514 a los procesados, que habían talado tres nogales para apoderarse de los mismos.

Por su parte, la doctrina científica ve en este precepto una figura de «naturaleza híbrida de daño con utilización posterior» (20), un delito mixto de daños y de hurto (21) una figura *sui generis* «que tiene algo de anómala concurrencia o complejidad de delito de hurto y daños» (22). Para Quintano esta extraña forma de hurto que se configura en el número 3.º del artículo 514 hace posible que el *ánimus lucrandi* destipifique a *posteriori* el delito de daños para convertirlo en hurto (23). Pero aceptado este punto de partida —la existencia de un delito complejo de daños y hurto—, las consecuencias a que se llega no satisfacen a nadie, y la razón es clara. La pena para el delito previsto en el número 3.º del artículo 514 ha de determinarse, atendiendo exclusivamente a la cuantía de los frutos u objetos sustraídos o utilizados, en virtud de lo dispuesto en el artículo 515. La cuantía del daño causado queda absolutamente marginalizada y resulta de todo punto indiferente. El resultado inadmisibles no se hace esperar. Cuando el daño causado sea de máxima cuantía y, en cambio, representen una cuantía mínima los frutos u objetos de este daño, éste queda impune y se impone la pena de acuerdo con la cuantía ínfima de los frutos u objetos sustraídos. Quintano, para quien, como acabamos de ver, el número 3.º del artículo 514 consagra incluso la rara posibilidad de convertir, a *posteriori*, el daño en hurto, advierte, consecuente con su punto de partida, que «con arreglo a la legalidad vigente, un daño de máxima cuantía puede soslayarse arteramente en falta de hurto con sólo utilizar posteriormente el autor una mínima cantidad de lo dañado» (24).

Precisamente para obviar esta consecuencia, a todas luces injusta, se ha propuesto como solución *in extremis* recurrir a la regla contenida en el artículo 68 del vigente Código Penal. De acuerdo con esta propuesta se castigarían los hechos como daños cuando éstos fueren más elevados que el hurto, o bien como hurto cuando éste superase en cuantía a los daños causados (25). Evidentemente no pueden regateársele méritos a esta ingeniosa propuesta, porque constituye, en todo caso, un expediente que en la práctica puede ser utilizado para evitar los resultados injustos y sorprendentes a que alude Quintano y que, fuera de ella, son absolutamente inevitables. Pero no puede callarse que en buena técnica la solución es incorrecta. El artículo 68, que es

(20) A. QUINTANO, *Compendio cit.*, II p. 331.

(21) J. ANTÓN ONECA - J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ - J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal II* (Madrid 1949) p. 350; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal cit.* II p. 773 y F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal IV* (Madrid 1955) p. 214.

(22) A. QUINTANO, *Comentarios al Código Penal II* (Madrid 1946) p. 414.

(23) A. QUINTANO, *Compendio cit.* II p. 371.

(24) A. QUINTANO, *Compendio cit.* II p. 331.

(25) ANTÓN ONECA - RODRÍGUEZ MUÑOZ - RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal cit.* II p. 350.

una novedad de la Reforma de 1944, regula el concurso aparente de leyes (26) y, por consiguiente, tiene como présupuesto de aplicación la unidad de hecho, por un lado, y la pluralidad de disposiciones penales, por otro; justamente la situación inversa a la que —siempre según la doctrina dominante— se contempla en el número 3.º del artículo 514. Como ya sabemos, la doctrina viene considerando a este precepto como una norma compleja, en cuanto abarca los daños y el hurto, y si esto es así, no cabe duda de que lo que se da aquí es una *unidad de disposición penal* y una *duplicidad de hechos*, daños y hurto, con lo que la posibilidad de aplicar la regla del artículo 68 se aleja definitivamente. El artículo 68 no puede aplicarse a pluralidad de hechos, porque ello equivaldría a castigar al autor de varios hechos delictivos únicamente por aquél que tuviese señalada en la Ley sanción más grave, dejando impunes, con notoria injusticia, los otros delitos cometidos, y esto es lo que sucede en nuestro caso siempre que se traiga a colación el artículo 68. Cuando el daño sea más elevado se castiga tan sólo el daño y se deja impune el hurto de los frutos u objetos de ese daño; cuando se hurten éstos en una cuantía superior a la de los daños causados, se sanciona únicamente el hurto y se dejan sin castigo los daños. Y esta misma observación ya nos hace ver cómo con el recurso a la regla del artículo 68 se echa por tierra el punto de partida de la propia doctrina dominante, la configuración del número 3.º del artículo 514 como un delito complejo. No se alcanza a comprender, en general, un delito sin pena y, por tanto, tampoco se concibe un delito complejo sin pena. No tendría sentido un delito complejo que obliga a sancionar, según los casos, únicamente uno de los hechos que se dice lo integran.

3. Aunque diseñado brevemente, no otro es el panorama, lleno de dificultades, en que se ve obligada a moverse la doctrina cuando se enfrenta seriamente con la problemática que entraña el número 3.º del artículo 514. Indudablemente sólo puede tomarse posición frente a esa problemática después de hacer un análisis técnico-jurídico del tipo, pero antes conviene recordar cómo llegó al Código el citado precepto, cuál era su fin y cuál ha sido su desventura histórica, de suyo sumamente aleccionadora.

El número 3.º del actual artículo 514 fué una de las innovaciones incorporadas al articulado del Código Penal por el Decreto de 7 de junio de 1850 (27). En relación con el fin de esta adición, asegura Vicente y Caravantes que tenía por objeto especial proteger más eficazmente la propiedad rural. Se trató de impe-

(26) Cfr. J. DEL ROSAL, *Derecho Penal Español*. I (Madrid 1960) p. 143 y 148 ss.

(27) Vid. el artículo 52 del Decreto de 7 de junio de 1850.

dir, con ella, que el que causaba un daño y, luego, terminaba aprovechándose de los frutos o productos de ese daño, bien sustrayéndolos o bien utilizándolos con ánimo de lucro, se castigase solamente como autor de un daño. «Esto —escribe el comentarista— debía comprenderse en el hurto, pues de lo contrario el que dañaba con el objeto de hurtar y, por consiguiente, quien al hurto agregaba el daño, era castigado sólo como dañador, y, en consecuencia, con pena menor que el que hurtaba» (28). Ciertamente ante esta opinión del comentarista, formulada mediante una expresión poco feliz y equívoca, preciso sería reconocer que nuestra norma comienza ya por tener un fin en cierto modo desconcertante. No se comprende por qué quien al hurto agregaba el daño o al daño agregaba el hurto se castigaba únicamente como autor de un daño, porque, en principio, cabe pensar, naturalmente, en la posibilidad de admitir un concurso de delitos.

Por su parte, el autorizado comentario de Pacheco nos dice textualmente: «Los hechos que expresa son actos que caen bajo la definición general y clásica de este delito (hurto), y que es bueno consignar como pertenecientes a él, a fin de que no se crea que, como daños, son tan sólo faltas. Son daños y son hurto, cuando hay usurpación y aprovechamiento de cosas valiosas» (29). Para Pacheco, pues, los hechos a que se refiere el número 3.º del artículo 514 son hurto, de acuerdo con la definición «general y clásica» de este delito; pero el legislador creyó conveniente dedicarles un precepto especial, a fin de que no se estimase que el aprovechamiento de los frutos de un daño iba subsumido todavía en el tipo de daños y, por ende, cuando éstos constituían simple falta, a pesar de que aquéllos tuviesen un gran valor, no surgía la figura del hurto. «A fin de que no se crea —advierte Pacheco— que, como daños, son tan sólo faltas».

Ahora bien, ninguna duda se planteaba cuando era uno el agente que causaba el daño —por ejemplo, levantando el sembrado— y otro distinto el que se aprovechaba con ánimo de lucro de los productos del daño —sustracción de los frutos del sembrado—. El problema se suscitaba cuando el mismo agente que perpetrara el daño acababa por apoderarse, con ánimo de lucro, de los productos de ese daño. En estos casos solía entenderse que ese aprovechamiento posterior caía aún bajo el tipo del daño. En consecuencia, al autor se le hacía responsable solamente de la falta de daños. Como es natural, esta solución favorecía la delincuencia, en el sentido de que el autor de un hurto podía enmascarar su conducta lucrativa con hechos dañosos y obtener, en definitiva, una calificación más benigna. A esta hipótesis se refiere Vicente y Caravantes con su frase un tanto

(28) J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* (Madrid 1851) p. 441.

(29) J. F. PACHECO, *Código Penal, concordado y comentado* III (Madrid 1881) p. 321.

oscura «el que dañaba con el objeto de hurtar». Se alude aquí, como el propio comentarista aclara a continuación, a los supuestos en los que a la comisión de un delito de hurto se hubiesen agregado posteriormente hechos dañosos, con lo que se daba paso a una valoración más favorable. «Quien al hurto agregaba el daño era castigado sólo como dañador, y, en consecuencia, con pena menor que el que hurtaba». No interesa insistir más en el por qué no habían de considerarse las actuaciones como un concurso delictivo. Importa, sobre todo, destacar el hecho de que deja constancia el comentarista: quien al hurto agregaba el daño era castigado sólo como dañador. Frente a esta interpretación, que conducía a resultados poco equitativos, el legislador estimó prudente consignar en el propio Código la interpretación contraria y establecer que tales conductas no quedaban agotadas con la simple calificación de daños, sino que daban lugar también al nacimiento de la figura de hurto, de un hurto que no se aparta en nada del hurto propio o, para decirlo con Pacheco, de la definición «general y clásica» de este delito. El número 3.º del artículo 514 nació, así, como una interpretación auténtica. Repetimos el comentario de Pacheco, que no puede ser más iluminador: «que es bueno consignar como pertenecientes a él, a fin de que *no se crea* que, como daños, son tan sólo faltas».

Esta finalidad interpretativa se logra, sin contradicciones, en el Código Reformado de 1850. El actual número 3.º del artículo 514 aparece inserto en el artículo 437 y al mismo tiempo se introduce en los artículos relativos a las faltas de daños —precisamente aquéllos bajo cuyo tipo podía creerse, que iba subsu­mido todavía el aprovechamiento posterior de los frutos del daño— la siguiente salvedad: lo dispuesto en estos artículos «se entiende sin perjuicio de lo determinado para su caso en el 437» (30). Por consiguiente venía a establecerse que, respecto a la falta de daños se aplicaría el artículo correspondiente, y, sin perjuicio de esta aplicación, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 437 respecto a la sustracción o utilización posterior de los frutos de esos daños.

En el Código de 1850 la relación entre los artículos referentes a las faltas de daños y el precepto del hoy número 3.º del

(30) Código Penal Reformado de 1850, artículos 437 y 492. Art. 437: "Son reos de hurto: 3.º Los dañadores que sustraigan o utilicen los frutos u objetos del daño causado, cualquiera que sea su importancia, salvo los casos previstos en los artículos 487 y 489, en los números 22, 24 y 26 del artículo 495, y en los artículos 496 y 497". Art. 492: "El que por otros medios que los señalados en los artículos precedentes, causare daño en bienes de otro, que no exceda de 10 duros, será castigado con la multa del tanto al duplo del daño causado. Lo dispuesto en este artículo y en los dos precedentes, se entiende sin perjuicio de lo determinado en su caso en el 437".

En principio las salvedades contenidas en el artículo 437 obedecen a que corresponden a figuras de daños en los que difícilmente puede hablarse de frutos u objetos de los mismos susceptibles de sustracción.

artículo 514 era, pues, clara, y esto era, en definitiva, lo que había pretendido el legislador con su innovación, si hemos de hacer caso a la opinión de los comentaristas de aquel cuerpo legal. Pero con la Reforma de 1870 esa relación se enturbia y bien puede decirse que comienza para ella una época oscura (31). En el artículo 617 del Código de 1870, que contempla un supuesto de falta de daños, consistente en cortar árboles o bien talar ramaje o leña, se consigna un segundo párrafo, que reza así: «Si el dañador comprendido en este artículo sustrajere o utilizare los frutos u objetos del daño causado y el valor de éste no excediese de 10 pesetas ó 20, siendo semillas alimenticias, frutos o leñas, sufrirá la pena de cinco a quince días de arresto». Evidentemente, parece que aquí sí que se da cabida a una figura compleja, que abarca el daño causado y la sustracción posterior de los frutos de ese daño. Estamos ya lejos de aquella salvedad que figuraba en el artículo 492 del Código de 1850, y que, una vez sancionado el daño como tal falta, permitía, en su caso, también la aplicación del vigente número 3.º del artículo 514, por lo que se refería a la sustracción de los frutos del daño. Según el artículo 617 del Código de 1870, al que cortare árboles en heredad ajena, causando daño que no exceda de 50 pesetas, se le castiga con la multa del duplo al cuádruplo del daño causado, y si éste consistiere en talar ramaje o leña, la multa se entenderá del tanto al duplo. Pero, según el segundo párrafo del mismo artículo, cuando el autor de esos daños sustrajere o utilizare los frutos u objetos del daño y éste no excediese de 10 pesetas, o de 20, tratándose de semillas alimenticias, frutos o leñas, se le impone la pena de cinco a quince días de arresto, con lo que parece claro que en esta segunda hipótesis cede la pena señalada en el párrafo primero y se aplica únicamente la pena de cinco a quince días de arresto, que, de esta suerte, está llamada a cubrir tanto la actuación dañosa —corte de árboles o tala de ramaje o leña— como la sustracción o utilización de los productos del daño.

Ahora bien, resulta extremadamente anómalo el camino que ha seguido el Código de 1870 para determinar la pena a imponer a la conducta prevista en el párrafo segundo del artículo 617, puesto que prescinde en absoluto de la cuantía de los frutos sus-

(31) Código Penal de 1870, artículo 530 y 617. Art. 530: "Son reos de hurto: 3.º Los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objetos del daño causado, salvo los casos previstos en los artículos 606, número 1.º; 607, números 1.º, 2.º y 3.º; 608, número 1.º; 610, número 1.º; 611, 613, segundo párrafo del 617 y 618". Art. 617: "Los que cortaren árboles en heredad ajena causando daño que no exceda de 50 pesetas, serán castigados con la multa del duplo al cuádruplo del daño causado, y si éste no consistiere en cortar árboles, sino en talar ramas o leña, la multa se entenderá del tanto al duplo del daño causado. Si el dañador comprendido en este artículo sustrajere o utilizare los frutos u objetos del daño causado y el valor de éste no excediere de 10 pesetas, o 20 siendo de semillas alimenticias, frutos o leña, sufrirá la pena de cinco a quince días de arresto".

traídos y atiende únicamente al valor del daño causado. Se origina, así, una relación extrañísima entre el párrafo segundo del artículo 617 y el número 3.º del 530, correspondiente al mismo número del vigente 514. Cuando se comete una falta de daños prevista en un artículo distinto al 617 podrá castigarse como tal falta y, si la cuantía de los frutos del daño sustraídos o utilizados alcanza el límite a que se refiere el número 3.º del artículo 530, se aplicará, además, este precepto, y si esa cuantía es inferior se operará una degradación y la sustracción o utilización de los frutos dará lugar a una falta de hurto. Pero cuando se trate del daño previsto en el artículo 617, de acuerdo con su párrafo segundo, siempre que el daño no exceda de la cuantía de 10 ó 20 pesetas, que, respectivamente señala, cualquiera que sea el valor de los frutos u objetos del daño sustraídos, procederá aplicar únicamente la pena de cinco a quince días. Aunque la sustracción de los frutos de los daños previstos en el artículo 617 supere con mucho el límite señalado en el número 3.º del artículo 530, este precepto no podrá entrar en aplicación, puesto que establece que son reos de hurto los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos del daño causado «salvo el caso previsto en el segundo párrafo del artículo 617». El resultado insatisfactorio a que se llega es evidente. La sustracción de los productos u objetos de un daño está sometida a un régimen distinto, según se trate del daño previsto en el artículo 617 o bien de otro daño cualquiera, aunque la cuantía de esos frutos sea, en un caso y en el otro, exactamente la misma. Y todavía resulta más insatisfactorio, si cabe, el hecho de que la sustracción de los frutos de los daños contemplados en el artículo 617 se somete a un régimen absolutamente distinto, aun tratándose de idénticos frutos y siendo su cuantía la misma, según el valor del daño causado, exceda o no de 10 ó 20 pesetas, respectivamente. Si el daño causado no excede de esas cantidades habrá de aplicarse únicamente el párrafo segundo del artículo 617; pero si el daño causado sobrepasa esas cantidades, aunque se trate de la sustracción de los mismos frutos, entrará en aplicación el artículo 530, número 3.º o, en su caso, el artículo correspondiente de la falta de hurto.

Por otra parte, la salvedad contenida en el número 3.º del artículo 530 niega expresamente el carácter de hurto a la utilización o sustracción de los frutos de un daño, cuando éste sea uno de los previstos en el artículo 617. A tenor de esa salvedad no son reos de hurto los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos del daño, cuando éste sea uno de los contemplados en el artículo 617. De este modo, hechos ontológicamente idénticos, que consisten en la sustracción de los frutos de un daño, merecen, por parte del Código, una consideración técnica diversa. En un caso se configuran técnicamente como hurto y, en otro, no como hurto, sino como daños.

Ha desaparecido, pues, la compatibilidad entre los artículos de las faltas de daños y el precepto del vigente número 3.º del artículo 514, que se consagraba en el Código Reformado de 1850, mediante la expresión antes recordada «se entiende sin perjuicio, etc.». En el Código de 1870 el número 3.º del artículo 530 y el párrafo segundo del artículo 617 se excluyen mutuamente, en virtud de la salvedad contenida en el primero; pero como unos mismos hechos pueden caer indistintamente bajo uno u otro precepto —asi, por ejemplo, la utilización o sustracción de los frutos de un daño que no exceda, respectivamente, de 10 ó 20 pesetas, en cuantía superior a la indicada en el número 3.º del artículo 530—, la doctrina hubo de preguntarse cuál es la diferencia entre las figuras delictivas diseñadas en cada uno de los dos preceptos. La jurisprudencia ha respondido reiteradamente de la siguiente manera: La circunstancia diferencial entre el delito de hurto y la falta de daños se determina por la intención del reo, según sea la de apropiación y lucro, o la de inferir un perjuicio, aunque después de haberlo causado y sin propósito preexistente utilice los efectos de su acción punible (32); no existe antinomia entre lo dispuesto en los artículos 530 y 617 del Código Penal Reformado, porque el último precepto se refiere al caso en que el fin de la acción fuere causar un daño y cuando con ocasión de éste sustrae o utiliza después el dañador los frutos o leñas objeto de aquél, siendo esto accidental y secundario, mientras que en el párrafo tercero del artículo 530 lo principal del hecho es el lucro y lo accesorio el daño, en cuyo caso, exista o no éste, se comete el delito de hurto (33); para poder determinar si la sustracción de leñas de ajena pertenencia constituye el delito de hurto o la falta de daño con aprovechamiento de los efectos de aquél, hay que atenerse a la intención y fines del agente, constituyendo dicho delito cuando el móvil de la voluntad fué el lucro, y la falta del artículo 617, si el estímulo determinante de aquélla fué el mero propósito de causar el daño, aunque después concurra el aprovechamiento de sus efectos como accidente del hecho principal ya consumado (34).

Este criterio diferencial propugnado por la jurisprudencia se aceptó sin mayores inconvenientes y constituye desde hace años moneda corriente (35). Sin embargo, el criterio es, en cierto modo, artificioso. Es exacto, si se quiere, que la intención del agente marca una separación tajante entre el delito de hurto y las actuaciones dañosas descritas en el primer párrafo del artículo 617 del Código Penal de 1870. Intención de lucro allí; propósito de inferir un daño a bienes patrimoniales ajenos en

(32) Sentencia de 10 de diciembre de 1890.

(33) Sentencia de 15 de octubre de 1898.

(34) Sentencia de 11 de febrero de 1890.

(35) Cfr. D. TERUEL CARRALERO, *Las faltas* (Barcelona 1956) p. 305 ss.

el último supuesto. Pero las cosas cambian cuando, una vez *causado* —ya consumado, como subraya la propia jurisprudencia— el daño, el agente se aprovecha posteriormente de los frutos de ese daño. Entonces, contemplando concretamente esta segunda actuación, no vale decir que en un caso la intención es de lucro, y en otro, lo que existe es un *animus nocendi*, porque el que, una vez que ha causado la falta de daños, dando satisfacción externa a su exclusivo propósito de inferir un perjuicio, sustrae o utiliza los frutos del daño, está actuando, en este segundo momento, con un *animus lucrandi*, exactamente igual al que informa el hurto previsto en el número 3.º del artículo 530. No vale decir que el ánimo de lucro que preside la conducta contemplada en el segundo párrafo del artículo 617 es, en todo caso, un accidente de las actuaciones dañosas diseñadas en el párrafo primero del mismo artículo. Será un accidente, pero no puede negarse que es también un hecho *distinto* y posterior, cubierto por un elemento subjetivo *diverso*, y que, en el plano ofensivo, puede superar con mucho a la propia falta de daños. Así, por ejemplo, cuando el daño no exceda de 10 ó 20 pesetas y la sustracción de los frutos se eleve muy por encima de esa cifra. Pero es que, además, queda sin explicar cómo es posible que la utilización o sustracción de los mismos frutos en idéntica cuantía constituya hurto, a tenor del propio párrafo segundo del artículo 617, cuando el daño causado se valore en más de 10 ó 20 pesetas. En uno y otro caso, exceda o no el daño causado de esas cantidades, se trata de una misma acción que recae sobre un mismo objeto material de idéntico valor. ¿Cómo es posible decir que en un caso es daño, porque el ánimo de lucro es accidental, y en el otro decir que es hurto, siendo así que si el ánimo de lucro es accidental en el primer caso habrá de serlo exactamente igual en el segundo? Tanto en un supuesto como en el otro, se ha hecho exactamente lo mismo; primero se causó un daño y luego se han aprovechado sus frutos.

Todavía podría pensarse, como último recurso, que la sustracción o utilización que se contemplan en el párrafo segundo del artículo 617 del Código de 1870, se lleva a cabo con *animus nocendi*. Pero claro está este criterio, que permitiría distinguir las conductas previstas en el párrafo segundo del artículo 617 y en el número 3.º del artículo 530, es aún mucho más artificioso y con buen sentido ni la jurisprudencia ni la doctrina científica lo han mentado siquiera. Resultaría contradictorio referir un *animus nocendi* no a una conducta de destrucción, sino de *sustracción*, no a una conducta de inutilización de la cosa, sino precisamente de *utilización*. La jurisprudencia ha declarado repetidamente que «el propósito de lucro se deduce naturalmente de toda sustracción de cosa mueble ajena» (36), y que «en la

(36) Así, entre otras, la Sentencia de 22 de marzo de 1902.

palabra sustracción están comprendidos todos los requisitos del delito de hurto» (37). De esta suerte, cuando en el párrafo segundo del citado artículo 617 se describe una conducta de sustracción o utilización de los frutos u objetos de un daño, se está implicando la existencia de un ánimo de lucro (38).

He aquí la situación radicalmente distinta a la del Código Reformado de 1850 que creó el legislador de 1870. Esta situación intrincada se mantiene, fundamentalmente, en el Código de 1928 (39) y en el de 1932 (40), y pasa, en líneas generales, al vigente, si bien es preciso poner de relieve que la Reforma de 1944, al redactar el número 3.º del artículo 514, omitió la salvedad que hacían los cuerpos legales anteriores y, de este modo, no niega a la conducta contemplada en el segundo párrafo del artículo 598 el carácter de hurto, con lo que, aunque continúa disponiendo para ella un tratamiento distinto al que reserva a las faltas de hurto, deja en libertad al intérprete para poder mantener que, en puridad, se trata de un auténtico hurto. Por lo demás, la relación entre los vigentes artículos 514, número 3.º, y 598, ofrece a la doctrina las mismas insatisfacciones que originaba la relación entre los artículos 530, número 3.º, y 617 del Código de 1870.

4. Conocidos el fin a que tendía la norma en el Código

(37) Sentencia de 31 de diciembre de 1912.

(38) Aunque el Código habla de sustracción o *utilización*, no se consagra ninguna modalidad de hurto de uso. No se contempla en los preceptos que venimos estudiando ninguna de las dos hipótesis que pueden estar a la base de un hurto de uso y cuya posibilidad de ser reconducidas al concepto legal de hurto estudió con singular tacto J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto* cit. p. 149 ss.

No se contempla aquí ni el supuesto del que posee concesión del propietario para hacer un uso determinado de la cosa y realiza un uso distinto, ni tampoco el del que sustrae la cosa con el propósito de devolverla una vez que ha hecho de ella el uso que se había propuesto. En realidad, tanto en los artículos 530, núm. 3 y 617 del Código de 1870 como en los correspondientes 514, núm. 3 y 598, con la expresión *utilización* se alude únicamente al destino que el agente da a la cosa una vez que la ha introducido ya fácticamente en su patrimonio, y, por tanto, la utilización de que habla el Código presupone un hurto normal. En la Sentencia de 26 de marzo de 1877, por ejemplo, se dice: "Si el procesado, al cortar unas uvas para llevarse las y utilizarlas, no tuvo el propósito de hacer daño a la viña ni le hizo daño alguno, no es aplicable este artículo (617 del Código de 1870), sino que cometió delito de hurto".

(39) Código Penal de 1928, artículos 703 y 838. Artículo 703: "Son reos de hurto los que con ánimo de lucro y sin violencia ni intimidación en las personas ni fuerza en las cosas: 6.º Sustraen o utilizan los frutos u objetos del daño que causaron, salvo si los mismos hechos estuvieren castigados como faltas en este mismo Código". Artículo 838: "Los que en heredad ajena cortaren árboles, legumbres o siembras nacidas, causando daños que no excedan de 200 pesetas, serán castigados con la multa del duplo al cuádruplo, y si éste no consistiere en cortar árboles, sino en talar ramajes o leña, la multa será del tanto al duplo del daño causado. Si el dañador comprendido en este artículo sustrajese o utilizase los frutos u objetos del daño causado, y el valor de éste no excediese de 100 pesetas, sufrirá la pena de arresto de diez días a dos meses."

(40) Código Penal de 1932, artículos 595 y 592.

de 1850 y su desventura histórica, que empezó en el 1870, conviene tantear ahora los resultados a que conduciría un análisis técnico-jurídico del tipo, aunque, por supuesto, no podamos explicar aquí nada más que un análisis puramente esquemático.

Recordamos que el tipo aparece delineado en el vigente Código penal de la siguiente manera: «Son reos de hurto los dañadores que sustrajeren o utilizaren los frutos u objetos del daño causado, en la cuantía señalada en este Capítulo».

Es sabido que el punto de partida para la reconstrucción del tipo legal viene dado por el verbo empleado, puesto que es él el que indica la conducta que integra el delito (41). En nuestro caso el núcleo del tipo está representado por los verbos *sustraer* o *utilizar*. En consecuencia, la conducta que aparece penada en el número 3.º del artículo 514 es la *sustracción* o *utilización* de los frutos u objetos del daño causado. Sólo esto, porque al tipo no pertenece en absoluto la causación de un daño. La causación de un daño es únicamente aquí presupuesto de la conducta típica, y esto porque el objeto material sobre el que incide la conducta típica es precisamente el fruto o producto de un daño, de suerte que la existencia del objeto material presupone a la fuerza la previa causación de un daño. Pero la causación de ese daño queda fuera del tipo. El tipo describe únicamente una conducta consistente en *sustraer* o *utilizar*. Ahora bien, como circunscribe el objeto material de esa acción a los frutos de un daño, alude naturalmente a un *daño causado*, justamente así en pretérito. Es decir, la conducta penada en el número 3.º del artículo 514 comienza allí donde hay ya un daño consumado (42).

(41) Cfr. F. GRISPIGNI, *Diritto Penale Italiano II* (Milano 1952) p. 148. Últimamente insiste sobre ello de un modo sugestivo, J. ORTEGO COSTALES, *Ensayo sobre la parte especial del Derecho Penal* (La Laguna 1959) p. 43 ss.

(42) La jurisprudencia destacó, ya en el siglo pasado, que presupuesto de aplicación de este precepto es la previa causación de un daño, en el sentido legal y técnico de la palabra. Cfr. J. ALVAREZ CID y T. ALVAREZ CID, *El Código Penal de 1870 II* (Córdoba 1908) p. 583. Por su parte, los comentaristas del Código de 1870 abundan en el mismo criterio. Por todos, A. GROIZARD, *Código Penal* cit. VI p. 289: "En la introducción del presente título hicimos notar la diferencia que caracteriza a los delitos de robo, hurto y defraudación y estaba respecto a los daños contra la propiedad el fin de aquellos es el lucro; estos otros, por regla general, son productos de odios o de venganzas. *Ejecutado el daño*, pueden suceder dos cosas: que el reo tome, se apodere, sustraiga o utilice los frutos u objetos del mismo, o que no se lucre con ellos. En el primer caso, la valla que los separa desaparece, y se transforma el daño en hurto. En el segundo, el delito de daños queda subsistente con sus propios caracteres". GROIZARD parte, pues, de la previa ejecución del daño, y reconoce a este precepto la extraña virtualidad que también le reconoce actualmente QUINTANO: la conversión del daño ya ejecutado en hurto, por la aparición posterior del ánimo de lucro.

Ya conocemos los resultados injustos a que puede llevar el reconocimiento de semejante virtualidad. Por lo demás, admitirla supone recaer fatalmente en el ámbito de una siempre rechazable culpabilidad *subsequens*. Si el daño causado se convierte, por la aparición posterior de un ánimo de lucro, en hurto, es claro que la previa conducta dañosa, informada por el elemento subjetivo

Sujeto activo de este delito no pueden ser más que los autores de un daño. Se trata de una figura penal con destinatario fijo. La expresión «los que» con que se inician los tipos dibujados en los números 1.º y 2.º del artículo 514, se sustituye por otra mucho más restringida, como lo es la de «los dañadores». Estamos ante un ejemplo claro de aquellos delitos *proprios*, en los que la cualidad que hace posible ser sujeto activo se adquiere por una conducta precedente, que, se resuelve en una particular posición del agente (43), y en nuestro caso, de modo más concreto, por una conducta precedente punible. La relación que caracteriza al posible sujeto activo deriva aquí de un delito precedente, que de nuevo juega, también bajo esta perspectiva, como presupuesto del segundo delito. Grispini recuerda, por ejemplo, que el delito de fuga previsto en el Código italiano de la Circulación sólo puede ser cometido por quien haya previamente realizado un atropello automovilístico (44). Lo mismo sucede con el delito previsto en el artículo 5 de la Ley española de 9 de mayo de 1950, que sólo puede ser cometido por el propio conductor que causó la víctima.

Por último, la penalidad aparece determinada en referencia exclusiva con la cuantía de los frutos sustraídos, abstracción hecha del daño causado. Como en la fijación de la pena rige, a la par que otros, el fundamental principio de *adecuación al acto* (45), el hecho de que el Código la determine, en nuestro caso, atendiendo exclusivamente a la conducta de sustracción y prescindida en absoluto de la conducta dañosa, es un indicio más, y concluyente, de que el daño causado no pertenece al tipo configurado en el número 3.º del artículo 514.

A la hora de recoger los resultados a que conduce una exploración técnica del tipo, siquiera sea somera, pueden sentarse las siguientes conclusiones:

- a) Al tipo no pertenece la causación de un daño.
- b) En el tipo se contempla únicamente una conducta lucrativa de sustracción.
- c) El objeto de la acción está constituido por los frutos u objetos de un daño ya causado.
- d) Sólo pueden ser sujetos activos los propios autores del daño causado (46).

propio del delito de daños, sólo a *posteriori* aparece cubierta por la culpabilidad propia del delito de hurto. Para incidir en el recinto de una criticable culpabilidad *subsequens* tanto da que en principio no haya existido culpabilidad alguna como que haya existido una culpabilidad *distinta*.

(43) Cfr. F. GRISPINI, *Diritto Penale* cit. II p. 216.

(44) F. GRISPINI, *Diritto Penale* cit. II p. 217.

(45) Cfr. J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* cit. II p. 171.

(46) En principio, un análisis técnico de la falta prevista en el segundo párrafo del artículo 598 conduce a idénticos resultados. También aquí se trata únicamente de una conducta lucrativa de sustracción, que incide sobre un objeto

Pero a la vista de estos resultados, cabe asegurar que el tipo descrito en el número 3.º del artículo 514 es perfectamente reconducible al tipo del hurto propio, que se estampa en el número 1.º del mismo artículo. Las únicas notas específicas del primer tipo, respecto al segundo, son el sujeto activo y el objeto de la acción, que aparecen recortados en el número 3.º del artículo 514. Ahora bien, no es tarea demasiado difícil poner de relieve cómo ambas notas no son suficientes para dotar de autonomía al tipo del número 3.º del citado artículo. «Los dañadores», que se señalan como los únicos posibles sujetos activos, se comprenden cómodamente en «Los que», es decir, en la expresión que confiere al hurto del número 1.º del artículo 514 la condición de delito sin destinatario fijo. Y los *frutos* u *objetos* de un daño causado son *cosas muebles ajenas*, con lo que también el objeto de la acción del número 3.º se comprende sin esfuerzo en el objeto material del hurto propio.

De este modo resulta que el número 3.º del artículo 514 no crea ninguna figura mixta, compleja, *sui generis* o anómala. No es definidor de ninguna figura nueva, sino que repite la figura diseñada en el número 1.º del mismo artículo, definidor del hurto propio. Podrá parecer extraño que siendo así ocupe su lugar en el Código. Pero la interpretación histórica nos indica que llegó a la Ley punitiva por obra del Decreto de 7 de junio de 1850, como una interpretación auténtica, que el legislador estimó oportuno sentar para acabar con unas dudas y un entendimiento vicioso que había surgido en un determinado momento histórico. Por eso, de acuerdo con el número 3.º del artículo 514 se responde exclusivamente por el hurto de los frutos u objetos del daño, por un hurto que no se aparta en nada de la «definición general y clásica», en el decir de Pacheco, o sea de la del hurto propio; pero no por el daño, que habrá de enjuiciarse a tenor de los preceptos que el Código dedica a los daños. Se da paso, así, a la concurrencia del tipo de daños con el tipo de hurto (47).

Cuando la jurisprudencia en alguna Sentencia reciente, como la antes citada de 11 de febrero de 1955, pretende atribuir al tipo del número 3.º del artículo 514 una función propia, al decir que esta norma permite la compatibilidad de los daños y el hurto de los objetos procedentes de los mismos, siempre que el artículo 504 deje de atraer las infracciones a las responsabilidades más

material constituido por los frutos u objetos de un daño causado, y que ha de realizar precisamente el autor del daño. La gran anomalía surge a la hora de fijar la pena, puesto que el legislador rompe en cierto modo, con el principio antes recordado de la adecuación al acto, y en vez de determinar la pena con vistas a los frutos sustraídos, la determina con vistas al daño causado, con lo que se da origen a una figura extraña que puede prestarse a soluciones auténticas desconcertantes.

(47) Con razón advierte A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio cit.* II p. 331 que este precepto "en técnica correcta debiera dar lugar a la concurrencia de ambos tipos".

graves del robo, no consigue en absoluto su objetivo, porque pierde de vista que todos los daños causados para lograr el apoderamiento de una cosa que no sean subsumibles en el artículo 504, son perfectamente compatibles con el hurto propio, definido en el número 1 del artículo 514. De suerte que, por ejemplo, cuando, como en el supuesto enjuiciado en la Sentencia de 23 de abril de 1957, los culpables talan previamente tres nogales para apoderarse de ellos, no es preciso, como hace en este caso el Tribunal Supremo, recurrir al número 3.º del artículo 514, porque los hechos son subsumibles en el número 1 de ese artículo, como reconoció reiteradamente, bajo la vigencia de los distintos Códigos, el propio Tribunal Supremo (48). Y es que no cabe hablar de delito de daños, aunque naturalísticamente se produzcan menoscabos, cuando la conducta del agente va enfilada toda ella por el ánimo de lucro y aquellos menoscabos o deterioros están en función del apoderamiento de la cosa. En estos supuestos estamos ante lo que la doctrina italiana viene denominando «antefatto punibile», en cuanto se trata de una actuación que se concreta en actos idóneos, dirigidos de un modo inequívoco a la comisión del delito, pero que no son todavía la realización de la conducta típica (49). Por ejemplo, en el caso de la tala de árboles previa se trata de una actividad eventual anterior que va dirigida a la creación de un presupuesto del delito como lo es, en este caso, el objeto de la acción típica, cosa transportable, o sea, la conversión del objeto material en cosa susceptible de ser separada fácticamente de un patrimonio e introducida en otro. Pero toda actividad que se presenta de esta suerte no puede ser valorada jurídicopenalmente en sí como actuación dañosa, sino en función de la conducta típica a la que iba a dar paso, incluso con independencia de si esta conducta completó o no su periplo (50). El Tribunal Supremo tiene declarado repetidamente que

(48) La Sentencia de 5 de noviembre de 1915 calificó como hurto previsto en el artículo 530, núm. 1, del Código de 1870 el hecho de cortar, para apoderarse de ellos, unos pinos. La de 3 de noviembre de 1931 consideró la sustracción de pinos, que habían sido cortados o arrancados por el sustractor para alcanzar su apoderamiento, como delito de hurto tipificado en el artículo 703, núm. 1, del Código de 1928. La Sentencia de 27 de junio de 1947 encuadra, el apoderamiento de unos árboles, que previamente habían sido talados, en el núm. 1 del artículo 514 del vigente Código.

(49) Cfr. A. DALL'ORA, *Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale de reato* (Milano 1950) p. 190 s.

(50) Ya F. CARRARA, *Programa* cit. VI p. 523 s., insistía en que "el daño que en este lugar significa no cualquier perjuicio, sino solamente toda *destrucción* o *degradación* de la propiedad real, es preciso que haya sido un *fin en sí mismo*. Si se le realiza con fin de lucro, será medio del hurto, podrá cualificarlo, pero no eximirlo de este título". En nuestra doctrina este punto aparece acertadamente destacado en la monografía de J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *El Hurto Propio* cit. p. 131, en donde se advierte: "El que los daños causados para separar de un inmueble una cosa que a él está unida en calidad de pertenencia o parte integrante, hayan de valuarse aparte dando lugar a un concurso, es cuestión

no puede hablarse de delito o falta de daños, allí donde se causan deterioros o menoscabos con el propósito de sustraer. En estos casos si el daño causado para lograr el apoderamiento es susceptible en el artículo 504, estamos, a no dudarlo, ante un robo con fuerza en las cosas, y cuando no lo es, estamos pura y simplemente, también a no dudarlo, ante un hurto propio. De singular importancia, entre otras muchas, la Sentencia de 21 de diciembre de 1895 que dice que la sanción del artículo de la falta de daños no es aplicable al que con el propósito de sustraer causa un daño, por lo cual, el hecho de haber sido sorprendido el procesado cortando leña en un monte público, sin autorización alguna y con fines de lucro, constituye evidentemente el delito de hurto frustrado. En la misma línea había declarado ya la Sentencia de 26 de noviembre de 1889 que no es aplicable el artículo de la falta de daños al que sin intención especial de causar daño, lo produce con el fin concreto de apoderarse de cosa ajena con ánimo de lucro, porque este hecho así realizado se halla definido como delito de hurto en el artículo 530, número 1.º hoy 514, número 1.º, es decir, como hurto propio (51).

5. En definitiva, como conclusión de *lege ferenda*, parece obligado pronunciarse por la necesidad de suprimir en una futura reforma tanto el párrafo segundo del artículo 598 como el número 3.º de 514. La doctrina apuntó ya la condición superflua del primer precepto. Teruel Carralero afirma que el párrafo segundo del artículo 598 es superfluo «pues si se sustrae o aprovecha lo cortado, arrancado o talado, el ánimo de lucro hace que la falta sea de hurto aunque no existiese el párrafo, que sólo sirve para plantear el problema de si el comprendido en este párrafo cometido por el que hubiese sido condenado por el delito de

que se desarrolla en un plano distinto, ya que las premisas para resolverla proceden del campo de la acción. Remitiendo este problema a aquel lugar, bástenos aquí sentar que no pueden ser objeto de una estimación independiente, sino que están absorbidos por el hurto". Y en la p. 160 s. de la misma monografía se vuelve a insistir sobre la cuestión: "Así será hurto y no robo la sustracción de la rueda de repuesto de un coche cortando las correas que la sujetan. E igual habrá de ser la calificación de la de un árbol que previamente ha de ser derribado y, en general, el apoderamiento de cosas inmuebles por naturaleza que precisan ser movilizadas para que la sustracción pueda verificarse; precisamente por ello no son de apreciar los daños que para lograr tal movilización se causen, pues van embebidos en la propia acción".

(51) Tampoco puede decirse que la función propia y autónoma del núm. 3 del artículo 514 sea la de cubrir aquellos supuestos en los que, a la par de la conducta lucrativa, surge contemporáneamente una conducta dañosa informada por su correspondiente *animus nocendi*, porque en estos supuestos no se hurta fruto alguno de ningún daño causado, sino que *con ocasión del hurto se causan daños*. En estos casos se produce lisa y llanamente un concurso de delitos, como estimó acertadamente, por ejemplo, la Sentencia de 31 de noviembre de 1931 que enjuicia un caso en el que, con ocasión de lograr el apoderamiento de unos pinos, se causaron daños en la finca. El Tribunal Supremo entendió que existía hurto propio y apreció, al mismo tiempo, la existencia de una falta de daños.

robo, hurto o estafa o por dos faltas de hurto ha de castigarse como delito, por ser el tercero, o no llegará nunca a serlo mientras el daño no pase de 500 pesetas, aunque la acción se repita muchas veces, inclinándonos a la afirmación de la existencia de delito, la naturaleza del hecho idéntica a la del número 1.º del artículo 537» (52). En el mismo sentido ha dicho Quintano que el párrafo segundo del artículo 598 «pudiera haberse ahorrado, visto que la utilización lucrativa de los productos de los daños integran siempre hurto, de acuerdo con el número 3.º del artículo 514» (53). No sólo en cuanto implica una repetición, puesto que la sustracción de los frutos de un daño da lugar, en todo caso, a un delito o a una falta de hurto, según la cuantía de los frutos sustraídos, sino también en cuanto representa una figura verdaderamente anómala, como ya hemos visto, por la forma en que aparece determinada su sanción, es preciso estimar oportuno el que sea radiada del Código.

El carácter superfluo del número 3.º del artículo 514 no fue apuntado con tanta claridad por la doctrina, si bien Quintano ha dicho de este precepto que es, en verdad, «un exceso de virtuosismo jurídico, cuya necesidad es bien problemática» y que si siempre hubiese que hacer salvedades como la que, a su juicio, encierra, «se multiplicaría inútilmente el volumen de los Códigos» (54). A la luz de cuanto dejamos expuesto creemos que también el número 3.º del artículo 514, que ha nacido como una interpretación auténtica destinada a desechar unas dudas concretas, surgidas en un determinado momento histórico, y que ha llegado al Código de 1944, por peso de la inercia, es un precepto claramente superfluo. En cuanto entraña una repetición del hurto propio del número 1.º del artículo 514 no sólo va en contra del principio de economía legislativa que debe presidir a todo Código, sino que cobija el innegable peligro de despistar y crear problemas innecesarios a la doctrina tanto jurisprudencial como científica. La doctrina parte, naturalmente, de la premisa lógica de que una duplicidad de tipos revela una diferencia y, en consecuencia, se lanza fatalmente a la búsqueda de esa diferencia, de suerte que el propio legislador la coloca en el trance de correr el riesgo de terminar viendo una figura «*sui generis*» allí donde no la hay.

(52) D. TERUEL CARRALERO, *Las Faltas* cit. p. 304.

(53) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios* cit. II p. 538.

(54) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios* cit. II p. 414.

SECCION LEGISLATIVA

La nueva Ley venezolana de Tránsito Terrestre

Por J. PASCUAL MENEU MONLEON
Abogado del I. Colegio de Madrid

La Ley de Tránsito Terrestre del 16 de agosto de 1960, en vigor desde primero de enero de 1961, deroga la Ley venezolana de igual título de 22 de agosto de 1955, y además de su interés general tiene para nosotros el que resulta de su vuelta, en buena parte, al procedimiento civil, ante tribunales civiles especializados o ante los Juzgados de lo Civil, en contra del carácter eminentemente administrativo que el procedimiento tenía en la legislación anterior, a pesar de que el juicio, iniciado con la citación del conductor por la autoridad de tránsito y no con demanda, tenía por objeto también, la decisión sobre responsabilidad civil.

Nos apresuramos a anticipar este aspecto de la nueva ley, que intenta superar el caos que en cuanto al enjuiciamiento causó la criticada ley venezolana de 1955 (preparada, por cierto, sin intervención del Ministerio de Justicia) al apartarse de las normas y principios procesales generalmente admitidos, porque es una experiencia que puede apoyar la oposición que actualmente mantiene ciertos medios jurídicos y forenses a la propuesta norteamericana de crear unas comisiones que enjuicien los accidentes de automóvil con carácter administrativo.

Entre las más autorizadas, recordemos la oposición del decano Roscoe POUND, en ponencia al Instituto de Derecho Comparado Iberoamericano y Filipino, quien se pronuncia contra esta propuesta por las siguientes razones :

1) Supone un retroceso en desacuerdo con la Constitución política norteamericana, que complicaría en vez de simplificar su sistema de Tribunales y garantías constitucionales, por cierto, ampliamente estudiadas por el Decano POUND en sus antecedentes históricos (1).

2) Conduciría a conflictos de jurisdicción, siempre perniciosos y dilatorios para toda administración de justicia.

3) Originaría la propuesta más motivos y ocasiones de demoras y gastos, en lugar de eliminar las que actualmente causan el exceso de expedientes o procedimientos que penden ante los Tribunales norteamericanos.

Por su parte, el Decano POUND sostiene que las directrices dominantes en la materia deben ser : la unificación de la Justicia, su flexibilidad, la conservación del Poder Judicial en la Magistratura y la responsabilidad Judicial.

(1) Ver Roscoe POUND: *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*. Yale University Press, New Haven, 1957.

Creemos que la evolución venezolana en materia de legislación del tránsito terrestre, hasta de la Ley de 1960, anterior en el tiempo a la ponencia del profesor POUND y proyectos a que se refiere puede ser un buen ejemplo en apoyo de la tesis del ilustre Decano de Harvard, y, en todo caso, una interesante experiencia entre las que las legislaciones extranjeras nos ofrecen en materia de circulación.

Porque, en todos los países, se sienten en mayor o menor medida los estragos de la que COLLIGNON llamó la más trágica plaga social (2), y son frecuentes trabajos y estudios sobre los problemas de tráfico, cual el «Curso sobre accidentes de circulación» organizado por la Escuela de Medicina Legal de Madrid, a cargo de los señores SANZ PÉREZ, PIÑERUA, GÓMEZ, CANO, LUQUE, LAVES, GERMAIN, LÓPEZ IBOR, PEIRO S. J., PÉREZ DE PETINTO, DEL ROSAL, ARIAS PAZ y ROYO VILLANOVA (3).

La nueva Ley «regula todo lo relacionado con el tránsito terrestre por las vías públicas o privadas destinadas al uso público permanente o casual, con las excepciones establecidas o que establezcan por Leyes Especiales» (artículo 1.º).

A los fines de la Ley se considerará como *propietario* a quien figure en el registro de vehículos como adquirente, aun cuando haya adquirido el vehículo con reserva de dominio, y el propietario está sujeto a las siguientes obligaciones:

- a) Inscribir el vehículo en el registro respectivo;
- b) Pagar puntualmente los impuestos y contribuciones que lo graven;
- c) Mantener en vigencia la garantía de responsabilidad civil establecida en esta Ley y sus Reglamentos;
- d) Mantener el vehículo en perfectas condiciones de seguridad, funcionamiento e higiene;
- e) Someter el vehículo a revisión en la oportunidad que señalen los Reglamentos de esta Ley;
- f) Proveer el vehículo de sus correspondientes placas de identificación, renovar éstas oportunamente y mantenerlas en perfecto estado de conservación y en las condiciones de visibilidad que establezcan los Reglamentos; y
- g) Las demás que señalan esta Ley y sus Reglamentos. (Artículos 4.º y 5.º).

El capítulo III, artículo 6.º al 10, trata *de la circulación*, preceptuando que las vías públicas se mantendrán libres de obstáculos que la impidan o dificulten, a cuyo fin las autoridades del tránsito quedan facultadas para remover los vehículos u objetos que se encuentren estacionados, depositados en la vía pública en zonas prohibidas, o en sitios que obstaculicen el normal desarrollo del tránsito, vehículos que se reputarán abandonados y serán incorporados al patrimonio nacional si no fueren retirados por sus propietarios dentro de los términos establecidos.

(2) Ver Theo COLLIGNON: *Prophylaxie de la circulation routière*, en "Etudes Internationales de Psycho-sociologie criminelle", Paris, 1956. II.

(3) Véase "Curso sobre accidentes de circulación", organizado por la Escuela de Medicina Legal (Facultad de Medicina de Madrid) y patrocinado por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid. Un volumen de 229 páginas (Madrid, 1960).

Termina el título I con un capítulo IV relativo a *las licencias*, que se remite al futuro reglamento de la Ley en aspectos tales como lo relacionado con las licencias extranjeras o para extranjeros, y que encarecen la importancia y necesidad de un buen reglamento.

Es de singular importancia el título II, pues comprende tres capítulos que tratan de las autoridades administrativas, de los tribunales competentes y de la responsabilidad civil por accidente de tránsito, materias cuyo interés no precisa encarecer (4).

También se remite al reglamento la determinación de las *autoridades administrativas* del tránsito terrestre, cuyas *atribuciones* según el artículo 18, serán las siguientes:

- 1) Efectuar estudios sobre las condiciones del tránsito terrestre y elaborar las normas administrativas que deberán regirlo;
- 2) Organizar los servicios nacionales que requiera la aplicación de esta la Ley y su Reglamento;
- 3) Expedir, anular, revocar y suspender las licencias salvo lo previsto en el artículo 35;
- 4) Conocer de las infracciones previstas en la presente Ley y su Reglamento y aplicar las sanciones administrativas correspondientes, salvo lo dispuesto en el artículo 35;
- 5) Llevar el Registro de Vehículos;
- 6) Determinar las características de las placas de indentificación de los vehículos en las condiciones que señale el Reglamento.
- 7) Las demás que señalen la Ley y el Reglamento.

«La jurisdicción civil en materia de accidentes de tránsito será ejercida por los Tribunales de Primera Instancia de Tránsito y los Tribunales Superiores del Tránsito, en los lugares donde los hubiere o fueren creados. Donde no existan, ejercerán sus funciones los Juzgados en lo Civil.

El Ejecutivo Nacional podrá atribuir a determinados Juzgados de Paz, Parroquia o Municipio, y a los Juzgados de Departamento o Distrito, según el caso, el conocimiento en Primera Instancia de los juicios de Tránsito cuya cuantía no exceda de mil bolívares (Bs. 1.000,00), o de cuatro mil bolívares (Bs. 4.000,00) respectivamente.» (Artículo 19).

Según el artículo 20, la *jurisdicción penal* será ejercida por los Tribunales ordinarios, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

El artículo 21 impone al conductor la *obligación de reparar* todo daño material que cause con motivo de la circulación del vehículo, a menos que pruebe que el daño proviene de un hecho de la víctima o de un tercero, que haga inevitable el daño y sea normalmente imprevisible para el conductor, remitiéndose a las disposiciones del Derecho común en cuanto a la obligación de reparar el daño moral. Este precepto dará, sin duda lugar a interesante jurisprudencia, al no admitir como causa de exención de responsabilidad la fuerza mayor. En caso de colisión de vehículos se presume, hasta prueba en contrario, que los conductores tienen igual res-

(4) Véase Albert ERHENZWEIG: *La responsabilidad por daños causados por automóviles*, en "Revista Penal de La Habana", año VII, núm. 4, abril-junio 1956, págs. 192 y ss.

ponsabilidad y se presume, también, salvo prueba en contrario, que es culpable de un accidente de tránsito el conductor que en el momento del accidente se encontrase bajo el efecto de bebidas alcohólicas o de bebidas tóxicas o que conduzca con exceso de velocidad.

El propietario es solidariamente responsable con el conductor, aun cuando éste no haya sido identificado, salvo los casos en que haya sido privado de su posesión como consecuencia de hurto, robo, apropiación indebida o requisición forzosa del vehículo. A efectos de esta responsabilidad solidaria el propietario deberá constituir y mantener garantía por el monto que fije el Reglamento y mediante seguro de responsabilidad civil.

Sobre este *seguro obligatorio de responsabilidad civil* dispone la Ley:

Artículo 25.—En razón del seguro de responsabilidad civil, las víctimas del accidente o sus herederos, tienen una acción directa contra el asegurador en los límites de la suma aseguradora por el contrato.

Si hay varios perjudicados y el total de las indemnizaciones debidas por el propietario excede de la suma asegurada, los derechos de aquellos contra el asegurador se reducen proporcionalmente hasta la concurrencia de esta suma. No obstante, el asegurador que haya pagado de buena fe a uno de los perjudicados una cantidad mayor a la que correspondía por ignorar la existencia de otros derechos, queda liberado de responsabilidad respecto a los demás perjudicados, hasta la concurrencia de la cantidad pagada.

Artículo 26.—En ningún caso le podrán ser opuestas a la víctima o sus causa-habientes, las excepciones que pudiera tener el asegurador contra el asegurado, no obstante, el asegurador sólo puede repetir contra el asegurado ;

- a) Cuando el asegurado no haya pagado la prima convenida ;
- b) cuando el asegurado haya obstaculizado con su hecho el ejercicio de los derechos del garante ;
- c) cuando al producirse el accidente el vehículo esté destinado a usos diferentes que los normalmente previsibles en el momento de la celebración del contrato ;
- d) cuando los daños reclamados hayan sido causados intencionalmente por el asegurado, o con su complicidad ;
- e) cuando el asegurado haya entregado el vehículo a un conductor legalmente incapacitado para conducirlo, a sabiendas de que era incapaz ;
- f) cuando el asegurado no ponga la diligencia necesaria para mantener el vehículo en las condiciones de seguridad y buen funcionamiento exigidos por esta Ley y sus Reglamentos, y
- g) cuando el asegurado haya causado el daño conduciendo el vehículo en estado de embriaguez, o bajo la influencia de drogas tóxicas o heróicas.

En estos casos el Juez determinará, según su prudente arbitrio, la cantidad que el asegurado deberá reembolsar al asegurador.

Se fija un plazo de prescripción extraordinariamente corto, de seis meses para las acciones civiles a que se refiere la Ley y la acción de repetición del asegurador contra el asegurado.

Plausible siempre el establecimiento del seguro obligatorio de respon-

sabilidad civil, cual ha hecho el legislador venezolano, sería deseable verlo completado con la existencia de un fondo de garantía, que indemnizara a las víctimas en aquellos casos de exención de responsabilidad cual los de privación ilegal de la posesión del vehículo.

No es necesario encomiar, finalmente las ventajas que supone el haber concedido el legislador venezolano acción directa a las víctimas del accidente contra el asegurador, sin que puedan oponérseles las excepciones que pudiera tener el asegurador contra el asegurado.

El título tercero, «*de los procedimientos*», comprende tres capítulos destinados, respectivamente al procedimiento *penal administrativo*, al procedimiento *civil* y al procedimiento *penal*. Del primero, destacaremos especialmente los artículos 30, 31, 33 y 35 que son del siguiente tenor:

«Artículo 30.—La tramitación y la decisión de los procesos para establecer la responsabilidad penal administrativa originada por infracciones del tránsito, incluso cuando el accidente haya causado daños materiales, son de la competencia de las respectivas autoridades administrativas. No obstante, cuando el accidente sea enjuiciable de oficio, el Juez competente aplicará también las sanciones de carácter penal administrativo.»

«Artículo 31.—En el caso en que un accidente de tránsito produzca daños materiales, la autoridad que conozca del mismo deberá:

- 1) Verificar si los vehículos reúnen las condiciones de seguridad exigidos en el Reglamento de esta Ley;
- 2) Levantar croquis de la situación en que fueron encontrados los vehículos intervinientes en el accidente y una relación de los daños sufridos por los mismos o por cualquiera otra propiedad;
- 3) Ordenar el avalúo de los daños que hayan causado, dicho avalúo se hará por un solo perito.»

PARAGRAFO UNICO.—Los garantes podrán convenir en el pago de los daños previo consentimiento del asegurado.

«Artículo 33.—Al citar al presunto infractor, la autoridad administrativa podrá decidir que la citación quede sin efecto en caso de que aquél pague la multa pertinente, y si comprueba dicho pago antes o en la oportunidad fijada para la comparecencia. En el Reglamento de esta Ley podrá preverse que el pago se haga en especies fiscales.»

«Artículo 35.—Contra la decisión dictada podrá apelarse para ante la autoridad administrativa inmediatamente superior en orden jerárquico, siempre que la sanción exceda de cien bolívares (Bs. 100,00), de multa, o consista en suspensión de la licencia. Para que la apelación contra la imposición de la multa pueda ser oída, ésta deberá pagarse a la elección del interesado.»

Del *procedimiento civil* trata el capítulo II, admitiendo la citación telegráfica de los garantes o aseguradores con aviso de recibo, en su domicilio, admitiendo también la posibilidad de que el Juez logre la conciliación entre las partes en el acto de comparecencia.

He aquí las principales disposiciones:

«Artículo 36.—La acción civil contra el conductor, el propietario y su garante, por los daños causados a las personas o a las cosas en razón de accidentes de tránsito, se intentará ante el Tribunal competente que

ejerza jurisdicción en el domicilio de la víctima o en el lugar donde el accidente haya ocurrido. Si el conductor y el propietario fueren personas diferentes, la acción deberá ser ejercida conjuntamente contra ambos. La acción intentada contra el propietario, deberá serlo también conjuntamente contra el garante.»

Artículo 37.—Admitida la demanda el Juez ordenará la citación de las partes y de los testigos indicados en el libelo. En la citación fijará la hora de la comparecencia para uno de los diez días hábiles siguientes a la fecha de admisión de la demanda. En el mismo auto el Juez ordenará solicitar de la autoridad administrativa del Tránsito correspondiente, que le remita lo actuado o copia certificada de sus actuaciones, de haber intervenido en el caso.

Artículo 38.—Las citaciones previstas en el artículo anterior se harán personalmente mediante boletas.

Cuando las personas que hayan de citarse tengan su domicilio o residencia en un lugar distinto de la sede del Tribunal competente, o su domicilio o residencia sean desconocidos, o en cualquier otro caso en que no hubiesen podido ser citados personalmente, se les citará por un cartel que se publicará en un diario de la Capital de la República de amplia circulación.

Artículo 41.—En el acto de comparecencia las partes harán por escrito o de palabra todas las exposiciones y alegatos que creyeren convenientes y presentarán los testigos y demás pruebas que invoquen a su favor. El Juez examinará las pruebas y con respecto a los testigos se procederá de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 de esta Ley.

De todo lo actuado se levanta un acta.

Artículo 42.—En la oportunidad que fije el Tribunal las partes presentarán los testigos promovidos por ellas. En el acto de declaración cada parte podrá hacer preguntas a los testigos que haya promovido y preguntar a los que haya presentado la contraparte o que hayan sido traídos a juicio por el Juez.

El Juez también podrá interrogar a los testigos y ordenar el cese de las preguntas cuando se considere suficientemente enterado del caso.

Se dejará constancia escrita de todo lo actuado.

Artículo 44.—Si fueren demandados conjuntamente el garante y el propietario, o éste y el conductor, y uno de ellos no asistiere al acto de comparecencia, se le considerará representado por el que haya comparecido. Los efectos de la decisión respecto de la responsabilidad de uno de ellos afectará en iguales términos al otro.

La representación prevista en este artículo, no incluye la facultad de convenir o transigir por el representado.

Artículo 45.—Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 40 y 44 de esta Ley, el demandado que no comparezca personalmente o por medio de un representante ante el Juez competente en el día y hora fijados en la citación, será condenado a pagar la suma reclamada a título de indemnización siempre que dicha reclamación no fuere total o parcialmente contraria a derecho.

Artículo 48.—La apelación deberá interponerse dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la sentencia.

Interpuesta la apelación en tiempo hábil, el Juez remitirá lo actuado al correspondiente Tribunal de Alzada, el cual resolverá acerca de la admisión de la apelación dentro de los tres días hábiles siguientes al del recibo de los autos.

No admitirá apelación contra la sentencia que verse sobre una reclamación menor de cuatrocientos bolívares (Bs. 400,00).

Negada la apelación el Tribunal devolverá los autos al Juez de la causa en la misma audiencia o en la siguiente.

Si fuere admitida la apelación se abrirá un lapso de pruebas de cinco días dentro del cual sólo se admitirán las pruebas de confesión, juramento, inspección ocular, experticia e instrumento público.

Vencido dicho lapso se agregarán las conclusiones escritas que presenten las partes y se dictará sentencia dentro de los tres días hábiles siguientes.

Artículo 49.—Contra las sentencias definitivas de Segunda Instancia, procede el recurso de Casación, siempre que se trate de juicios cuya cuantía alcance o exceda a la cantidad de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00). En la tramitación del recurso de Casación se aplicará lo dispuesto en la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo.

Artículo 51.—En los Tribunales de Tránsito se actuará en papel común y sin estampillas y todas sus actuaciones quedarán exentas de derechos arancelarios y judiciales, salvo lo concerniente a los honorarios de los expertos.

Sobre procedimiento penal dispone el artículo 52: «Las autoridades administrativas de Tránsito son auxiliares de la justicia penal y, en consecuencia, deben iniciar la averiguación sumaria cuando los accidentes en que intervengan sean enjuiciables de oficio y remitir lo actuado al Juez Instructor dentro de los tres días hábiles siguientes al del accidente. También detendrán a los indiciados y los pondrán a disposición del Tribunal competente en los mismos casos y dentro del mismo término expresado, a menos que existan fundadas razones para considerar que el indiciado no se sustraerá a las consecuencias penales del hecho y preste fianza de dos personas de reconocida solvencia y responsabilidad.»

Muy de acuerdo con la doctrina científica y conclusiones de reuniones penales y penitenciarias internacionales, la Ley que nos ocupa tiende a evitar detenciones poco recomendables que ninguna ventaja suponen y no pocos males causan, facultando a los Jueces para que acuerden la libertad provisional del indiciado aun durante el sumario, previa la constitución de las garantías exigidas al efecto en el Código de Enjuiciamiento Criminal.

Con el mismo criterio se establecen como sanciones penales administrativas las de multa o suspensión de la licencia, de conformidad con los artículos 57 y 58 del siguiente tenor:

Artículo 57.—Serán penados con multa los conductores que:

1) Conduzcan vehículos sin portar los documentos exigidos por la Ley y sus Reglamentos;

2) Estacionen sus vehículos contraviniendo las señales de tránsito o las indicaciones de las autoridades competentes. En caso de que los vehículos hubiesen sido removidos conforme a los artículos 10 y 11 de esta Ley, pagarán además el costo de la remoción y del estacionamiento de acuerdo con lo que se establezca en el Reglamento;

3) Conduzcan vehículos que no satisfagan las condiciones sanitarias y de seguridad exigidos por la Ley y sus Reglamentos;

4) Siendo hábiles para obtener la licencia respectiva, conduzcan vehículos sin haberla obtenido;

5) Circulen sin placas de identificación correspondiente; con placas que no correspondan al vehículo que las porta o con placas que no puedan ser leídas fácilmente.

6) Usen en forma visible en los vehículos placas o distintivos especiales no autorizados legalmente.

7) Siendo inhábiles para obtener licencia, conduzcan vehículos;

8) Conduzcan vehículos con licencia suspendida;

9) Se den a la fuga en caso de accidentes que causen daños;

10) Incurran en faltas contra la decencia y las buenas costumbres manejando vehículos para pasajeros con fines de lucro, y

11) Conduzcan el vehículo en estado de embriaguez.

En las infracciones señaladas en los numerales 2, 3, 5, 6, 9 y 11 cuando no haya sido posible identificar al conductor, se tendrá como responsable al propietario, salvo en los casos de hurto o robo.

Artículo 58.—Serán penados con multa de cien bolívares (Bs. 100,00) los propietarios que no hayan cumplido con las disposiciones referentes al Registro de Vehículos; con la misma pena, los propietarios o los usuarios de vehículos por razón de cargo que desempeñen, cuando las omisiones o deficiencias en las condiciones de seguridad e higiene del vehículo les sean imputables; y con la misma pena, los propietarios de vehículos destinados al transporte de personas, con fines de lucro, que no cumplan las disposiciones de esta Ley y sus Reglamentos, que le sean especialmente aplicables.»

Para lograr la necesaria disciplina de los peatones, les dedica el legislador el artículo 59:

«Serán penados con multa de veinte bolívares (Bs. 20,00), los peatones que infrinjan las normas del tránsito. Cuando la infracción ponga en peligro la seguridad del tránsito, podrá imponérseles multa hasta por cien bolívares (Bs. 100,00).»

Se duplicará la pena en caso de reincidencia dentro del plazo de un año, o cuando las infracciones de esta Ley o de sus Reglamentos fueren cometidas por quienes, por razón de su oficio, conduzcan vehículos destinados al transporte de carga o al de pasajeros con fines de lucro.

Digamos finalmente que cuando el multado no pague la multa impuesta ésta se convertirá en arresto, si bien a razón de un día de arresto por cada 20 bolívares. Son conocidos los estragos de las penas cortas de prisión, pero también las dificultades que a veces presenta encontrarles sustitutivo, siendo triste caso el que éste, la multa, tenga a su vez que ser sustituido por el arresto (5).

Tales son, en líneas generales; los preceptos de la nueva Ley de Tránsito Terrestre, que entró en vigor el día 1.º de enero de 1961 en Venezuela, con derogación de la anterior Ley de Tránsito Terrestre de 22 de agosto de 1955 «y todas las disposiciones que se opongán a esta Ley, dada firmada y sellada en el Palacio Legislativo en Caracas a los 25 días del mes de julio de 1960.»

Supone notorias mejoras en relación con la derogada, y más aún si se la compara con la primitiva ley de tránsito de 1930, particularmente en lo referente a jurisdicción y procedimiento, cual nos apresuramos a apuntar al frente de estas páginas, en apoyo de la ponencia del Decano POUND y su oposición al proyecto norteamericano de crear Comisiones que enjuicien los accidentes de automóvil con carácter administrativo, proyecto que ha merecido serios reparos pues cualquier pueblo conoce tristes experiencias cuando el enjuiciamiento no se reservó a los jueces so pretexto de cualquier carácter o aspecto especial. Porque para tal caso bien se postula y existe ya en algunos países y jurisdicciones, la especialización judicial. Y la creación o dotación de Juzgados y Tribunales en número proporcionado al de los asuntos que reclaman su atención y dedicación.

(5) Véase Pascual MENEU MONLEÓN: *Las penas cortas de prisión y tratamiento penitenciario en el Congreso de las Naciones Unidas*. En "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, enero-febrero 1961, págs. 2708 a 2723, donde nos referimos a los trabajos y conclusiones del Congreso de Londres, 1960.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la copartición culposa y determinación de autor

(S. 11 de abril de 1961)

POR

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho penal de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Madrid y de la
Escuela Judicial

SUMARIO: 1.º Relación de «hechos probados».—2.º Tribunal «a quo».—3.º Impugnación de la citada decisión judicial.—4.º Breve reflexión sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1.º *Relación de «hechos probados».*

El «resultando» dice así:

«Que sobre las nueve horas y media de la tarde del día diecinueve de mayo de mil novecientos cuarenta y ocho, iban por la carretera de Gijón a Candás los procesados E. A. R. y S. A. J. C. A.: el E. perteneciente al Cuerpo de Somatén Armado del Partido Judicial de Gijón con carnet de tal cuerpo número ciento setenta y tres (Registrado en la Comandancia de la Guardia Civil al número cuatrocientos noventa y ocho), el cual portaba el arma reglamentaria Fusil-mosquetón tipo Mauser y correspondiente munición, pues regresaba de los ejercicios de tiro que en la mañana de dicho día habían verificado reglamentariamente y al que se había unido en el regreso a sus domicilios respectivos el procesado S, durante el trayecto ambos procesados conversaban sobre el manejo del fusil y el E. al S. daba instrucciones teóricas sobre tal manejo ya que éste último desconocía totalmente el manejo y uso de las armas, aunque no desconocía sus efectos y cuando ambos procesados llegaron a la altura del lugar conocido por el Astillero el E. propuso al S. que cada uno de ellos verificara un disparo tomando como blanco un árbol situado a unos cincuenta metros, el S. mostró su total conformidad a la propuesta que hizo suya y el E. se aprestó a disparar el primero preparando el arma y sin preocuparse en lo más mínimo de tomar precaución alguna ni de tener en cuenta que el lugar estaba surcado por diversos caminos y sendas de frecuente uso por personas y animales, de existencia de lugares habitados en todas las cercanías, extremos éstos sobradamente conocidos por ambos procesados que con frecuencia habían recorrido los lugares, y ol-

vidándose también del largo alcance y peligrosidad del arma, dirigió el disparo al árbol elegido y, verificado lo convenido, y una vez que hubo disparado, entregó su arma al otro procesado a pesar de conocer su inexperiencia, el cual aceptando el arma según lo que anteriormente se había acordado verificó un disparo en la misma dirección que su compañero y hecho lo cual ambos procesados, sin comprobar si alguno había hecho blanco, prosiguieron su camino. Horas después fué encontrado en el precitado lugar del Astillero y en la dirección de los disparos, el joven O. F. R. en estado de gravedad en consecuencia de una herida de arma de fuego larga de un calibre correspondiente a un fusil Mauser o similar cuya herida fué producida a una distancia superior a veinticuatro metros y la cual era de las siguientes características: proyectil penetrante por la boca, atravesando hueso maxilar izquierdo superior, perforación de la palatina del oído derecho, saliendo al exterior a través de la región parotida y produciendo a su paso una verdadera explosión de los tejidos y huesos, causando a las pocas horas la muerte del citado herido como consecuencia de esta herida. Asimismo se establece probado que el día de autos no fueron disparados más tiros que los dos verificados por los procesados y que la muerte del joven O. fué producida por uno de los dos disparos producidos; que ninguno de los dos hicieron blanco en el árbol. El E. antes de la comisión de los presentes hechos había sido ejecutoriamente condenado por un delito de lesiones en sentencia de la A. de O., de fecha de dieciocho de noviembre de mil novecientos treinta y ocho, a la pena de seis meses y un día de prisión menor y el S. también antes de los presentes hechos había sido condenado ejecutoriamente por la misma A., y por delito de homicidio, a la pena de cuatro años de presidio mayor en sentencia de ocho de junio de mil novecientos treinta y seis. Ambos procesados son de mala conducta.

2.º Sentencia dictada por el Tribunal «a quo».

La Audiencia provincial competente dictó en su día la sentencia siguiente:

a) Que los citados hechos integraban la figura de la imprudencia temeraria del art. 565, núm. 1 en referencia inmediata, claro está, con el 407, ambos del Código Penal vigente.

b) Que conceptuó que ambos eran autores, por igual, sin que se especificara en qué categoría de los tres enumerados del art. 14 fueran inscribibles.

c) Que por los hechos antedichos en ambos era de apreciar la circunstancia agravante 14 del art. 11 del mismo cuerpo punitivo, imponiéndoles la pena de seis meses y un día de prisión menor, «no habiendo lugar a declaración alguna sobre el delito de tenencia ilícita de armas por haber retirado en tiempo y forma la acusación fiscal sobre este extremo» y, en consecuencia, también se les condena a las accesorias correspondientes y al pago de cuarenta mil pesetas al perjudicado conjunta y solidariamente.

3.º Impugnación de la citada decisión judicial.

Las representaciones de los condenados interpusieron en su día el pertinente recurso de casación, al amparo del núm. 1 del art. 849 de la Ley de

Enjuiciamiento Criminal por cuanto estimaron razonadamente que se habían infringido los arts. 12 y 14 del Código Penal vigente, toda vez que no consta quién de ellos ocasionó la muerte y, en su virtud procede la absolución.

4. *Breve reflexión sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

Ya en el primero de los razonamientos que expone la más alta Sala de lo Criminal sale al paso de las dificultades que encierra la participación culposa, mejor aún, la coautoría, por cuanto, independientemente de las alegaciones aducidas conviene subrayar, entre otras las siguientes:

a) La autoría, en su tres formas, del art. 14 del Código penal son de suyo inaplicables. Basta una atenta meditación sobre ellas (1).

b) Se han de concertar determinados ingredientes, sobre todo, de índole subjetivo, de difícil probanza o hallazgo en los delitos culposos.

c) Por si fuere poco no se olvide la necesidad insoslayable de determinación del concreto reproche sobre una persona en particular.

Veamos el pórtico que establece la Sentencia en el primero de los «considerandos». Dice así:

«Que, a nombre de los procesados, se formula el único motivo del recurso apoyado en el núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y denunciada la infracción por aplicación indebida de los artículos 12 y 14 del Código penal, y es materia muy discutida en la doctrina, con opiniones prestigiosas de uno y otro lado, la pluralidad de sujetos activos o codeinfluencia en los delitos culposos, no procediendo hacer una declaración de tipo general sobre tal extremo, ya que suelen ser muy diversas las condiciones y formas que pueden presentarse en ésta clase de infracciones y tampoco es posible aplicarlos por analogía las de riña tumultaria, pues falta en aquellas el dolo que existe en éstas».

Una vez sentada la anterior premisa la sentencia va flechada —¿cómo no?—, a ver hasta qué punto la inconcreción del autor puede hallar fundamento en un reproche, surgido de la evidente falta de evitabilidad y carencia de previsión, especie, como se sabe, de las lindes fronterizas de la culpa con el caso. Y, en consecuencia, el segundo de los «considerando» intenta incluso acudir a la apoyatura que depara los disparos «en sí», aunque dicho sea de pasada este momento referencial queda bien lejano de cuanto se debate.

Se argumenta del modo siguiente: «que, en éste caso no se trató de evitar, más o menos acertadamente, un mal aunque sea tan pequeño como una ligera perturbación de orden público, es simplemente dos disparos por dos personas distintas contra un árbol y a consecuencia de uno de ellos, indeterminado si el primero o el segundo, e indeterminado también cuál de los procesados lo hizo, muere una persona, a la cual no velan los recurrentes que hicieron los disparos, y se hace necesario, por lo tanto, estudiar la situación jurídica de cada uno de ellos para resolver sobre la procedencia de su recurso».

(1) Para una ampliación del tema cfr. J. DEL ROSAL: *Derecho penal (Lecciones)*. T. II, Madrid, 1960; págs. 126 y 127.

Ahora bien, resulta indiscutible que se evidencia a las claras una actuación culposa tanto en el uno como en el otro. Pero el *quid iuris* reside, a mi modesto entender, en la indeterminación de la autoría, unido para colmo de males en si es posible o no la cooperación culposa, puesto que de traer a colación una de las formas de la autoría forzosamente había de ser, sin vuelta de hoja, la tercera, esto es, la llamada complicidad necesaria (2). Veamos cómo se acomete el problema en el tercero de los «considerandos» que literalmente expone: «Que, el procesado recurrente E. A. que, por pertenecer al Cuerpo del Somatén Armado, se encuentra en posesión legítima de un fusil Mauser con su munición correspondiente, venía de practicar el día del cho, unos ejercicios de tiro que se habían llevado a cabo reglamentariamente, lo que obliga a conocer la infracción de que supone el vérificarlo por su cuenta, y además a saber el alcance del arma que maneja y las condiciones de los sitios donde se realizan las prácticas de tiro para evitar que las balas,

(2) Una exposición del problema con comentario respecto a la resolución votada en el Congreso de la Asociación internacional de Derecho penal puede verse, con la agudeza que le caracteriza, en ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS: *Derecho penal de la Culpa (Imprudencia)*. Ed. Bosch. Barcelona, 1948; págs. 327 y 328.

Finalmente se pronuncia así: «En el fondo, las posiciones respectivas en éste tema creo que responden a los correlativos conceptos que se tengan, tanto en materia de culpa como en la coparticipación, notablemente en lo que atañe a la prevalencia de elementos subjetivos u objetivos en dichas instituciones. Para quienes lo subjetivo prima, sobre todo, la culpa no puede dar lugar a coparticipación propiamente dicha, sino a coincidencia de acciones, y, en definitiva, a concursos de culpas, tanto más cuando se estima la intención como exigencia de la accesoriidad; tesis de Jiménez de Asúa y Bockelmann. Pero considerando, como he tratado de demostrar anteriormente (supra, Cap. VII, 6) la independencia entre las nociones de voluntariedad y malicia, en el sentido de apreciar la primera en toda infracción criminal, dolosa o culposa, la posibilidad de la participación plural es conceptualmente admitida en ambas. Esta fue, siquiera en principio, la opinión de Binding en el elasicismo alemán, y la de Garçon en el francés, donde persistió sin contradictores. Posibilidad, bien entendido, que no presupone la admisión indiscriminada de la codeinfluencia en todos los eventos culposos, ni siquiera la de todas las fuerzas de participación plural, como luego ha de verse».

Efectivamente esta opinión está avalada por la moderna doctrina de la culpabilidad, tanto la de estirpe valorativo, cuando con más razón la finalista. El ilustre monografista citado cuida mucho de acentuar sólo la posibilidad y en principio, es decir, que no es una regla general, al modo de coparticipación dolosa. Lo que en el fondo quiere decir que existen eventos culposos tan resaltados de ingredientes objetivos que enhebrarlos con el hilo del elemento subjetivo es punto menos que imposible; con lo que dicho se está que son más bien resultados en que la responsabilidad penal se satisface con un simple engarce objetivo, como sucede en las *actiones liberae in causae*.

El reproche culposo habrá de hincar su existencia en un acto voluntario ... ¡la ansiada mitad de las formas de la culpabilidad!— pues de lo contrario jamás será una forma de la culpabilidad o una manera de expresar la voluntad antijurídica de la persona, al modo de la terminología finalista.

La cuestión, por tanto, constitutiva del *punctum saliens*, como acertadamente señala Quintano Ripollés, si se consideran conductas culposas por separado «culpas» coincidentes o antes al contrario concurre la coparticipación, sólo se podrá contestar, opinamos, en base al *ius positum*. Y tal como se halla redactado el art. 14, núm. 3 y los arts. 565, par. primero y el también primero del art. 1, todos ellos del Código penal en vigor, se tendrá que venir a la conclusión, en la inmensa mayoría de los casos, de una carencia de coparticipación culposa, estimando, por tanto, cada comportamiento como independiente, si bien no descartamos que pudiera darse algún caso práctico.

El problema queda aquí escuetamente sugerido. En su día tendrá cabal desarrollo.

por su gran alcance puedan herir o, como en éste caso, producir la muerte a personas alejadas del mismo, y no obstante, hace el disparo, cometiendo, como acertadamente lo califica la sentencia recurrida, una imprudencia temeraria, que no podía producirse, ni por él ni por el otro recurrente, de no haber cargado, preparado y disparado el fusil en sitio y condiciones que su reglamento y el más elemental cuidado de un hombre de inteligencia media, lo impedian».

Con estas alegaciones se destaca la viva intervención culposa del primero de los recurrentes, en quien concurre, a mayor abundamiento, una serie de circunstancias personales y fácticas que convergen en la formación del ente culposo, reprochable al mismo.

Por contraposición la participación del segundo, S. C. A., queda como si dijéramos en segundo plano, visto que los requisitos cualificativos del hecho no aparecen en la forma deseada en una culpa, como la penal, de índole caracterizante.

Con ello no quiere decirse que se resuelva ni de lejos ni de cerca la problemática de la autoría, pues, que sigue vigente la absoluta indeterminación en orden a cuál de los disparos produjo el efecto imputado. Sin embargo, es curioso que el reproche culposo delinea a la par la concreción del autor, descartando, de un lado, la coparticipación; y de otra parte, deja recaer el acento en el comportamiento del primero y queda, a sensu contrario, por fuera la actuación del segundo de los recurrentes, del modo que sigue:

«Que, sólo cuando se hubiere acreditado que la muerte de O. F. la había causado el disparo del otro recurrente S. C. A., podría declararse su responsabilidad, pero al no constar tal extremo, es procedente estimar el recurso en cuanto a él se refiere, por los razonamientos del anterior considerando y porque, además, el hecho probado afirma que desconocía totalmente el uso y manejo de las armas aunque no desconocía sus efectos, declaración que no puede estimarse más que sabía que un fusil puede producir al disparar, la muerte, pero no puede admitirse que quién desconoce totalmente el uso y manejo de las armas, aunque conozca sus efectos, deba conocer también el alcance de las mismas y la forma en que, sin peligro para los demás, puedan dispararse y aquí vuelve a ratificarse la imprudencia temeraria de E. a quién podía y debía considerarse como técnico y cuando él prepara el arma, la dispara y conociendo la inexperiencia del S. se la entrega para que verifique otro disparo»,

Así, pues, se dicta una segunda sentencia en que se absuelve a S. .A. C. A. del delito inculcado por el Ministerio Público (3).

(3) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco de la Rosa.

Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1960

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Fiscal de la Audiencia de Salamanca

CODIGO PENAL

1. Art. 1.º... *Delito*.—El pretendido humanitarismo de la doctrina del delito continuado, que se alega en el recurso fué cierto en su origen histórico; pero en la actualidad ha sido superado, al constituir meramente una forma comisiva, que unas veces resulta favorable y otras perjudicial al reo (S. 13 febrero). Y es preciso para su aplicación, que a la homogeneidad de actos y propósitos, a la identidad de personas activas y pasivas y a la unidad del bien jurídico se agregue la imposibilidad de separar cada una de las acciones realizadas (S. 10 febrero). Si bien la teoría del delito continuado tiende a favorecer al reo, la misma descansa en un precepto indeclinable, la imposibilidad de individualizar las diversas infracciones (S. 29 marzo).

2. Art. 8.º, núm. 1.º *Enajenación mental*.—No se aprecia la eximente incompleta, aunque sí la atenuante 8.ª del art. 9.º, pues no hay un estado patológico en el culpable que demuestre la preexistencia de una enfermedad mental o de alguna tara, causa eficiente de una enajenación o trastorno transitorio, sino que sólo aparece un estado de alteración de ánimo por un estímulo pasional, ante la negativa del cumplimiento de una obligación conyugal (S. 9 abril).

La debilidad mental debe dar lugar a la estimación de una atenuante, que puede ser la del núm. 1.º del art. 9.º o la del núm. 10 del mismo artículo, ya que la analogía, base de ese número 10, no se limita a los casos del art. 9.º, sino que a través del párrafo 1.º de este artículo, puede alcanzar a los del artículo 8.º (S. 19 enero).

3. Art. 8.º, núm. 4.º *Legítima defensa*.—Es elemento esencial la agresión ilegítima (S. 24 febrero). La riña mutuamente aceptada excluye la eximente (S. 5 enero y 3 marzo).

4. Art. 8.º, núm. 7.º *Estado de necesidad*.—La eximente descansa en la lesión voluntaria de un derecho para salvar otro, por lo que no tiene aplicación a los delitos de imprudencia (S. 30 enero y 1 febrero).

5. Art. 8.º, núm. 8.º *Caso fortuito*.—No puede alegarse la eximente en los delitos culposos (S. 1 marzo); cual en el cruzar con la víctima tan pegado a ella que la arrolló con el camión; pero es de aplicación el art. 64 del Código penal, que dispone observar lo prevenido para la imprudencia cuando no concurren todos los requisitos del núm. 8.º del art. 8.º (S. 25 enero).

No se aprecia la eximente, pues el accidente se produjo por la negligencia del procesado (S. 26 enero, 1 y 4 febrero).

6. Art. 8.º, núm. 10. *Miedo insuperable*.—No puede estimarse la eximente, frente a una acción imprudentemente provocada (S. 1 febrero).

7. Art. 8.º, núm. 11. *Cumplimiento de un deber*.—Se aprecia la eximente, en el sereno que causa lesiones con el chuzo a quien escandalizaba en la vía pública, desobedeció sus órdenes, e insultó y debatió violentamente con el sereno (S. 14 enero).

8. Art. 9.º, núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—No es de apreciar en situación de riña (S. 10 marzo). Ni en la muerte producida golpeando la cabeza con un palo hasta fracturar el cráneo (S. 19 abril).

Se aprecia en la discusión y golpeamiento con un paraguas, que produce déficit permanente del tercio de la visión de un ojo (S. 4 marzo).

9. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato u obcecación*.—No se aprecia la atenuante cuando los estados de irritación son manifestación de la irascibilidad del agente (S. 19 abril).

10. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento espontáneo*.—Esta atenuante no se compagina bien y no tiene generalmente aplicación en los delitos culposos, y el reparar los efectos del delito no puede disminuir la responsabilidad criminal, cuando el no prestar auxilio a la víctima constituye un delito previsto en el artículo 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (S. 26 febrero).

11. Art. 10, núm. 1.º *Alevosía*.—Al ser la alevosía una circunstancia predominantemente objetiva, cabe su estimación con abstracción del problema referente a la imputabilidad del sujeto, y existir delitos alevosos cometidos por un irresponsable (S. 23 enero).

Es siempre alevosa la muerte dada a un recién nacido (S. 24 marzo).

12. Art. 10, núm. 9.º *Abuso de confianza*.—Puede derivar de situaciones de hecho que facilitan la comisión del delito, cual la presencia en el domicilio de la perjudicada en calidad de obrero electricista (S. 30 enero).

13. Art. 10, núm. 13. *Nocturnidad*.—Es preciso que la noche haya sido buscada o aprovechada (Ss. 17 febrero y 24 marzo).

14. Art. 10, núm. 14. *Reiteración*.—Es obligada su aplicación (S. 22 marzo). Aunque los delitos anteriores sean de distinta naturaleza (S. 25 enero). Pudiendo concurrir con la agravante de reincidencia (S. 30 enero). Y requieren la constancia del número de condenas y sus techas, tratándose de las de hurto, en que la cuantía de lo sustraído puede dar lugar a su degradación de delito a falta (S. 2 marzo).

15. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—Concorre la agravante, aunque los hurtos anteriores sean todos inferiores a 500 pesetas, pues, lo dos primeros tendrían la consideración de faltas, pero los posteriores serían ya delitos, conforme al número 4. del artículo 515 del Código penal (S. 29 marzo).

16. Art. 11. *Parentesco*.—El parentesco entre tío y sobrino no está comprendido en los grados fijados en el artículo 11 del Código penal (S. 4 enero).

17. Art. 14... *Autoría*.—Resulta la autoría del acuerdo previo y unidad de acción y de propósitos (S. 16 enero).

18. Art. 17. *Encubrimiento*.—La adquisición en 1.000 pesetas, de los objetos valorados en 800 pesetas, con conocimiento de su ilícita proce-

dencia, significa auxilio a los autores para que se aprovechen de los efectos del delito (S. 4 febrero).

19. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—La Jurisdicción criminal fija a su libre arbitrio la cuantía de la responsabilidad civil, pero no priva de exigir ante otras jurisdicciones cuantías mayores y de carácter distinto que la de estricta naturaleza penal; a lo que autoriza una valoración de daños y perjuicios en vía penal, no seguida de condena, sino de reserva para el ejercicio de la acción civil (S. 12 marzo).

La fijación de la cuantía de la responsabilidad civil, es de libre apreciación del Tribunal de instancia (Ss. 26 y 30 enero y 20 abril).

Hubo infracción del artículo 106 del Código penal, al no señalarse la cuota de responsabilidad de cada uno de los procesados, aunque uno de ellos haya sido castigado como autor de un delito de desórdenes públicos, y el otro como autor de un delito de receptación (S. 4 febrero).

La responsabilidad civil debió fijarse por el precio efectivo de la venta punible que pagó el primer comprador, pero no por el mayor precio satisfecho por los adquirentes posteriores, pues, estos no tienen el carácter de inmediatos perjudicados por el delito, ni se puede decretar a su favor y a cargo de los procesados una indemnización que comprende, no sólo el precio obtenido mediante el delito, sino una ganancia que se asimila al título lucrativo que excluye del ámbito penal el artículo 108 del Código represivo en relación con el artículo 615 de la Ley de enjuiciamiento criminal, y en su virtud debe señalarse como perjudicado el primer comprador y como precio del perjuicio la cantidad entregada por éste y percibida por los condenados (S. 28 enero).

Hubo correcta aplicación del artículo 117 del Código penal al no estimar extinguida la responsabilidad civil, pues, las reglas de Derecho civil niegan validez a los actos debidos a error o dolo, y otras exigen determinados requisitos para la transacción o renuncia de bienes de menores que hagan sus padres (S. 29 enero).

Para que nazca la responsabilidad civil subsidiaria, es suficiente cualquier relación real de dependencia y no precisamente la laboral (A. 3 marzo). Al dueño de un coche que consiente en dejarlo a un amigo para que diese un paseo, no le puede alcanzar la responsabilidad civil por los daños que se originen con el vehículo, porque ese paseo no era por orden suya, ni le proporcionaba ninguna utilidad (S. 1 abril).

El resarcimiento no alcanza al depósito que haya constituido la entidad aseguradora recurrente para garantizar una pensión a los causahabientes de la víctima del delito, porque dicho depósito no lo ha sido para responder de las consecuencias civiles del hecho delictivo, sino por exigencia de la Jurisdicción laboral al establecer dicha pensión (S. 26 enero).

20. Art. 172... *Asociación ilícita*.—Es organizador de una asociación ilícita quien logra afiliar a más de 30 personas al partido comunista, de acuerdo con los artículos 172, 173 y párrafo tercero del número 1 del artículo 174, preceptos todos del Código penal. Y la difusión de periódicos y manifiestos portavoces de las doctrinas de un partido político declarado fuera de la ley, cae de lleno en el número 1 del artículo 251 del Código referido (S. 16 enero).

21. Art. 231... *Atentado*.—No es pertinente la aplicación del artículo 235 del Código penal, a los casos del artículo 236 del mismo Código (S. 4 abril 1960).

22. Art. 237... *Desobediencia*.—Ha de operar la autoridad dentro del ámbito de sus atribuciones, la orden se ha de dar directa, expresa y personalmente al obligado, y éste ha de tender a imponer su voluntad con rebeldía pasiva o con desprestigio de quien ordena, y si la autoridad que ordena es la judicial, serán suficientes los expresos y personales requerimientos (S. 7 abril).

22. Art. 239. *Blasfemia*.—Hubo grave escándalo activo, en el escarnio a Dios y a la Santísima Virgen y grave escándalo pasivo, enjuiciado por los propios concurrentes al establecimiento público, que expulsaron al blasfemo del local (S. 15 febrero).

24. Art. 240... *Desacato*.—Se trataba de una autoridad, pues, era un magistrado de la Audiencia que actuaba como miembro de la Junta Provincial del Patronato de Protección a la Mujer, a la que fué llamado en virtud de su cargo judicial (S. 16 marzo).

La injuria ha de tener un real o posible destinatario sujeto pasivo, y así se estima falta y no delito la frase «a la Guardia Civil y a las autoridades me las paso yo por los c...» (S. 4 febrero).

Se estima desacato conforme al artículo 240, llamar juezucho al juez de paz en un acto de conciliación y retarle a salir a la calle (S. 5 abril). Y conforme al artículo 245, llamar chulos a los agentes de la autoridad y decirles que si querían camorra la iban a tener (S. 26 enero). Y se aprecia desacato en las denuncias a los superiores de la actuación de sus subordinados, pues, no pueden permitirse expresiones que redunden en su menosprecio o descrédito (Ss 16 enero y 4 febrero).

25. Art. 302... *Falsedad*.—El documento privado que se presenta en una oficina pública para iniciar o ser incorporado a un expediente, adquiere el carácter de cosa oficial (S. 29 febrero).

Los «talones de ventanilla» son documentos mercantiles y si se rellenaron seis talones con los nombres de los titulares, se cometieron seis delitos (S. 8 abril).

Debe mantenerse la coexistencia del delito de estafa, con el de presentación de documento falso del artículo 304 (S. 16 marzo).

No hay falsedad en las manifestaciones no ajustadas a la realidad ni sustancialmente opuestas a ella, hechas en escritura para lograr una inscripción registral, sin perjuicio para nadie (S. 21 enero). Ni si el ardid en los documentos privados fué para ocultar el delito ya cometido, después de la consumación del perjuicio o daño a tercero (S. 1 febrero). Ni en el cambio de apellidos en una declaración de empadronamiento municipal, siguiendo la benéfica trayectoria en favor del hijo ajeno, que crió y consideró como propio (S. 9 febrero).

Se debe aplicar el precepto específico de la falsedad del documento de identidad, que lo es un pasaporte (S. 4 abril).

26. Art. 230... *Usurpación de funciones*.—Los dos procesados son reos del delito, por el previo acuerdo de fingirse agentes de policía, aunque la placa se exhibiese sólo por uno de ellos (S. 4 febrero).

27. Art. 322. *Uso indebido de nombre*.—Hubo uso público de nombre supuesto, pues, con el nombre de persona inexistente estampó sus huellas digitales en un pasaporte, que firmó con el nombre imaginario (S. 4 abril).

28. Art. 326... *Falso testimonio*.—Para que pueda perseguirse el falso testimonio en causa civil, es preciso que el Tribunal civil que conoció del asunto donde se prestó la declaración falsa, conceda autorización para proceder criminalmente (S. 15 febrero).

29. Art. 341... *Salud pública*.—Es delito de riesgo y no de resultado, por lo que no es preciso para su consumación que se traspase el dominio del género averiado a tercera persona, y así, si el procedido hubiese expuesto en su establecimiento la carne dañada, se hubiera determinado una consumación, pero como no lo hizo por la celosa actuación del alcalde, el delito quedó frustrado (S. 23 enero).

30. Art. 385... *Cohecho*.—Los artículos 390 y 391 del Código penal representan los aspectos activo y pasivo de la corrupción del funcionario público y requieren un dolo específico, tendente al comercio con el cargo público, mediante venalidad en el funcionario y corrupción por dádiva en el particular cohechante (S. 14 marzo).

31. Art. 394... *Malversación*.—Hubo malversación de caudales públicos, pues, las cantidades salieron de los patrimonios de los particulares con destino al pago de un tributo, fueron recaudadas por funcionarios y no ingresaron en el patrimonio municipal (S. 16 enero). Y eran caudales públicos por destino y función, como destinados por el Instituto Nacional de Previsión para el pago de subsidios familiares (S. 22 febrero).

El culpable era funcionario público, pues, por acuerdo del Ayuntamiento fué nombrado recaudador y agente ejecutivo (S. 4 febrero). Y si participaba en el ejercicio de la Administración de Justicia, cual los auxiliares de la Justicia Municipal (S. 26 marzo).

La conducta negligente no es bastante por sí para integrar el delito de malversación culposa del artículo 395 del Código penal, pues, se requiere una sustracción intencional de caudales por parte de otro (Ss. 18 marzo y 20 abril).

No hubo malversación, pues, el secretario de un Ayuntamiento no tiene a su cargo los fondos municipales (S. 4 febrero).

Si el delito de malversación está castigado con la pena conjunta de presidio menor e inhabilitación absoluta, siendo la duración de esta última pena de seis años y un día a doce años, el tiempo necesario para que prescriba el delito será de diez años (Ss. 4 febrero y 7 abril).

32. Art. 407... *Homicidio*.—Queda acusada la intención homicida por los antecedentes de animosidad y por el acometimiento con un instrumento idóneo para producir la muerte (S. 23 enero).

No es posible admitir la riña tumultuaria cuando hay unidad de propósito y acción, cual es la agresión en acción conjunta (S. 9 marzo).

33. Art. 411... *Aborto*.—La conducta del reo fué de ejecución, aunque incompleta, pues, dió a su novia los productos destinados a la provocación del aborto, y si ésta después desistió, tal desistimiento sólo favorece a ella (S. 31 marzo).

Al ser cómplice del aborto que ocasiona el fallecimiento de la mujer, no

puede eludir la responsabilidad del párrafo final del artículo 411 (S. 8 abril).

35. Art. 418... *Lesiones*.—Deformidad es toda irregularidad física, visible y permanente, que produzca una imperfección estética (S. 22 enero).

Hubo delito de lesiones grave., porque el procesado agredió a su víctima, y ésta, al repeler la agresión, cayó al suelo y se produjo la fractura del brazo (S. 3 marzo).

35. Art. 429. *Violación*.—No es preciso que la fuerza sea irresistible, pues basta la suficiente para conseguir el fin propuesto. Y no existe incompatibilidad de la concurrencia de los números 1.º y 2.º del artículo 429 del Código penal, si el procesado empleó la fuerza y la ofendida perdió el habla, sufriendo una emoción de tal intensidad que quedó privada de sentido (S. 14 de marzo).

36. Art. 430... *Abusos deshonestos*.—En cada una de las cuatro ocasiones se consumó un delito, pues, en cada una de ellas se consumó una grave ofensa al pudor de la niña (S. 7 abril).

37. Art. 431... *Escándalo público*.—Existe el delito del número 1.º del artículo 431, en el ayuntamiento carnal en presencia de una joven de diecisiete años que convivía en la misma habitación que la procesada, por prestar ambos servicios domésticos en el mismo domicilio; por la trascendencia del hecho, concepto de alcance distinto de el de grave escándalo (S. 25 febrero).

El alquilar habitaciones con fin inmoral, con inquietud y mal ejemplo para la vecindad, si no tuviere exacta cabida en el número 1.º del artículo 431, la tendría en el número 2.º del mismo precepto (S. 8 abril).

38. Art. 434... *Estupro*.—No basta la concurrencia de fáciles promesas matrimoniales, si no están rodeadas de circunstancias que las hagan dignas de crédito (S. 24 marzo), cual las relaciones duraderas y públicas con menor de reconocida honestidad (S. 10 marzo). Pero se estima el engaño en el hacerse novios y decir a la ofendida afectada de un déficit de inteligencia, que se casaría con ella (S. 25 marzo).

39. Art. 438... *Corrupción de menores*.—La habitualidad del número 1.º del artículo 438, queda reconocida al consignarse que la procesada recibió varias veces a las jóvenes acompañadas de hombres con los que practicaron el acto carnal, pues el hábito nace de la repetición de actos idénticos, y de no ser así, encajarían los hechos en el número 2.º del mismo artículo, por haberse facilitado medios de satisfacer los deseos deshonestos de un tercero, con la agravación de la responsabilidad al tener que apreciar tantos delitos como veces se realizaron los hechos (S. 1 marzo).

Á la objeción de la recurrente de que no conocía la menor edad de la joven, como al error, o al mismo engaño por parte del menor con relación a su edad, la doctrina jurisprudencial las niega toda eficacia esculpatoria (S. 26 marzo).

40. Art. 449... *Adulterio*.—El perdón del marido no se deduce, de la permanencia de la adúltera en el domicilio conyugal (S. 2 abril).

41. Art. 457... *Injurias*.—El ánimo de injuriar es el dolo específico en los delitos contra el honor (S. 26 enero). Y es susceptible de ser revisado en casación (S. 27 enero).

Puede estimarse la legítima defensa (S. 18 enero).

La exclusión de los testigos de referencia del art. 813 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, no alcanza a los que por sí mismos oyen las palabras injuriosas (S. 7 marzo).

42. Art. 470. *Usurpación de estado civil*.—No usurpa el estado civil de su hermano el que invoca el nombre de éste para obtener un pasaporte; con la fotografía propia, estampando sus huellas digitales; pues no se trata de privación total de personalidad de otro y sustitución del mismo en el ejercicio de todos sus derechos (S. 4 abril).

43. Art. 471. *Bigamia*.—El delito se integra por tres elementos, el vínculo matrimonial anterior, la celebración del nuevo matrimonio antes de la disolución de aquél, y la intención fraudulenta (S. 30 marzo).

Es delito instantáneo y no de carácter permanente (S. 18 febrero). Y por su naturaleza puramente formal, no puede concurrir en él la atenuante de preterintencionalidad; y apreciada la bigamia, no puede estimarse además el amancebamiento (S. 18 marzo).

44. Art. 487... *Abandono de familia*.—El amancebamiento demuestra la conducta desordenada, aunque se produzca después del abandono, ya que el delito es permanente (S. 27 abril).

45. Art. 493... *Amenazas*.—Es delito del núm. 1.º del art. 493 escribir una carta exigiendo determinada cantidad y conminando con la muerte; lo que no cabe desplazar al art. 585, que se refiere a las amenazas de palabra o con armas, pero nunca a las que se hagan por escrito (S. 17 marzo).

46. Art. 493. *Coacción*.—Puede recaer la violencia sobre las personas o sobre las cosas; y se aprecia, en el cambiar la cerradura de la puerta de entrada a la casa (S. 2 abril).

47. Art. 500... *Robo*.—El previo acuerdo determina una solidaridad de responsabilidad, y por ello el procesado es autor de robo aunque él no escalase materialmente (S. 19 enero).

La ilicitud de tenencia de llaves ha de derivar del título originario, no de la conducta concreta en el momento de la sustracción, que naturalmente es siempre ilícita (S. 22 febrero).

Existe robo, por el rompimiento del cristal de un coche (S. 22 abril).

48. Art. 514... *Hurto*.—Existe hurto, en el retener la cantidad recibida con exceso (S. 4 febrero).

Cuando frente a la indeterminación de lo sustraído se sabe el valor por el precio obtenido en el mercado por los autores, este tiene que ser el módulo para regular la cuantía del hurto (S. 4 febrero).

Se aprecia el abuso de confianza en el empleado, aunque las alfombras sustraídas no estuviesen bajo su custodia (S. 29 marzo).

Aunque todos los antecedentes se reputasen faltas de hurto el tercero integraría delito, y el cuarto, quinto y sexto integrarían la primera, la segunda y la tercera reincidencia (S. 16 marzo).

49. Art. 519... *Alzamiento de bienes*.—No es preciso que la insolvencia sea total o completa, para que se revele el propósito del deudor de burlar a sus acreedores (S. 2 marzo).

50. Art. 528... *Estafa*.—No es estafa el hecho de que terceros acreedores embarguen bienes que el deudor había afectado al cumplimiento de otra obligación; como tampoco la imputación de falsa a la aceptación de una le-

tra que se protesta por falta de pago; pues son actividades del deudor posteriores al nacimiento de la obligación, y en la estafa el engaño tiene que preceder al desplazamiento patrimonial (S. 12 marzo).

Las apropiaciones indebidas están comprendidas en los antecedentes que precisa el número 4.º del art. 528, para integrar la estafa inferior a las 500 pesetas (S. 6 abril).

Es estafa del núm. 1.º del art. 529: La entrega para pago de un cheque sin provisión de fondos (S. 4 febrero). Aparentar solvencia para obtener un crédito (S. 12 marzo). Concertar una compra atribuyéndose la cualidad supuesta de representante de unos talleres (S. 15 marzo). Comprometerse a sanar a un enfermo con el ardid de poseer virtudes curativas, recibiendo por ello cantidades (S. 19 abril). Comisionista que simula realizar ventas, y tenerlas cobradas por inexistentes letras de cambio para poder continuar en el engaño, lo que integra un solo delito de estafa (S. 10 marzo).

Existe estafa del núm. 5.º de lart. 529, pues el procesado rellenó los efectos cambiales firmados en blanco por el perjudicado, que los aceptó bajo la estipulación de serle avisada su puesta en circulación, lo que el procesado no hizo, y así el rellenado fué clandestino y abusivo (S. 25 enero).

La modalidad delictiva del párrafo 1.º de lart. 531 del Código penal, es de naturaleza predominantemente patrimonial; y así, si al negocio jurídico concertado se le quitó su contenido económico, y no hay en él desplazamiento patrimonial a favor del que finge un título de dominio, el negocio queda fuera de la órbita penal (S. 5 marzo). No existe delito del art. 531, pues el procesado no se fingió dueño de la casa que vendía, sino que era su titular, conforme a un expediente de dominio inscrito en el Registro (S. 15 febrero).

51. Art. 545. *Apropiación indebida*.—Exige que en el hecho probado conste el contrato de depósito, comisión o administración, cuyo quebrantamiento determina las responsabilidades criminal (S. 18 enero).

Existe el delito, porque hizo suyo lo que había recibido con obligación de entregarlo a su principal (S. 30 enero). Y si dispuso en su provecho de lo recibido para darlo determinada inversión; y este abuso de confianza es el dolo específico de la apropiación indebida, mientras el engaño lo es de la estafa; y si la simulación de los recibos no fué el engaño para cometer la apropiación, pues los recibos se presentaron a las perjudicadas con posterioridad a recibir el dinero, existe además delito de falsedad (S. 4 enero). Si se apoderó de cosas que tenía no por un título jurídico, sino en precaria tenencia, no hubo apropiación, sino hurto (S. 22 marzo).

52. Art. 540... *Maquinaciones*.—Existe el delito previsto en la ley de 27 de abril de 1946, pues exigió a los futuros inquilinos, antes de formalizar los contratos de inquilinato, determinadas cantidades, con independencia de la renta estipulada (S. 4 y 25 febrero).

Y hay delito consumado cuando se exige cantidad como condición para extender el contrato de arrendamiento (S. 1 marzo).

53. Art. 546 bis. *Receptación*.—Estando el delito encubierto comprendido en el núm. 3.º del art. 515 del Código penal, no podía imponerse al receptor pena superior al arresto mayor, aunque el autor de aquel delito se viere

afectado por la figura más grave del art. 516 al concurrir en él, el abuso de confianza (S. 9 abril).

La procesada sabía la ilegítima procedencia de la mercancía que adquiría, pues el vendedor la manifestó que la había recogido al ver que se caía de un camión (S. 29 abril).

54. Art. 565. *Imprudencia*.—Cuando el agente se coloca voluntariamente en una situación de peligro, comete un acto de imprudencia que le hace responsable de las consecuencias dañosas del mismo, aunque un factor extraño al sujeto coopere al resultado lesivo, como el reventón del neumático en el que lleva excesiva velocidad (S. 25 enero).

Un precepto reglamentario, cual el del art. 68 del Código de la circulación, que dice no puede acusarse al conductor de negligencia cuando el peatón atropellado desobedece las indicaciones del agente encargado de la circulación; no puede ser observado por los Tribunales de lo penal, obligados a aplicar las leyes frente a cualquier reglamento por imperio del núm. 1.º del artículo 7.º, de la Ley orgánica (S. 19 febrero).

No llegó a integrar delito el que el conductor no considerase la posibilidad de que algún peatón cruzase, pues los eventos que es necesario prever para engendrar culpabilidad penal, son los normales en el ordinario tráfico de la vida, sin alcanzar a conductas insólitas ajenas (S. 31 marzo).

En el orden penal, no es admisible la compensación de culpas (S. 21 y 22 enero y 17 febrero).

Fué erróneo estimar iguales la pena de arresto mayor establecida en el párrafo segundo del art. 565, y la de arresto mayor y multa del núm. 4.º del artículo 420 (S. 26 enero).

El concepto de imprudencia temeraria no es cuantitativo, sino cualitativo, integrable a veces con una sola infracción al deber de cautela (S. 3 marzo). Existe imprudencia temeraria, porque el guarda para amedrentar, no hizo el disparo en sentido que no pudiera hacer blanco (S. 5 enero); y en el invadir inesperadamente con el vehículo la parte izquierda del camino (S. 9 enero); y por no disminuir la intensidad de las luces ni emplear las de cruce (S. 14 enero); y en el adelantar a un vehículo sin cerciorarse de la no presencia de otro (S. 25 enero); y por no detener la marcha al ver el grupo de personas que cruzan la calzada (S. 30 enero); y en el dejar el vehículo aparcado en la carretera sin luces de situación (S. 4 y 6 febrero y 8 marzo); y en el adelantamiento tan arrimado al vehículo al que adelanta que lo tropieza (S. 26 febrero); y por conducir un vehículo sin frenos (S. 10 marzo); y en el ceñirse tanto al bordillo de la acera que alcanza a un peatón (S. 14 marzo); y en el conducir completamente distraído (S. 21 marzo). Pero el no ser dueño de los mandos del vehículo no engendra por sí imprudencia, que alcanzaría entonces a todos los supuestos de accidentes, si tal falta de dominio no deriva de una conducta imputable al conductor, cual la de ausencia de atención (S. 1 abril).

La imprudencia temeraria no se degrada a la categoría de simple, por el hecho de que se infringiera un precepto reglamentario (S. 4 febrero). Pues el grado de la imprudencia no puede derivarse de que se hayan infringido o no los reglamentos (S. 1 abril). Y la gravedad de la culpa de ordinario

se refuerza por la infracción reglamentaria (S. 2 abril). Pudiendo surgir la temeraria cuando a la infracción de reglamentos se la sobrepasa y agrava con la añadidura de otros actos (S. 1 marzo).

Se estima imprudencia simple con infracción de reglamentos, en la falta de atención al manejar los mandos del vehículo (S. 25 enero). Y por la excesiva velocidad (S. 26 febrero). Y en el maniobrar a sabiendas de la deficiencia de los frenos (S. 28 marzo).

La impericia o negligencia profesional ha de ser integrada por acto distinto del que constituye la imprudencia punible (S. 4 febrero, 9 y 30 abril); que revele una torpeza o descuido inexcusables en los que habitualmente hacen de la conducción su modo de vivir (S. 7 marzo).

La medida de privación del permiso de conducir, no puede ser eludida (S. 10 y 29 marzo). Pero si no fué pedida por el Fiscal, no debió la Sala acordarla (S. 23 abril).

Aplicación del art. 71 del Código penal, en la concurrencia de delitos de imprudencia y de conducción bajo los efectos de bebidas alcohólicas (S. 16 enero).

Cuando la conducta del sujeto, activo o pasivo, no es la causa determinante del mal, el delito de imprudencia no se produce, aunque de aquella conducta se deriven otras responsabilidades; cual el caso del Guarda de una era, que se duerme, y las chispas de una locomotora provocan el incendio de la era (S. 4 febrero).

LEYES PENALES ESPECIALES

55. *Automóviles*.—El único responsable es el conductor que carece de carnet, pero no los que se limitan a empujar el coche (S. 4 enero).

No cabe autoría por inducción en delitos de conducción de vehículos de motor sin autorización legal, pues la carencia de título es requisito que sólo puede afectar al interesado (S. 30 marzo).

No hubo delito, pues tenía la creencia seriamente fundada de que estaba legalmente habilitado para conducir la motocicleta de su propiedad (S. 24 marzo).

Pero se incurrió en la sanción del art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, aunque se había sufrido el examen satisfactoriamente (S. 1 febrero y 8 marzo). Y porque a partir del Decreto de 19 de diciembre 1957, los conductores de ciclomotores de cilindrada no superior a 75 c. c. vienen obligados a obtener una licencia de conducción de las Jefaturas de Obras Públicas (S. 18 enero, 6 y 15 febrero). Pero con anterioridad a ese Decreto de 19 de diciembre de 1957, esos vehículos no precisaban de tal licencia (S. 30 abril).

El delito de abandono de la víctima previsto en el art. 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, paralelo al de omisión del deber de socorro del art. 489 bis del Código penal, precisa la conciencia de haber cometido un atropello y la posibilidad de acudir en auxilio de la víctima sin riesgo propio o de tercero; y existía ese riesgo, pues por aquellos lugares había fugitivos que cometían atentados (S. 12 marzo). Se trata de un delito secuela de otro, haber causado una víctima, y así, es una misma persona la culpable de ambas transgresiones (S. 17 marzo).

56. *Caza*.—El ser vedado, obliga a respetar la reserva de cazar, siendo, pues, la prohibición lo general y el permiso escrito la única válida excepción (S. 22 marzo).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

57. *Competencia*.—Como del hecho, explosión de una botella de oxígeno que causó la muerte a seis operarios, pudieran deducirse responsabilidades para personas sometidas a distinto fuero, no es aplicable la regla 2.^a del artículo 19 del Código de Justicia Militar, que rige en el caso de delito no reservado especialmente a Jurisdicción determinada, sino el 21 del propio Código, porque cuando se apuntan responsabilidades por un solo hecho contra personas de distinto fuero, hecho definido como delito en el Código castrense y en el Penal ordinario, será competente la Jurisdicción militar (A. 17 marzo).

Es condición similar a la situación de reserva, que impone la preferencia de la Jurisdicción ordinaria, la del soldado que había jurado bandera y estaba en la situación prevista en el final del párrafo primero del art. 312 del Reglamento de 6 de abril de 1943, o sea que el recluta no prestaba servicio efectivo ni percibía haberes (A. 30 marzo).

58. *Infracción de ley*.—Es indispensable citar el número del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en que se pretende amparar el recurso (A. 19 enero, 5 febrero y 15 marzo).

Las erratas no motivan la casación (S. 20 abril).

Pudo ejercitar los recursos pertinentes para reclamar sobre la falta cometida en el sumario, pero abierto el juicio oral, no puede promover un incidente de nulidad de actuaciones que no está previsto ni regulado en la ley de dicho momento procesal (S. 1 abril).

Los Autos de las Audiencias son recurribles en casación cuando lo prevé la Ley, lo que no sucede en los que se pronuncian sobre admisión de querrelas (A. 27 enero).

Los documentos falsos, como cuerpo del delito perseguido no pueden invocarse como auténticos a efectos de casación (A. 22 enero y 20 abril).

59. *Quebrantamiento de forma*.—Siendo delitos perseguibles de oficio, al sostener la acusación el Fiscal en los mismos términos que el querellante, los defectos de apoderamiento o de legitimación activa de éste son irrelevantes para la eficacia del proceso penal (S. 1 febrero).

Son conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, aquellos que contienen alguno de los elementos constitutivos de un tipo penal (S. 27 enero).

INDICE ALFABETICO

Abandono de familia, 44.
 Aborto, 33.
 Abuso de confianza, 12, 48.
 Abusos deshonestos, 36.
 Adulterio, 40.
 Alevosía, 11.
 Alzamiento de bienes, 49.

Amancebamiento, 43, 44.
 Amenazas, 45.
 Analogía, 2.
 Apropiación indebida, 51.
 Arrebató, 9.
 Arrepentimiento, 10.
 Asociación ilícita, 20.

- Atentado, 21.
Automóviles, 10, 55.
Autoría, 17.
Bigamia, 43.
Blasfemia, 23.
Casación, 58, 59.
Caso fortuito, 5.
Causalidad, 34.
Caza, 56.
Circulación, 54, 55.
Coacción, 46.
Cohecho, 30.
Competencia, 57.
Conducción, 54, 55.
Corrupción de menores, 39.
Deber, 7.
Delito, 1.
Desacato, 24.
Desobediencia, 22.
Enajenación mental, 2, 11.
Encubrimiento, 18.
Error, 39.
Escándalo público, 37.
Estafa, 25, 50.
Estupro, 38.
Falsedad, 25, 51.
Falso testimonio, 28.
Homicidio, 32.
Hurto, 48, 51.
Imprudencia, 4, 5, 6, 10, 54.
Infracción de ley, 58.
Injurias, 41.
Legítima defensa, 3.
Lesiones, 34.
Locura, 2, 11.
Malversación, 31.
Maquinaciones, 52.
Menores, 39.
Miedo, 6.
Necesidad, 4.
Nocturnidad, 13.
Nombre, 27.
Nulidad, 58.
Parentesco, 16.
Prescripción, 31.
Preterintencionalidad, 8.
Quebrantamiento de forma, 59.
Querrela, 58.
Receptación, 53.
Reincidencia, 14, 15.
Reiteración, 14.
Responsabilidad civil, 19.
Riña, 32.
Robo, 47.
Salud pública, 29.
Uso de nombre, 27.
Usurpación de estado, 42.
Usurpación de funciones, 26.
Violación, 35.

CRONICAS EXTRANJERAS

Cohecho y soborno

DR. ANTONIO CAMARO ROSA
Fiscal del Crimen, de Uruguay

SUMARIO.— I. *Introducción*: 1. Ubicación.—2. Derecho comparado.—3. Código Penal Uruguayo de 1889.—4. Código Penal Italiano de 1889.—5. Código Penal Italiano de 1930.—6. Código Penal Español de 1870.—7. Código Penal Argentino de 1921.—8. Administración pública y bien jurídico protegido. Doctrina uruguaya.—9. Doctrina italiana moderna.—10. Doctrina argentina.—11. Calidad de funcionario público.—12 Diferencias con el Código Italiano.—13. Derecho uruguayo.—14. Cesación de la calidad de funcionario público.—15. Historia y denominaciones.—16. Paralelismo del cohecho.—17. Coparticipación y codeinfluencia.—18. Clasificación de Levi.—19. Clasificación de Manzini.—20. Clasificación de Maggiore.—21. Clasificación de Soler. II. *Cohecho (o corrupción) en general*: 22. Plan y clasificación.—23. Elementos comunes: a) acuerdo; b) acto del cargo; c) relaciones. III. *Cohecho (o corrupción) pasivo*: A) Calificado o propio; a) antecedente: 24. Advertencia.—25. Texto y concordancias.—26. Bien jurídico.—27. Sujeto activo.—28 Elemento material.—29. Ejecución.—30. Elemento síquico.—31. Circunstancias agravantes.—b) Subsiguiente: 32. Envío.—B) Simple o impropio; a) antecedente: 33. Texto y concordancias.—34. Bien jurídico.—35. Sujeto activo.—36. Elemento material.—37. Ejecución.—38. Elemento síquico.—b) Subsiguiente: 39. Texto y concordancias.—40. Bien jurídico.—41. Sujeto activo.—42. Elemento material.—43. Ejecución.—44. Elemento síquico. IV. *Cohesión (o corrupción) activa*: A) Consumado: 45. Generalidades.—46. Síntesis de un fallo.—47. Texto guía.—48. Bien jurídico.—49. Sujeto activo.—50. Elemento material.—51. Ejecución.—52. Elemento síquico.—B) Tentado o soborno o instigación a la corrupción: 53. Texto y coincidencias.—54. Bien jurídico.—55. Sujeto activo.—56. Elemento material.—57. Ejecución.—58. Elemento síquico.

I. INTRODUCCION

1. *Ubicación*.—El Código Penal Uruguayo de 1933, adoptando el sistema combinado del bien jurídico protegido y del titular del mismo, agrupa los delitos contenidos en su Libro II en trece Títulos. El criterio objetivo es el elemento sistemático esencial, pero a veces la clasificación objetiva está subordinada a un criterio de prevalencia, para poder ubicar los tipos que contemplan diversos bienes jurídicos. Por otra parte, los bienes jurídicos protegidos por los diversos Títulos pueden agruparse en tres grandes órdenes, según se relacionen con los intereses sociales, familiares o individuales. Dentro del primer orden se encuentran los delitos que afectan al Estado o a la sociedad. Conviene aclarar que el

Estado es el sujeto pasivo mediato de todos los delitos, ya que todos lo afectan como órgano de tutela de los derechos en general. Pero unas veces aparece como sujeto pasivo único y directo; otras, a través de sus órganos.

Esto permite distinguir, en primer término, los delitos que afectan la personalidad del Estado en sus bienes fundamentales y políticos (Títulos I y II), de los que afectan la administración pública (Títulos IV y V). Como categoría aparte, muy discutida, figuran los delitos que atentan contra la paz pública (Título III), cuyo sujeto pasivo es la sociedad.

En segundo término, nuestro Código Penal vigente ha separado los delitos contra la administración pública propiamente dichos (Título IV), de los delitos contra la administración de la justicia (Título V), según las funciones prevalentemente tuteladas, siguiendo el sistema tradicional. La diferencia no es tajante como puede suponerse. Así, el prevaricato de jueces, que antes figuraba entre los delitos contra la administración de la justicia, cae ahora entre los delitos contra la administración pública (cohecho, abuso de funciones, relevación de secretos).

Los delitos de *cohecho* y *soborno* (arts. 157 a 159 CP), que vamos a estudiar, están colocados bajo el Título IV, "De los delitos contra la administración pública", Capítulo I. Entre estos delitos, hay algunos que sólo pueden cometerlos los funcionarios (arts. 153 a 156, 160 a 166 inc. 2.º CP), y otros que pueden cometerlos cualquiera (arts. 159, 166 inc. 1.º a 168, 171, 173 CP). Pero la perturbación funcional puede provenir también de una situación especial, como la del secuestro (art. 169 CP), o de una acción bilateral (arts. 157, 158 CP). Más adelante aclararemos esta última hipótesis, que particularmente nos interesa. Los delitos que no requieren la calidad de funcionario pueden, sin embargo, cometerse por tales sujetos, en cuyo caso la responsabilidad se agrava (arts. 47 inc. 8.º o 14.º, 168 inc. 2.º CP). Por último, bajo el capítulo VI, "Disposiciones comunes a los capítulos precedentes", están fijados con carácter general, el concepto de funcionario público y la influencia de la cesación de tal calidad (arts. 175, 176 CP), que también merecen un tratamiento previo y separado.

2. *Derecho comparado.*—Como en anteriores trabajos, limitaremos las referencias a los Códigos Penales Uruguayo de 1889, Italiano de 1889, Italiano de 1930, Español de 1870 y Argentino de 1921. En buena proporción nuestro Código antiguo, enseñado por IRURETA GOYENA, debe considerarse como fuente inmediata del vigente. Si los Códigos Italianos son necesarios por su influencia científica y el texto madre Español interesantes desde el punto de vista histórico, el Argentino se torna útil por razones de proximidad geográfica. Concretaremos también estas referencias a los delitos y definiciones materia de nuestro estudio, puesto que resultaría excesiva la comparación del sistema clasificador general en las diversas legislaciones. Las diferencias de detalle se verán en los lugares correspondientes, al comentar cada figura.

3. *El Código Penal Uruguayo de 1889* ubicaba los delitos en estudio bajo el Título III, "De los delitos contra la administración y la autoridad pública", destinándoles especialmente la Sección III, "Del cohecho y el soborno" (arts. 173 a 175). Bajo la Sección X, "Disposiciones generales", se definían los funcionarios públicos (art. 194). No estaba prevista la influencia de la cesación de la calidad de funcionario. Pasaron a la Parte General del Código vigente las dispo-

siciones relativas al comiso (art. 176) y a la causa de justificación de la obediencia al superior (art. 195). Después de tipificar en los arts. 173 y 174 el cohecho simple y calificado, con fórmulas semejantes a las actuales, preveía diversamente el soborno del funcionario público, consumado y tentado (art. 175).

Son poco ilustrativos al respecto los comentarios de VÁZQUEZ ACEVEDO (*Concordancias i anotaciones del Código Penal*, Montevideo, 1893, p. 168), que se limita a suministrar las fuentes y a transcribir algunos párrafos de la "Exposición de motivos" de ZANARDELLI. En cambio, tendremos en cuenta las lecciones de IRURETA GOYENA sobre estos delitos, según apuntes tomados por ROS DE OGER y revisados por el profesor (*Revista de Derecho y Ciencias sociales*, t. I, año 1914, p. 406).

4. *El Código Penal Italiano de 1889* agrupaba los delitos en estudio bajo el Título III, "De los delitos contra la administración pública", Capítulo III, "De la corrupción", y los estructuraba en forma muy semejante a nuestro Código de la misma fecha (arts. 171 a 174). La razón es obvia, pues los Proyectos ZANARDELLI-SAVELLI de 1883 constituyeron la fuente común de ambas legislaciones. En cambio, bajo el capítulo XII, "Disposiciones comunes a los capítulos precedentes", se definían los funcionarios públicos en forma muy diferente (artículo 207), pues nuestro Código antiguo siguió aquí al Chileno de 1874. El artículo 208 regulaba en forma análoga la influencia de la cesación de la calidad de funcionario. Y el art. 209 establecía como agravante prevalerse de las funciones, salvo que la calidad de funcionario público ya fuera considerada por la ley, lo que nuestro Código antiguo solucionaba estableciendo una circunstancia agravante análoga en la Parte General.

La notable doctrina elaborada sobre este Código todavía tiene vigencia para nosotros. Cabe aquí citar a ZERBOGLIO, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, etc., t. III del antiguo tratado de FLORIAN, sin perjuicio de otros autores mencionados por IRURETA GOYENA al comentar la legislación anterior.

5. *El Código Penal Italiano de 1930* contiene estos delitos bajo el Título II, "De los delitos contra la administración pública", Capítulo I, "De los delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública" (arts 318 a 322). La calidad requerida está bien señalada en la clasificación italiana, basada en la diferente situación del funcionario público, según sea sujeto activo o víctima material del delito, aunque por necesidad sistemática hubo que contemplar en el Capítulo I la "instigación a la corrupción", que es un delito del particular contra la administración pública.

Están estructuradas en forma análoga las figuras de corrupción para un acto del cargo, nuestro cohecho simple (art. 318), la corrupción para un acto contrario a los deberes del cargo, nuestro cohecho calificado (art. 319), y la instigación a la corrupción, nuestro soborno (art. 322). En cambio, otras figuras no tienen concordancia con nuestro Código vigente y acusan las diferencias más notables entre ambas legislaciones. Así, el art. 320, bajo el rubro de corrupción de personas encargadas de un servicio público, extiende diversamente la aplicación de las disposiciones anteriores, según tengan o no dichos sujetos activos la calidad de funcionario público. Como veremos, nuestra ley no distingue entre funcionarios públicos propiamente dichos y funcionarios encargados de un servicio público, ni aplica las disposiciones sobre cohecho a los particulares encargados de un ser-

vicio público. El art. 321 equipara el castigo de la corrupción activa y pasiva bajo el rubro de penas para el corruptor. Nuestro Código, siguiendo el Proyecto Rocco, no prevé la corrupción activa como delito autónomo.

Bajo el capítulo III, "Disposiciones comunes a los capítulos precedentes", sólo resulta análoga la relativa a la cesación de la calidad de funcionario público (art. 360), pues es diferente el concepto de funcionario público (art. 357) y nuestro Código no suministra las nociones de persona encargada de un servicio público (art. 358), ni de personas que ejercen un servicio de necesidad pública (art. 359).

Este Código, inspirado en las mejores enseñanzas de la ciencia italiana y de la técnica legislativa, asume la máxima importancia para nuestro estudio. Seguimos con preferencia a LEVI, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, tratado de FLORIAN, 4.^a ed., Milano, 1935, nos. 121 a 193, y a MAGGIORE, *Derecho penal*, trad. esp., Bogotá, 1955, t. III, p. 189.

6. *El Código Penal Español de 1870* agrupaba estos delitos en forma muy diferente bajo el Título VII, "De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos", capítulo IX "Cohecho". El sistema puede sintetizarse así: I. Cohecho pasivo: *a*) por ejecutar un acto relativo al ejercicio del cargo que constituya delito (art. 396); *b*) ídem un acto injusto que no constituya delito (art. 397); *c*) por abstenerse de un acto que debiera practicar en el ejercicio de los deberes de su cargo (art. 398); *d*) por admitir regalos que le fueren presentados en consideración a su oficio (art. 401) o para la consecución de un acto justo que no deba ser retribuido (art. 390 vigente); II. Cohecho activo: *a*) los que corrompieren a los funcionarios públicos, serán castigados con las mismas penas que los sobornados, menos la inhabilitación (art. 402) o intentaren corromper (art. 391 vigente), equiparando la corrupción consumada a la tentada; *b*) soborno en causa criminal a favor del reo, por ciertos parientes, pena atenuada (art. 403).

Además, establecía como pena conjunta la de inhabilitación especial temporal (art. 400), y como efecto civil, el comiso de dádivas o presentes (art. 404). Sujetos activos podían ser: *a*) los funcionarios públicos, definidos en el Capítulo XIII, "Disposición general" (art. 416); *b*) los jurados, árbitros, arbitradores, peritos, hombres buenos o cualesquiera personas que desempeñaren un servicio público (art. 399).

En buena medida este texto madre, seguido por los posteriores de 1932 y 1944, inspiró los Códigos Iberoamericanos, aunque su falta de tecnicismo y su pesada casuística le restan mucha importancia. Una reseña muy clara del derecho español vigente, la jurisprudencia y la legislación comparada contiene CUELLO CALÓN, *Derecho penal, conforme al Código Penal, texto rejunido de 1944*, 9.^a ed., Barcelona, 1955, t. II, p. 400, obra que recomendamos sinceramente a los estudiantes.

7. *El Código Penal Argentino de 1921* trata estos delitos, también en forma diferente, pero más simple, bajo el título XI, "Delitos contra la administración pública", capítulo VI, "Cohecho". El sistema puede sintetizarse así: I. Cohecho pasivo: *a*) simple, impropio o propio (art. 256), que corresponde a nuestras dos formas de cohecho; *b*) agravado del juez (art. 257), donde el móvil de lucro lo distingue del prevaricato (art. 269), hipótesis que no contempla nuestro

Código vigente; c) aceptación de dádivas presentadas en consideración al oficio (art. 259), forma impropia, leve, unilateral, que tampoco existe en nuestro Código. II. Cohecho activo (art. 258), figura autónoma semejante a la contenida en el artículo 321 Código Italiano, estableciendo un paralelismo expreso con el cohecho pasivo, con técnica diferente a la seguida por nuestro Código, como ya dijimos.

En la parte general, bajo el título XII "Significación de conceptos empleados en el Código", suministra el de funcionario público (art. 77), similar al nuestro.

Conviene tener presente este Código, de filiación italo-española de formulación breve y sencilla. Seguimos con preferencia la exposición de SOLER, *Derecho penal argentino*, 2.^a ed. Buenos Aires, 1946, t. V, número 142. Pueden consultarse también: GÓMEZ, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, 1941, t. V, núm. 1.349 a 1.356; ODERIGO, *Código penal anotado*, 2.^a ed., Buenos Aires, 1946, notas 1.239 a 1.309.

8. *Administración pública y bien jurídico protegido*.—Puesto que el cohecho y el soborno son delitos contra la administración pública, en los que los sujetos activos o las víctimas materiales, según los casos, son funcionarios públicos, conviene aclarar previamente los conceptos penales de administración pública y funcionario público, más amplios que los puramente técnico-administrativos.

La antigua definición uruguaya de funcionario público (art. 194) vinculaba estos aspectos al decir: "los que desempeñan un cargo público... en la administración del Estado". En sus lecciones de clase, IRURETA GOYENA se preguntaba: ¿entonces qué es la administración del Estado? Enseñaba luego que, tanto la jurisprudencia como los tratadistas, proponen para esta primera cuestión tres soluciones diferentes. 1.º) Con un criterio amplio, puede decirse que la administración del Estado está constituida por todo el organismo administrativo. Serían, pues, funcionarios públicos, lo mismo los empleados municipales que los nacionales, y caerían dentro de la definición del art. 194, cualquiera que fuese el poder de que dependieren. 2.º) En una segunda interpretación se descartan los empleados municipales y los dependientes del poder legislativo, recibiendo el nombre de funcionarios públicos los que dependen de los poderes ejecutivo y judicial, con exclusión de todos los demás. 3.º) Según esta última opinión, se reserva el nombre de funcionarios públicos a los que dependen del poder ejecutivo, basándose en que este poder es el único del Estado que merezca el nombre de poder administrador.

Según IRURETA GOYENA, de estos tres conceptos debe predominar el primero, puesto que el término *administración del Estado* es muy elástico, pudiendo tener más de un sentido; y, desde que la ley no distingue, deben ser comprendidos en él todos los empleados, desde los porteros y agentes policiales hasta los jueces y legisladores. Respecto del poder legislativo podría presentarse la duda que si es o no administrador, pero la Asamblea Constituyente resolvió implícitamente el punto al declarar, en el art. 26 de la Carta Fundamental (de 1830, reproducido por las Constituciones de 1918, art. 25; de 1934, art. 84; de 1942, art. 84, y de 1952, art. 93, aunque esta última se refiere a "otros delitos graves"), que los miembros de ambas Cámaras pueden ser enjuiciados por malversación de caudales públicos, es decir, por peculado (que es un delito contra la administración pública, como el cohecho y el soborno).

Estas enseñanzas han trascendido a la nueva definición de funcionario público contenida en el art. 175 CP (núm. 11). Cabe anotar que IRURETA GOYENA se refería a la administración pública en su aspecto *subjetivo*, como conjunto de órganos o sujetos, singulares o colegiados o institucionales, de que se sirve el Estado para cumplir sus fines. Desde el punto de vista *objetivo*, se entiende por administración pública el conjunto de actividades materiales mediante las cuales el Estado da cumplimiento a sus fines.

9. *La doctrina italiana moderna* abona la interpretación del maestro uruguayo. Así, MAGGIORE dice que, en sentido amplio, administración pública denota toda la actividad del Estado, excepto la legislación. El Estado —según la tripartición clásica— obra como poder legislativo, ejecutivo y judicial. Todo lo que no entra en el campo legislativo y forma el campo ejecutivo, en sentido lato, limita el terreno de la administración pública. En sentido más estricto y técnico, la administración pública es sólo una parte de la actividad ejecutiva, y propiamente, cuanto de ésta queda al excluir la actividad política o de gobierno. MAGGIORE concluye que el Código Italiano vigente, cuando considera la administración pública como sujeto pasivo de delito, no se atiende ni a una ni a otra acepción del término.

En el primer sentido, hubiera debido incluir también entre los delitos “contra la administración”, los delitos contra la administración de la justicia, de los cuales hace, en cambio, un Título aparte (como nuestro Código vigente, Título V); en el segundo sentido hubiera debido dejar fuera los delitos de desacato y violencia contra cuerpos políticos y judiciales o contra magistrados en audiencia (nuestros delitos de atentado y desacato, arts. 171 a 174 CP), que ofenden el ejercicio de la actividad judicial, y que no tienen por objeto órganos o funciones administrativos en sentido estricto. Pero razones de carácter político y tradicional prevalecieron sobre los criterios estrictamente técnicos, y en ellas se inspiró la clasificación de los delitos comprendidos en el Título II (nuestro título IV), al incluir en los delitos contra la administración pública, no sólo los que van contra la actividad administrativa en sentido propio, sino también los que van contra la actividad legislativa y judicial.

El concepto de administración pública, pues, es amplio en la ley penal. Es comprensivo —como dice Rocco en su *Relación*— de la entera actividad del Estado y de los otros entes públicos, queriendo significar con ello que, con las normas relativas a los delitos contra esa administración, se tutela no sólo la actividad administrativa, en sentido estricto, técnico, sino también la actividad legislativa y judicial. En verdad —expresa Rocco—, la ley penal prevé y persigue hechos que impiden o turban el regular desenvolvimiento del Estado y de los otros entes públicos.

10. *La doctrina argentina* también es interesante. Al ocuparse del bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública, SOLER opina que, en esta parte el Código Argentino ha adoptado un sistema por efecto del cual es posible agrupar una gran cantidad de infracciones bajo una disposición común, siguiendo el ejemplo italiano. Esa designación, sin embargo, apartándose de la regla seguida generalmente por el Código, no menciona un bien jurídico, *sino de manera indirecta*, observa SOLER (la administración no es un bien jurídico en sí mismo). Se hará necesario especificar en cada caso el contenido concretamente

tutelado por cada infracción. Del análisis del material agrupado bajo este Título se desprende inmediatamente que la expresión *administración pública* no está empleada aquí en el sentido técnico corriente propio del derecho administrativo, sino con mucha mayor amplitud. De tal modo, resulta manifiesto que la expresión está empleada más que para designar a la "administración", para referirse al *normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de sus tres poderes*. Ese es el bien jurídico protegido.

La observación de SOLER es exacta y nosotros mismos hemos adoptado su concepto sobre la objetividad jurídica de estas infracciones (*Delitos, nota 98*). Sólo que esta noción puede parecer estrecha, contemplando más el aspecto material que el moral de la función. Así, algunos autores italianos, como MANZINI, opinan que estos delitos, más que al desarrollo normal de la actividad, *afectan el decoro y el prestigio de la administración pública*, la confianza que deben merecer los funcionarios y, viceversa, el respeto que le deben los particulares. A nuestro juicio, ambos criterios son complementarios, pues —refiriéndonos concretamente a los delitos en estudio—, si la venalidad de los funcionarios apareja descrédito para la administración pública, también perturba las funciones, y ambos aspectos quedan comprendidos en la tutela penal.

Otro autor argentino —GÓMEZ— aclara muy bien el fundamento de la represión. El funcionamiento de la administración pública —enseña— debe ser tutelado por normas represivas de los hechos que pueden alterar su normalidad o el *prestigio que merece*. Sin esa tutela, correría peligro la existencia misma del Estado. Exige, ésta, el desenvolvimiento regular de las múltiples instituciones que integran el complicado organismo de la administración pública. Decir que semejante normalidad interesa por igual a todos los ciudadanos, implica redundancia, formulado, como ha sido, el aserto de que los hechos que la impiden deben reprimirse obedeciendo a una exigencia perentoria de la propia vida del Estado.

Sin embargo —continúa el citado autor—, *ni la doctrina ni la ley radican en el Estado la objetividad jurídica de tales hechos*, sino en la regularidad funcional del mencionado organismo, mediante la cual el Estado cumple su misión. Los que forman parte de la administración pública tienen a su cargo obligaciones cuyo incumplimiento origina el desquicio. Los ciudadanos, a su vez, están en el deber de prestar a la administración pública la cooperación indispensable para el desenvolvimiento de las actividades que le son propias. Reprimir el incumplimiento de tales obligaciones, cuando de él derivan o pueden derivar peligros de cierta magnitud, y reprimir también la omisión, por actos positivos o negativos, del deber atribuído a los ciudadanos, en el sentido indicado, es de tal manera imprescindible que apenas si cabe insinuarlo.

11. *Calidad de funcionario público.*—La administración pública del Estado se realiza a través de sus órganos, compuestos de individuos o personas físicas que desempeñan cargos públicos y ejercen funciones públicas. ¿Qué se entiende por funcionarios públicos a los efectos penales? "Para los efectos de este Código —decía nuestro antiguo texto—, son reputados funcionarios públicos, todos los que desempeñan un cargo público, retribuído o gratuito, en la Administración del Estado" (art. 194). Hemos visto como IRURETA GOYENA interpretaba dicho texto, en base a un concepto amplio de Administración del Estado (núm. 8). Sin

embargo, esa definición era imprecisa y dió lugar a controversias (por ejemplo, tratándose de funcionarios del Banco República).

El Codificador la mejoró notablemente en el nuevo texto, que dice así: "*A los efectos de este Código, se reputan funcionarios a todos los que ejercen un cargo o desempeñan una función retribuida o gratuita, permanente o temporaria, de carácter legislativo, administrativo o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público* (art. 175 CP).

Esta definición es similar a las contenidas en los arts. 77 Código Argentino y 416 Código Español, pero difiere del sistema seguido en la materia por los Códigos Italianos, antiguo (art. 207) y vigente (arts. 357 a 359). La doctrina italiana construida sobre este último sistema resulta, en buena parte, inaplicable, por lo que conviene sentar las diferencias.

12. *El Código Italiano de 1930* empieza estableciendo una triple división, en grado decreciente, entre funcionario público (art. 357), persona encargada de un servicio público (art. 358) y personas que ejercen un servicio de necesidad pública (art. 359). Esta última categoría, que se refiere únicamente a particulares, no tiene ninguna correspondencia en nuestro derecho penal. Quedan por confrontar las dos primeras. El art. 175 CP no distingue entre función pública y servicio público, estando asimilados ambos conceptos. (Los empleados u obreros del Estado o del Municipio, encargados de un servicio público son funcionarios públicos, y no cabe argumentar con la derogación del inc. 2.º del art. 165 CP, que se refería a los particulares. Actualmente, el "encargado de un registro público" sólo está contemplado en el art. 359 inc. 1.º CP, como sujeto pasivo del delito de daño agravado). Tampoco distingue entre funcionarios empleados y no empleados, como lo hacen guardando perfecta simetría los arts. 357 y 358 Código Italiano. En primer lugar, considera equivalentes los conceptos de funcionario y empleado público (el art. 77 Código Argentino lo aclara expresamente). Esta separación anticuada entre funcionario y empleado, estaba vinculada a la división de los actos administrativos en actos de autoridad y de gestión, fundada en la existencia a favor del primero, del poder de decisión propia del ejercicio de una función jurídica de derecho público, mientras al segundo se le clasificaba en tareas de preparación o de ejecución administrativas (CARVAJAL VICTORICA).

En segundo lugar, descarta la categoría de no empleados que ejercen funciones públicas, entre los cuales el sistema italiano comprende a los testigos y a los escribanos. En cuanto a los testigos, veremos cual es su situación al ocuparnos del soborno (núm. 53). En cuanto a los escribanos, entre nosotros PRUNELL ha tratado de demostrar que no son funcionarios públicos (*Responsabilidad civil del escribano*, Montevideo, 1947, núm. 38 a 60), cuya asimilación en nuestro Código es a los solos efectos de la falsificación documentaria (art. 245 CP).

13. *Pasando a la legislación nacional*, encontramos que la definición de funcionario público, según el art. 175 CP, no coincide con las contenidas, por ejemplo, en las leyes 9.940 de 2 de julio 1940, art. 5.º y 10.388 de 13 de febrero de 1943, artículo 1.º, diferencias que se explican por las distintas finalidades perseguidas, represiva en la primera, jubilaria y jerárquica en la segunda y tercera, aunque tengan elementos comunes.

El concepto de funcionario público está fijado en el art. 175 CP, no sólo a los efectos del Título IV, pero únicamente a los efectos del Código, o mejor

dicho, de la ley penal (art. 17 CP). Y comprende no sólo a los que "ejercen un cargo", sino también a los que "desempeñan una función" pública, concepto mucho más amplio que el anterior. El cargo requiere una manifestación de voluntad del Estado que designa, creando una relación entre el sujeto y la administración pública dotada de características determinadas. Función pública es toda actividad que realice los fines propios del Estado y demás servicios públicos.

Siendo así, no tiene importancia la *naturaleza* de la función, cuando ésta es pública y queda incluida de alguna manera en la actividad legislativa, administrativa o judicial, en el Estado, en el Municipio o en cualquier ente público. No tiene valor la *entidad* de la función, que puede ser modesta, humilde y mínima. Es indiferente el *valor económico* de la función, que puede prestarse a título retribuido o gratuito. No interesa la *duración* de la función, que puede ser permanente o temporal.

Muy discutida es la cuestión del llamado *funcionario de hecho*. Desde que es necesario descartar el usurpador, para referirse al caso del funcionario nombrado irregularmente. Para CONSTANTINEU, el concepto de funcionario de hecho entraña las tres condiciones siguientes: 1.º que el cargo ocupado tenga una existencia *de jure* o al menos esté reconocido por la ley; 2.º que esté realmente en posesión del mismo; 3.º detentarlo bajo la apariencia de legitimidad de título o autoridad (*Tratado de la doctrina de facto*, Buenos Aires, 1945, cap. XXI a XXII).

Aun cuando se entienda que dentro de la noción amplia del art. 175 CP cabe el funcionario de hecho, siempre es necesario que exista *de jure* la función y se llenen los demás requisitos que señala la doctrina, extremos que deberá controlar el juez en cada caso concreto. Con motivo de un proceso de soborno, entre nosotros sostuvo REAL que los secretarios privados de un director de ente autónomo no tienen siquiera la calidad de funcionarios de hecho, porque no están previstos dichos cargos en el presupuesto.

14. *Cesación de la calidad de funcionario público*.—Puede suceder que un delito se cometa por o contra el funcionario público, no sólo mientras inviste la función pública, sino también después de haber cesado en su desempeño. Está claro que el daño o el peligro derivados de la calidad personal del funcionario, subsiste con independencia de tales circunstancias. Nuestro Código antiguo no preveía el caso. Pero el Código Uruguayo vigente, siguiendo el ejemplo de los Códigos Italianos, tutela la administración pública aun en este caso. A tal fin dispone el art. 176 CP: "Cuando la ley considera la calidad de funcionario público, como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito, no influye en el hecho la inexistencia de esa calidad, en el momento en que se cometa el delito, cuando éste reconozca dicha circunstancia como causa".

Dicho texto se ajusta más al art. 208 Código Italiano antiguo que el art. 360 del Código Italiano vigente. Para este último, como observa MAGGIORE, es condición esencial que el hecho "se refiera al cargo o al servicio ejercidos". *Referencia* no significa *nexo de causalidad*, es decir, no es necesario que el delito haya sido cometido *a causa* de la función o del servicio, como lo requería el Código Italiano derogado (y lo requiere el nuestro vigente), basta un nexo cualquiera entre el delito y la función o el servicio.

Salvando esta diferencia, la doctrina italiana moderna resulta aplicable a nues-

tro derecho. Así, la cesación de dicha calidad puede efectuarse por condena, dimisión, destitución, revocación, caducidad, etc. No es cesación la simple suspensión de la función. Comprobándose la existencia del nexo de causalidad, entre la calidad de funcionario o la función desempeñada y el delito cometido, no tiene importancia el tiempo en que se cometió el delito, con tal que sea anterior a la muerte del funcionario público. El término de la prescripción se cuenta desde el día en que fué cometido el delito, no desde el día en que cesó el cargo del funcionario público.

15. *Historia y denominaciones.*—Advierte MAGGIORE que en la historia del derecho penal se distinguen los delitos cometidos contra la administración por funcionarios públicos, y los cometidos contra la autoridad de estos mismos. Recuerda en derecho romano, el *crimen repetundarum* (crimen de prevaricación), que es como el tronco del cual brotan todas las demás acriminaciones de los abusos de un funcionario público. Nacido como una *quaestio perpetua*, con el fin de recuperar las sumas que el funcionario infiel arrancaba a los particulares por medio de la extorsión, este crimen dió luego origen a las dos figuras distintas de *crimen peculatus* y *crimen concussionis* (crimen de peculado y crimen de concusión).

Este último, introducido *extra ordinem* por las constituciones imperiales, consistía en la extorsión de dinero o de otras utilidades, cometida por funcionarios públicos en perjuicio de personas privadas, con la amenaza de medidas injustas; o también en la extorsión cometida contra otras personas privadas, con amenaza de acusaciones o testimonios falsos. En el *crimen repetundarum* —ampliado a sus límites primitivos— se incluye también la *corrupción* del funcionario público, y precisando más, la aceptación de dinero para realizar o para omitir un acto de jurisdicción civil, o que dependa de la administración, del comando militar, del cargo de senador, del de acusador, de testigo, etc.

También —según el autor citado—, el derecho eclesiástico castigaba la corrupción (el juez que *vendit iudicium*), la exacción indebida cometida por los ministros de la Iglesia, y el tráfico de bienes espirituales (*simonía*).

Los estatutos comunales castigaron el peculado y la concusión; previeron el *crimen corruptelae*: llamaron *barateria* a la corrupción del juez. Las legislaciones de los distintos Estados acriminaron con mayor o menor severidad estos hechos, según el concepto más o menos riguroso que tenían acerca de la autoridad, hasta que las varias figuras delictuosas pasaron al Código Francés de 1810, que fué el modelo de los Códigos posteriores.

16. *Paralelismo del cohecho.*—Tiene importancia destacar como los delitos derivados históricamente del *crimen repetundarum*, adquirieron después fisonomía autónoma. La corrupción, que es nuestro cohecho, consiste, según CARRARA, en la venta concluída entre un particular y un oficial público, de un acto perteneciente al ministerio de éste, que por regla debía ser gratuito. Conforme a nuestro derecho basta con pactar la venta). La palabra concusión deriva del latín *concutere*, y representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos. De acuerdo con esta idea general, dice CARRARA, la concusión sería el delito de aquellos que emplean la violencia contra otro para extorsionarle dinero. (Primitivamente se designaba con este nombre a todas las extorsiones; hoy sólo se denomina con-

cusión al delito cometido por el funcionario público. La concusión puede asumir también una forma implícita de engaño, semejante a la estafa).

Ahora bien. A diferencia de la concusión, el cohecho es delito *bilateral*, supone el concurso necesario de dos sujetos: corruptor y corrompido. Desde la terminología, ya se advierte un paralelismo o correspondencia entre los delitos de cohecho y soborno, denominaciones españolas, aunque también se usó la de *baratería* (para expresar un comercio ilícito que se hace con la justicia), prefiriendo los franceses e italianos la de *corrupción* y utilizando los ingleses las de *corruption* y *bribery*. Si consultamos el diccionario, cohechar es sobornar, corromper con dádivas, etc., o dejarse cohechar. Sobornar es corromper a uno con dádivas para conseguir de él una cosa. ESCRICHE señala entre las posibles etimologías del cohecho, la voz castellana *conhecho*, como acción simultánea de dos o que ejecuta uno con otro. Esto ha permitido clasificar la corrupción en pasiva (cohecho) y activa (soborno).

Las distinciones doctrinarias han sido consagradas en el derecho comparado, aunque los sistemas legislativos ofrecen diversos matices. Así, el paralelismo entre la corrupción pasiva y la activa es más o menos completo, desde el punto de vista de las acriminaciones o de la pena; la corrupción activa puede estar expresa o tácitamente prevista; las formas incompletas de corrupción activa están diversamente indicadas y penadas.

GARRAUD reconoce dos sistemas legislativos opuestos en el modo de concebir la corrupción: a) para unos, es una infracción compleja que supone el concurso necesario de dos personas, igualmente culpables y punibles; b) para otros comprende dos infracciones distintas y, en cierto sentido, independientes.

El primer sistema apareja un paralelismo absoluto, que puede quedar expresa o implícitamente formulado; el segundo sistema permite un paralelismo relativo, aunque también puede ser absoluto y supone disposiciones expresas de la ley.

17. *Coparticipación y codeincuencia*.—Aquí es preciso detenerse porque, aunque en el fondo todos los Códigos coinciden al tipificar estos delitos, la técnica legislativa es diferente. Sobre todo es necesario aclarar lo relativo a la unidad y pluralidad de delinquentes, que en esta materia asume especial importancia. Como es sabido, el delito puede ser obra de una sola persona o de varias. En nuestro *Derecho penal* (núm. 216) exponemos que la pluralidad de sujetos activos puede presentar tres formas: A) Asociación u organización permanente para cometer o planear delitos indeterminados, cuyo ejemplo típico es la asociación para delinquir (art. 150 CP); B) Concierto momentáneo para cometer un delito determinado: a) *coparticipación*, cuando intervienen eventualmente varias personas en un delito que también puede cometerse por una sola, situación prevista de manera general por la ley (arts. 59 a 64 CP); b) *codeincuencia*, cuando la intervención de varias personas es elemento constitutivo o circunstancia agravante del delito, como en el cohecho (arts. 157, 158 CP), el duelo (art. 200 CP), la bigamia (art. 263 CP), el hurto (art. 341 inc. 4.º CP, etc.); C) Simple pluralidad, cuando intervienen varias personas no concertadas: a) por decisión individual e independiente, respondiendo cada una de ellas de su propio hecho; b) por impulso colectivo súbito, cuyas hipótesis previstas son la participación en muchedumbre (art 65 CP) y la riña (art. 323 CP). En cuanto a la coparticipación y la codeincuencia, las clasificaciones no son pacíficas en la doctrina.

18. Así, LEVI encara por un lado los delitos *individuales* y por otro agrupa todos los casos de *concurso necesario*. En los delitos individuales se considera normalmente la acción u omisión de una sola persona y excepcionalmente, en base a las disposiciones sobre el concurso de personas en el delito, la actividad de varias personas. Entre los delitos de los funcionarios públicos son individuales el peculado (arts. 153 a 155 CP), el abuso de funciones (art. 162 CP), la omisión contumacial (art. 164 CP), etc.

En cambio, hay delitos en que es esencial el concurso de varias personas (a veces constituye una circunstancia agravante) y estos son los delitos de concurso necesario. Según la actividad desplegada por los diversos sujetos, LEVI distingue tres hipótesis de concurso necesario: *unilateral*, *bilateral* y *recíproco*. En esta última hipótesis cada sujeto contribuye a la relación delictuosa única con una actividad distinta, por ejemplo, en el cohecho. También distingue los delitos de concurso necesario, según el tratamiento del concurrente necesario, unas veces exculpado (como en la concusión) y otras veces inculpaado (como en el cohecho). Cuando la actividad del correo necesario está inculpaada puede serlo en dos formas: o admitiendo una *correatá sui generis* del concurrente necesario (como en el adulterio, castigado en Italia), o creando un delito autónomo como en la corrupción activa italiana).

19. Según MANZINI, hay delitos que se cometen por una sola parte subjetiva (*unilaterales*), y otros que, por el contrario, no pueden cometerse más que por dos partes (*bilaterales*). Los primeros consisten en un hecho delictivo unitario; los segundos están constituidos por una relación delictiva. Luego divide los delitos unilaterales en *individuales* o *colectivos*. Como ejemplos de estos últimos cita la asociación para delinquir (art. 150 CP) y el abandono colectivo de funciones (art. 165 CP).

Delitos *bilaterales* o *recíprocos* son aquellos cuya noción exige desde luego indispensablemente la intervención de varias personas, pero en los cuales el hecho es considerado, en lugar de unitariamente como en los delitos colectivos, bilateralmente, de manera que las varias personas operantes u omitentes se presentan como dos partes de una relación delictiva, y no como una colectividad. Estas dos partes pueden ser opuestas entre sí (*delitos recíprocos* propiamente dichos), o también estar de acuerdo (*delitos bilaterales* propiamente dichos), como, por lo demás ocurre también en las relaciones conformes al derecho. Las violaciones jurídicas cometidas por las dos partes son distintas y separadamente imputables, de manera que, a diferencia de los delitos colectivos, el delito puede existir para una parte, y no también para la otra, como cuando esta última resulte incapaz de derecho penal, o de otra manera no imputable. Así ocurre, por ejemplo, en los delitos de incesto (art. 276 CP), bigamia (art. 263 CP), aborto consentido (art. 325 bis CP), duelo (art. 200 CP), cohecho (arts. 157, 158 CP), etc.

20. En sentido diferente, MAGGIORE habla de delitos individuales y colectivos, que corresponden a las categorías lógicas de uno y de muchos. Delitos *colectivos* o *plurisubjetivos* son los que, por su estructura, no pueden ser cometidos sino por varias personas, agentes en concurso *necesario*, es decir, por una colectividad.

Se dividen en delitos de *conducta convergente*, si la actividad de los sujetos se despliega en una misma dirección, de modo que se mueven el uno hacia al otro (como en la asociación para delinquir). de *conducta antitética*, si la actividad de

los sujetos tiende a opuestas direcciones, de modo que se mueven el uno contra el otro (riña, duelo). Se dividen también en *bilaterales*, si sólo requieren la participación de dos personas (incesto, bigamia); en *plurilaterales*, si las personas concurrentes son más de dos (abandono colectivo de funciones).

21. SOLER a su vez distingue entre delitos de *acción doble* y de *acción bilateral*. Algunas veces —dice—, la ley traza una figura que se compone, en realidad, de dos definiciones de acción, recíprocamente integrantes (en la falsificación de documento privado, la confección y el uso del documento, art. 240 CP).

Pero, a veces, la duplicidad de la acción no depende de la misma persona, sino de otra. Es decir, para integrar la figura, se requiere necesariamente la participación de la acción de otro, algunas veces, dentro del mismo nivel de culpabilidad, pero sin que ello sea necesario. Estas figuras no se identifican con la participación propiamente dicha. Cuando se trata de dos autores culpables, la ley suele llamarlos no ya coautores sino *codelincuentes*, como en el duelo. En estos casos no se trata de *participación*, porque la intervención de los dos sujetos hace a la existencia misma de la figura.

II. COHECHO (O CORRUPCION) EN GENERAL

22. *Plan y clasificación*.—Siguiendo a LEVI bajo el título común de cohecho o corrupción pueden comprenderse las diversas hipótesis previstas en los artículos 157 a 159 CP, sin perjuicio de tratarlas después por separado, conforme al esquema siguiente:

Cohecho (o corrupción) pasivo:	
calificado o propio:	
formas simples:	
antecedente	
subsiguiente	
formas agravadas	
simple o impropio,	
antecedente	
subsiguiente	
Cohecho (o corrupción) activo:	
Consumado	
tentado o soborno o instigación a la corrupción	

Para mayor claridad nos limitaremos aquí a confrontar nuestro sistema vigente con el italiano de 1930, empleando el término corrupción como sinónimo de cohecho. Ante todo se impone la distinción entre corrupción *pasiva* y corrupción *activa*. La primera se refiere al hecho del intraneus funcionario público, que se deja corromper. la segunda se refiere al hecho del *extraneus*, que corrompe. Nuestra ley contempla expresamente la primera en los artículos 157 y 158 CP, y sólo la segunda en grado de tentativa, que denomina *soborno*, en el artículo 159 CP. (El Código Italiano contempla principalmente la primera en sus artículos 318, 319 y 320, mientras que para la segunda se limita en

el artículo 321 a extender la pena de dichos artículos a quien da o promete, tratándolo aparte en el artículo 322 la instigación no acogida.)

La corrupción pasiva se distingue en *propia e impropia*, según que el acto realizado por el funcionario sea injusto, o contrario a los deberes de su cargo (art. 158 CP.) o justo, es decir, conforme a esos mismos deberes (art. 157 CP.). Igual distinción cabe para la corrupción activa (implícitamente dentro de nuestro sistema, en cuanto a la consumada, y expresamente siempre dentro del sistema italiano), según se dé o prometa para un acto contrario o conforme a los deberes del cargo.

La corrupción pasiva propia reconoce *formas agravadas*, en función del resultado (dos dentro de nuestro sistema y tres dentro del italiano, que allí encuentran su correspondencia expresa en la corrupción activa).

La corrupción se divide también en *antecedente*, que considera un acto a realizarse o futuro, y *subsiguiente*, dirigida a remunerar un acto ya cumplido o pasado. Nuestro Código sólo contempla en forma expresa la corrupción subsiguiente en el artículo 157 incluido 2.º CP., es decir, con referencia a la pasiva impropia. (En cambio, el Código Italiano contempla la corrupción subsiguiente, tanto con referencia a la pasiva impropia como a la propia, así como con referencia a la activa propia; la instigación a la corrupción sólo puede ser antecedente).

Por lo que respecta a las consecuencias penales, la diferencia entre ambos sistemas es muy sensible. Según el nuestro, las figuras de la corrupción activa han de corresponder exacta e implícitamente a las de la corrupción pasiva, en virtud de las reglas sobre la participación criminal aplicables. Según el italiano, se perfilan cuatro figuras de corrupción pasiva y tres de corrupción activa, consecuencia característica de tratarse allí de dos delitos autónomos, aunque también bilaterales o recíprocos. Ambos sistemas consideran aparte la corrupción activa *tentada*, pero el artículo 322 Código Italiano sólo castiga la antecedente, mientras que el artículo 159 CP. se refiere a los artículos 157 y 158 CP., es decir, a todas las hipótesis previstas en dichos artículos.

Nuestro sistema es defectuoso, tiene lagunas y no ofrece matices, obligando a una penosa tarea de interpretación. El sistema italiano, aunque más casuista, es también más técnico. Así, la autonomía de los diversos tipos de delito, propia del sistema italiano, permite castigar al funcionario público y al particular con independencia, aunque uno u otro no fueran imputables o punibles. Aplicando las reglas del concurso, para el castigo del funcionario público tampoco tiene importancia la imputabilidad ni la responsabilidad del extraño. En cambio es discutible que pueda castigarse al particular cuando el funcionario público no fuera imputable o punible, porque no podría haber corrupción activa si el funcionario público, agente principal, no cometiera el delito de corrupción pasiva.

Con todo, dado que corruptor y corrompido son ambos sujetos activos del delito, siendo a veces difícil saber cuál es el incubo y cuál es súcubo, MAGGIORE considera aconsejable abolir la distinción entre corrupción pasiva y activa, simplificando (en el Código Italiano) las complicadas normas que reglamentan esta materia en una sola que ponga simplemente en un mismo pie de igualdad

la responsabilidad del corrompido y del corruptor. En cambio, encuentra fundadas y oportunas las demás distinciones.

Creemos que entre nuestro sistema y el italiano, es preferible el que aconseja MAGGIORE, sin sacrificar la claridad en aras de la brevedad, ni viceversa, y teniendo como norte la bilateralidad.

23. *Elementos comunes.*—Los elementos comunes a toda forma de cohecho son: a) un acuerdo; b) un acto de cargo; c) una relación entre la dación o promesa y el acto. Sintetizaremos con preferencia la exposición de LEVI, adaptándola a nuestro derecho.

a) *Un acuerdo* (en cuya formación radica el elemento material del cohecho), que se concreta en el hecho de recibir o aceptar por un lado, dar o prometer por otro. El dinero u otro provecho se dan cuando pasan de un sujeto a otro, con la conciencia de dar por un lado y de recibir por otro; sin ésto no hay acción alguna y, por lo tanto, tampoco donación o recepción. No se da si de la otra parte no se recibe (así, cuando se desliza dinero en el bolsillo de un funcionario distraído); por lo tanto, cuando es esencial que se reciba, como en la corrupción subsiguiente, ese hecho no integra el delito. La dación y la recepción deben ser voluntarias, no espontáneas, sin que interesen sus motivos, salvo que medie un error de hecho (arts. 22, 24 inc. 2.º, CP). No se requiere una tradición material, basta con una transferencia simbólica. (LEVI exige la trasmisibilidad, resolviendo implícitamente la disputa sobre si constituyen provecho los placeres sensuales, etc., criterio que no siguen otros autores.)

Mientras es inconcebible que uno dé si el otro no recibe, es bien posible que uno prometa dar sin que el otro acepte la promesa. (LEVI pone el acento en el acuerdo —que va a distinguir el cohecho de la concusión— y prescinde de la iniciativa.) Haya habido o no una sollicitación anterior del funcionario público, lo que cuenta es que la promesa sea aceptada. Por ejemplo, cuando por una razón cualquiera, aun de mayor codicia, el que solicitó la promesa después no la acepta, no hay promesa aceptada. En todo caso, la demanda anterior podrá constituir un elemento de hecho para presumir una aceptación tácita.

Es indiferente que el pacto ilícito se haya efectuado directamente con el funcionario público o por intermedio de otra persona, como sucede a menudo, siempre que el tercero obre con el consentimiento y en interés del funcionario; de otra manera podría caer en el delito de estafa (art. 347 CP), como simulación de influencias (núm. 28). También es indiferente que el funcionario pacte en beneficio propio o de tercero. Pero si la utilidad recayera a favor de la administración pública, ya no habría cohecho, sino, a lo sumo, abuso de funciones (artículo 162 CP). A los fines especificados *sub b*, el acuerdo está perfecto con el dar-recibir, prometer-aceptar.

b) *Un acto del cargo*, conforme (corrupción impropia), retardada o a retardar, omitido u omitir, o contrario (corrupción propia) a los deberes del cargo; a cumplir (corrupción antecedente) o cumplido (corrupción subsiguiente).

Por "acto de su empleo" o "relativo a su cargo" se entiende el que cae en la esfera de actividad funcional. LEVI opina que en ningún caso acto del cargo equivale a acto legítimo, en sentido de derecho administrativo. MAGGIORE y otros autores italianos opinan que debe ser legítimo cuando se trata de corrupción impropia.

Sea conforme o contrario al deber, siempre ha de tratarse de deberes inherentes a la función. El deber puede estar fundado en una norma jurídica escrita o consuetudinaria, o en una orden particular de la autoridad

Puede verificarse dentro de la actividad vinculada o dentro de la discrecional; en este último caso es más difícil establecer la contrariedad a los deberes del cargo. Y resulta imposible cuando se trata de un acto incensurable, como el voto de los legisladores (art. 112 Const.).

El acto del cargo, conforme o contrario a los deberes, puede ser efectivo o virtual, no es necesario que esté cumplido. Está cumplido cuando agota la actividad funcional inherente al cargo.

El Código habla de "acto de su empleo" refiriéndose a un acto positivo. El acto negativo es definido siempre como omisión "de un acto relativo al cargo". LEVI opina que tanto el retardo como la omisión deben ser *contrarios a los deberes del cargo*, formulando un argumento de rúbrica. No lo siguen MAGGIORE y otros, que se atienen al texto legal italiano, semejante al nuestro vigente, cuya redacción difiere de la anterior. En efecto, al artículo 174 Código Uruguayo antiguo decía: "hiciera, retardare u omitiere algún acto con infracción de los deberes de su cargo", mientras que el artículo 158 CP dice: "por retardar u omitir un acto relativo a su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo".

En todo caso es necesario que se trate de un acto determinado (aunque no fuera expresamente indicado), como se deduce de la objetividad jurídica común a estos delitos y como surge claramente de la letra de la ley.

c) *Debe existir una cierta relación* entre la recepción o aceptación y el acto del cargo, que en la corrupción propia antecedente es de medio a fin, en la impropia antecedente y subsiguiente es de retribución, y en la propia subsiguiente (no prevista en nuestro derecho) es de causalidad psicológica.

Observa agudamente LEVI que estas distinciones son importantes, por ejemplo, en cuanto al problema de la *entidad del donativo*. Como veremos, en la corrupción impropia el interés protegido se refiere a la gratuidad de la prestación del cargo, mientras que en la propia es el desarrollo normal de los deberes funcionales. De donde resulta que, si el funcionario público recibe un donativo de poco valor por un acto conforme a los deberes de su cargo, no puede decirse que haya corrupción mientras no asuma carácter de retribución, pero si el agente recibe aun el más insignificante donativo por ejecutar un acto contrario a los deberes del cargo, el delito está perfecto. En efecto, el artículo 157 CP habla de "retribución que no fuera debida", mientras que el artículo 158 CP no la menciona, porque no se concibe una compensación debida por actos contrarios a los deberes del cargo.

Conviene decir una vez por todas que, al hablar de dación, dálica, donativo, etc., la doctrina se refiere a la acción concreta del corruptor, que no importa una verdadera donación, aunque se pretenda cubrir con ese velo un pago y, por ende, una compraventa ilícita.

III. COHECHO (O CORRUPCIÓN) PASIVO

A) CALIFICADO O PROPIO

a) *Antecedente.*

24. *Advertencia.*—Siguiendo a LEVI, tratamos antes de la corrupción pasiva propia, puesto que el tipo de la corrupción impropia (art. 157 CP) se presenta, en la consideración recíproca de los elementos indicados *sub* 23, sea desde el punto de vista exegético, sea de la política criminal, como un tipo complementario y supletorio del primero.

25. *Texto y concordancias.*—El inc. 1.º del artículo 158 CP establece: “*El funcionario público que, por retardar u omitir un acto relativo a su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo, recibe por sí mismo o por otro, para sí o para otro, dinero u otro provecho, o acepta su promesa, será castigado con seis a veinticuatro meses de prisión e inhabilitación especial de dos a seis años.*” Sigue la redacción del artículo 319, inc. 1.º, Código italiano, añadiendo “por sí mismo o por otro”. En el texto italiano vigente se establecen penas conjuntas de reclusión y multa, en vez de prisión e inhabilitación. También concuerda con el artículo 172, inc. 1.º, Código italiano antiguo, salvo en cuanto éste decía “se hace prometer”, en vez de “acepta su promesa”. En cambio, difiere del artículo 174, inc. 1.º, Código Uruguayo antiguo, que decía “*hicriere, retardare u omitiere*”, motivando la crítica de IRURETA GOYENA, ya que antes en el cohecho calificado no bastaba el simple concierto para la consumación del delito.

26. *El bien jurídico* protegido, cuya noción general ya dimos (núms. 8 a 10), aquí se encuentra particularmente afectado; ya no se trata de venalidad, sino de verdadera corrupción (SABATINI); aquí el funcionario público no sólo falta a sus deberes de probidad y corrección, sino que traiciona su mandato, e infringe la obligación de fidelidad, al realizar un acto contrario a los deberes del cargo (MAGGIORE). Indudablemente, se trata de un delito más grave que el previsto en el artículo 157 CP, y por eso nuestro Código lo denomina “cohecho calificado”, castigándolo con mayor rigor.

27. *Sujeto activo* de este delito, dentro de nuestro sistema, sólo puede ser el funcionario público, sobre cuya calidad y cesación de la misma ya nos hemos ocupado (núms. 11 a 14). En cuanto a los ex funcionarios públicos, no puede haber corrupción antecedente por imposibilidad lógica y material, aunque sí subsiguiente, en virtud de lo dispuesto por el artículo 176 CP. Tampoco puede ser tenida en cuenta la calidad futura de funcionario público.

Si un particular, haciéndose pasar por funcionario público, obtiene una utilidad, surge otra figura jurídica que suplanta al cohecho, estaríamos frente a una estafa en virtud de lo dispuesto por el artículo 347 CP (IRURETA GOYENA).

28. *El elemento material* consiste en: a) recibir dinero u otro provecho; b) aceptar su promesa. Ya se reciba el provecho efectivamente, ya se haya aceptado su promesa, en ambos casos el delito está consumado. La ley no distingue y castiga al funcionario con las mismas penas.

Ambos verbos, recibir y aceptar, exteriorizan generalmente una conducta pasiva del funcionario público. Esto permite diferenciar el cohecho pasivo del activo, pero no el cohecho pasivo de la concusión (art. 156 CP), como algunos pretenden).

IRURETA GOYENA ya planteaba este problema. Ambos delitos son ontológicamente diversos —enseñaba—, pero en la práctica no siempre pueden distinguirse, puesto que intervienen para dificultar su aclaración intereses encontrados. Al funcionario público le interesa que se le castigue como culpable de cohecho, puesto que la pena es menor que para la concusión, y al particular le interesa que se declare que ha habido concusión, puesto que de ese modo, no sólo no recibe castigo ninguno, sino que tiene derecho a repetir contra el funcionario público por las sumas entregadas indebidamente. Si la prueba no arroja un resultado claro, ¿qué debe resolver el juez? A continuación el maestro suministraba diversos criterios a título ilustrativo:

a) Averiguar los antecedentes del funcionario; si es venal, habrá concusión; en caso contrario, cohecho; b) si la cosa ha sido dada o prometida en calidad de debida, habrá cohecho; si de indebida, concusión; c) si el acto favorece al particular, habrá cohecho; en caso contrario, concusión; d) CARRARA, en caso de duda, se pronuncia por la concusión (con razón ROS DE OGER en nota estima antojadiza e ilegal esta presunción del maestro italiano).

Estos viejos criterios están superados y actualmente existen dos tesis para distinguir la concusión del cohecho: 1.º) *iniciativa*: si la toma el funcionario hay concusión, si la toma el particular hay cohecho (MANZINI, SALTELLI-ROMANO DI FALCO); 2.º) *acuerdo o consentimiento*: si el particular da o promete compelido o inducido, hay concusión; si lo hace libremente, hay cohecho, no interesando de quién parta la iniciativa; el delito de concusión es unilateral, la actuación del particular no es punible porque su consentimiento está viciado; el de cohecho es bilateral, porque concurren voluntades libres (LEVI, MAGGIORE, SABATINI, CONTI, SOLER; jurisprudencia italiana moderna; *La Justicia Uruguaya*, caso 2.794).

La cuestión se plantea más bien en el área de la concusión implícita. Pero no basta con cualquier iniciativa del funcionario para transformar el cohecho en concusión, debe ser la causa determinante de la prestación. Por cierto, que en la inducción, la voluntad del paciente, aunque no se sienta coartada, no debe tampoco sentirse libre. Pero cuando se adhiere espontáneamente a la persuasión del funcionario infiel, no habrá concusión, sino cohecho (MAGGIORE). Inversamente, la ausencia de iniciativa del funcionario puede no excluir la concusión, como, por ejemplo, cuando el funcionario usa medios tortuosos o larvadamente amenazantes para inducir al particular a formular la propuesta (CONTI). El sujeto pasivo de la corrupción es siempre y exclusivamente el Estado; en la concusión hay siempre un particular perjudicado (SOLER).

Es indiferente que se reciba el dinero o se acepte su promesa "por sí mismo o por otro, para sí o para otro" (núm. 23 a).

El precio del tráfico puede consistir en "dinero u otro provecho". Dinero son, además de las monedas nacionales o extranjeras, de curso legal o comercial, en el país o fuera de él (art. 227 CP), también los documentos de crédito público equiparados (art. 231 CP). El concepto de "provecho" es más amplio, comprende cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial, que tenga algún valor para el funcionario (regalos, préstamos, descuentos, concesión de créditos, empleos, misiones, licencias, traslados, promociones, honores, etc.). Es discutido si comprende también lo que tiende a satisfacer deseo: eróticos, estéticos y otros semejantes

Tratándose de cohecho propio, cuya relación es de medio a fin, no influye la mayor o menor entidad de lo dado o prometido (núm. 23 c).

En el cohecho calificado o propio el funcionario debe recibir o aceptar la promesa por: a) retardar u omitir un acto relativo a su cargo; b) ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo.

“Retardar” equivale a no realizar un acto debido dentro del término prescrito, o, a falta de término, siempre en tiempo oportuno, para que el acto produzca sus efectos.

“Omitir” significa no hacer, dejar de hacer un acto del cargo, que debe realizarse sin solicitud ni mandato. La negligencia genérica no basta.

Debe considerarse como omisión o retardo el obstruccionismo (MAGGIORE). Hasta que un acto pueda ser cumplido hay retardo, cuando ya no puede ser cumplido hay omisión (LEVI).

Ejemplo de retardo: el juez que no libra mandamiento de embargo, cuando el demandante lo solicita en forma, dando largas al asunto; de omisión: el alguacil que dejase de trabarlo cuando se le comete (IRURETA GOYENA). Pero el maestro destacaba que estos retardos u omisiones tenían que obedecer a *finés de lucro*, para distinguir esta figura de la omisión contumacial de los deberes del cargo (art. 164 CP), o del atentado a la libertad personal cometido por el funcionario público encargado de una cárcel (art. 285 CP).

“Acto contrario a los deberes del cargo”, se refiere al acto positivo ilegítimo por incompetencia, exceso de poder o violación de la ley, pero siempre perteneciente a la función (SALTELLI-ROMANO DI FALCO). Es todo lo que va contra alguna norma jurídica o alguna instrucción de servicio que regule la actividad administrativa. Dicho acto es, por definición, *ilegítimo*; por lo tanto, es inútil cualquier indagación acerca de su juricidad. Todavía menos se requiere que el acto cometido, retardado u omitido, constituya por sí mismo un delito (ver, en cambio, Derecho español, núm 6).

Con el fin de determinar si un acto es “contrario a los deberes del cargo”, es inútil toda indagación sobre la competencia (indagación obligatoria en el cohecho impropio); la incompetencia misma del funcionario constituye un hecho antijurídico. La violación de un deber del cargo es posible en el acto *discrecional*, cuando éste no se inspira en corrección, objetividad y justicia, o entraña alguna desviación o exceso de poder (MAGGIORE).

Puede suceder que un funcionario público, violando los deberes de su cargo, ordene la detención de una persona con propósito de lucro. Según IRURETA GOYENA, cuya solución es aplicable a nuestro Derecho vigente, sólo habría privación de libertad agravada (arts. 281, 282, incs. 1.º y 3.º CP), si lo hiciera “para utilizar coercitivamente los servicios del secuestrado”; en los demás casos, siempre habría cohecho calificado (art. 158 CP).

En todo caso, los actos del funcionario que aquí se consideran, deben ser relativos al cargo o pertenecientes a la función. Si un funcionario promete un acto que no está en su mano realizar, o no habrá cometido delito o será pasible de estafa (art. 347 CP), según los casos. Es frecuente encontrar personas que fingen una influencia que no tienen para obtener tales o cuales actos de determinada persona mediante una recompensa. Un funcionario público puede traficar con su influencia para con un juez o un diputado. Por no ser un acto de su empleo, no es

cohecho; y escapa también, a veces, a las características de la estafa (IRURETA GOYENA). En efecto, debe tratarse de "influencia mentida", como decía el artículo 382 Código Uruguayo antiguo, para que haya estafa. Es lo que se llama *venta de humo*, prevista en el artículo 346 Código Italiano, bajo sus dos formas de simulación y venta de influencias.

29. *Se consuma* el delito simplemente al recibir el dinero o aceptar su promesa. Es indiferente que el funcionario público haya obrado o no conforme al arreglo; el cumplimiento del acto, su retardo u omisión están fuera del proceso ejecutivo. Tampoco importa que el hecho haya producido algún daño, pues el daño ya va implícito en el cohecho, que es delito de daño y de peligro juntamente. Hasta aquí la doctrina es pacífica.

Según unos, el incumplimiento de lo pactado puede dar lugar a distintas responsabilidades (LEVI); según otros, en tal caso, el funcionario responderá solamente de cohecho, y no también de estafa, porque no se le puede hacer el cargo de no haber llevado el delito a ulteriores consecuencias (MANZINI).

No cabe la tentativa. La proposición para cometer un delito sólo se castiga en casos excepcionales; la proposición del funcionario público no es punible, mientras que la del particular se pena como soborno (IRURETA GOYENA). En los delitos bilaterales no se concibe la tentativa sino en presencia de la actividad correspondiente del otro sujeto; en tal hipótesis podría haber abuso de funciones (LEVI). Algunos la admiten en el caso de que el corrompido interrumpa la ejecución por desacuerdo sobre el precio, o por otra causa (MANZINI, MAGGIORE, SABATINI). Sólo podría encararse como tentativa de concusión cuando mediara una verdadera inducción y no una simple propuesta.

Aparte del concurso necesario, este delito es compatible con la coparticipación. Es decir, que cada uno de los sujetos activos o codeincentes puede, a su vez, tener coautores o cómplices. Ejemplo de coautoría: un tercero que no recibe provecho, sugiere a un juez en la miseria la idea de proponer a un litigante la venta de la sentencia; de complicidad: un tercero decide al funcionario público a recibir lo que otro le ofrece (IRURETA GOYENA). Esta posibilidad se despende, por otra parte, de la referencia expresa de la ley a una persona interpuesta.

Acerca del concurso de delitos, valen las reglas generales (art. 54 y ss. CP). Así, el cohecho puede concurrir con el abuso de funciones (art. 162 CP), la revelación de secretos (art. 163 CP), la omisión de denunciar delitos (art. 177 CP), el contrabando (art. 257 CP), etc.

30. *El elemento siquico* consiste en la voluntad y en la conciencia del funcionario público, de recibir dinero u otro provecho o de aceptar su promesa, por retardar u omitir un acto relativo a su cargo, o por ejecutar un acto contrario a los deberes del mismo. MANZINI exige la conciencia de comprometerse para cumplir el acto contrario al deber; según LEVI, basta con el conocimiento que tenga el funcionario sobre la naturaleza del acto.

El error del funcionario público sobre alguno de estos elementos puede cambiar la figura. El delito se acrimina, pues, a título de dolo específico. Faltando el móvil de lucro, pueden configurarse otros delitos (núm. 28).

31. *Circunstancias agravantes*.—El inc. 2.º del artículo 158 CP establece: "La pena será aumentada de un tercio a la mitad, si el hecho tuviere por efecto: 1.º) La concesión de un empleo público, estipendios, pensiones, honores, o la celebración de un contrato en que estuviere interesada la repartición a la cual

pertenece el funcionario; 2.º) El favor o el daño de las partes litigantes en juicio civil o criminal". Las mismas agravantes figuran en el Código Uruguayo antiguo y en los Códigos Italianos pero, a diferencia de éstos, no está previsto que el efecto, ya considerado en el número 2.º, se concrete en determinadas sentencias de absolución o de condena. De todos modos, tal circunstancia, todavía más grave, queda insumida en la extensión de la penalidad. Otra diferencia fundamental consiste en que, según nuestro texto antiguo, las agravantes se configuraban cuando el hecho tuviere "por objeto" alcanzar alguno de los fines previstos, mientras que el texto vigente, al decir tuviere "por efecto", exige una realización concreta.

Estas circunstancias son reales u objetivas, porque su carácter deriva de los factores que atañen a la ejecución material del hecho (art. 52 CP). De acuerdo con la nueva redacción del acápite, no se requiere, pues, que dichos efectos sean queridos por el culpable, basta que haya una relación de causalidad material entre el cohecho y los efectos. En virtud de tales circunstancias, se computará el efecto del cohecho que, por regla general, es extraño a la ontología del delito (MAGGIORE). Tanto en la hipótesis simple (de cohecho calificado) como en la agravada, el delito se consuma con la recepción o aceptación (las circunstancias sólo influyen en la pena), pero, desde el punto de vista de la política criminal —observa LEVI—, se nota un salto considerable.

"La concesión de un empleo público": estrictamente, no un traslado, un aumento de estipendio o de pensión (IRURETA GOYENA), que caerían en las formas anteriores.

"Estipendio" o sueldo es la retribución pecuniaria que se debe a un empleado por el servicio que presta.

"Pensión" es la asignación fija y continuada que le corresponde al empleado, después de la cesación del empleo. Comprende tanto la jubilación del empleado, como la pensión de los causahabientes, debida o graciable.

El acto de conceder ha de ser indebido. LEVI examina una triple posibilidad: a) que la concesión de empleos, etc, constituya de por sí un acto contrario a los deberes del cargo, y entonces, verificándose este evento, cae en la corrupción propia agravada, no verificándose, en la corrupción propia simple; b) que constituya un acto conforme a los deberes del cargo, y entonces sólo podría haber corrupción impropia; c) que no constituya acto del cargo, y entonces no podría hablarse de corrupción.

MAGGIORE opina que son siempre indebidos los "honorarios" obtenidos mediante corrupción.

Los "contratos" aquí considerados son únicamente aquellos en que está interesada la repartición (antes decía "administración") a la cual pertenece el funcionario; si el contrato se refiere a otra repartición, esa agravante no es aplicable. Puede concurrir formalmente con el fraude (art. 160 CP).

"Juicio" debe entenderse en sentido estricto, es decir, cuando hay contienda y, por consiguiente, partes. "Juicio civil" también es el arbitral. En cambio, es discutible si queda comprendido el "administrativo", problema resuelto expresamente por el Código italiano.

Como "partes" en el proceso penal deben tenerse, además del imputado, el querellante, la parte civil y el obligado civilmente; no el Ministerio Público, que

no puede ser sujeto de daño o perjuicio ni de favor, aun cuando sea parte en sentido formal. (El artículo 172 Código italiano antiguo se refería tan sólo al "imputado", mientras que nuestro texto vigente se refiere a las "partes litigantes", planteando el problema.) Tampoco son "partes" el denunciante, ni el que ha deducido instancia como ofendido, ni mucho menos el defensor.

"Partes" en el proceso civil son el actor, el demandado, el tercerista, el fiador.

Cae en la agravante "el juez que maliciosamente expida sentencia injusta". Si no es con ánimo de lucro, comete abuso de funciones, antes hipótesis de prevaricato.

b) *Subsiguiente.*

32. *Envío.*—Como hemos dicho (núm. 22), nuestro Código no contiene la figura de cohecho pasivo calificado subsiguiente, o sea cuando "el funcionario público recibiere dicho dinero o utilidad por haber obrado contra los deberes de su cargo o por haber retardado u omitido un acto de su cargo", como establece la parte final del artículo 319 Código italiano.

Aunque nuestro sistema sea defectuoso, entendemos que todas las hipótesis de cohecho subsiguiente deberán castigarse de acuerdo con el artículo 157, inciso 2.º, CP, porque sería absurdo castigarlo cuando el acto ya cumplido fuera conforme a los deberes del cargo y no hacerlo cuando fuera contrario.

CARRARA estimaba que la corrupción subsiguiente no modifica la cantidad política del delito, compartiendo las siguientes razones de GIULIANI: 1.º) porque la doctrina contraria daría un demasiado fácil velo para la baratería pactada durante el desempeño del cargo; 2.º) por la fácil esperanza que podría concebir el magistrado de obtener donativos del litigante rico, aunque no fuesen explícitamente prometidos; 3.º) por la facilidad de generar en el público la opinión de que el acto se hizo en la expectativa del donativo futuro, lo cual trae la desconfianza y el descrédito de la justicia. (Los autores antiguos se referían a la corrupción del juez, pero su doctrina vale para todos los funcionarios públicos.) Sin embargo, esta figura se sigue castigando más levemente. Sobre la misma nos remitimos al número 39.

B) SIMPLE O IMPROPIO

a) *Antecedente.*

33. *Texto y concordancias.*—El inc. 1.º del artículo 157 CP establece: "*El funcionario público que, por ejecutar un acto de su empleo recibe por sí mismo o para un tercero, una retribución que no le fuera debida, o aceptare la promesa de ella, será castigado con multa de trescientos a dos mil pesos e inhabilitación especial de dos a cuatro años.*" Sigue la redacción de los artículos 173 Código Uruguayo antiguo y 318, inc. 1.º, Código Italiano, aunque no especifica que la retribución sea "en dinero o en otra cosa cualquiera", "o en otra utilidad". En el texto italiano vigente se establecen penas conjuntas de reclusión y multa, en vez de multa e inhabilitación. En cambio, difiere del artículo 171 Código Italiano antiguo, que decía "por un acto", en vez de "por ejecutar un acto", diferencia cuyos alcances eran más sensibles bajo la legislación anterior (núm. 39).

Atento a su penalidad, esta figura queda comprendida ahora en el ámbito del

artículo 1.º, inc. B, de la ley de 29 de diciembre de 1959, es decir, que tratándose de cohecho pasivo simple antecedente, "no se dispondrá la prisión preventiva ni se mantendrá el arresto del inculpado". Sea por el mecanismo de las penas derivadas, sea por el paralelismo absoluto que guarda el cohecho activo con el pasivo, también caen en el ámbito de la mencionada ley las figuras de cohecho pasivo simple subsiguiente (en cuanto al calificado subsiguiente, ver núm. 32) y de cohecho activo simple, consumado o tentado (ver ampliamente: CAMAÑO ROSA, *La ley sobre prevención sin prisión de 29 diciembre 1959*, La Justicia Uruguaya, t. 41, sección doctrina, p. 1/12).

34. *El bien jurídico* protegido es el inherente a la gratuidad de la prestación del cargo con relación a los particulares. Según CARRARA, todos enseñan que también los premios dados *ad accelerandum* constituyen baratería. Cuando el acto era injusto en sí mismo, existe la ofensa a la justicia en la *sustancia*. Pero también cuando el acto era en sí *justo* y debía cumplirse, y cumplirse de aquel modo, existe siempre una ofensa a la justicia en la *forma*, porque se ha vuelto *venal* (y, por tanto, desacreditado) el ejercicio de la potestad pública (lo dicho para la justicia vale para toda la administración pública).

LEVI opina que el bien jurídico también puede ser el referente a la legalidad de la retribución, cuando ésta fuera permitida, para evitar una compensación diversa y mayor que la prevista. Aquí también la perturbación es solamente potencial (núms. 26, 38).

35. *Sujeto activo* de este delito es el mismo del cohecho pasivo calificado o propio; nos remitimos, pues, al núm. 27.

36. *El elemento material* consiste en: a) recibir una retribución que no fuera debida; b) aceptar su promesa. Obviamente, debe tratarse de una retribución en "dinero u otro provecho". Sobre estas nociones, nos remitimos a cuanto hemos dicho en el núm. 28.

Tratándose de corrupción impropia, cuya relación es de retribución, puede influir la mayor o menor entidad del donativo (núm. 23 c). Según MAGGIORE, quizá tenían razón los prácticos al distinguir entre *munus et minusculum* (regalo y regalillo). Ninguno pensará que ofrecer a un funcionario público un cigarrillo, un pocillo de café, o la pequeña propina acostumbrada, sea corrupción. MANZINI enseña que la retribución debe apreciarse con criterio objetivo, para ver si existe proporcionalidad entre el acto y el provecho, mas también con criterio subjetivo, indagando cuál fué la intención de los sujetos activos.

Según ANTOLISEI, puede ser legítima la retribución por un *servicio extraordinario*, siempre que el funcionario no esté obligado a cumplirlo y que su cumplimiento no perturbe las funciones normales.

En el cohecho simple antecedente el funcionario debe recibir o aceptar la promesa por ejecutar un acto de su empleo, es decir, a realizar, legítimo, dentro de su competencia funcional.

Si se trata de un acto ajeno a las atribuciones del funcionario público, como solicitar algún favor de otro funcionario, no habrá corrupción, aunque por dicho acto se reciba dinero u otro provecho.

37. *Se consuma* el delito al recibir la retribución, o simplemente al aceptar su promesa. La ofensa a la justicia (o a la administración pública) está consumada y perfecta en la forma —incluso sin lesión alguna en la sustancia— cuando

se ha puesto a precio el acto del oficio (CRRARA). En lo demás, ver núm. 29. No cabe la tentativa.

38. *El elemento siquico* consiste en la voluntad y en la conciencia del funcionario público de recibir una retribución indebida, o de aceptar su promesa, por ejecutar en el futuro un acto de su empleo. Se requiere, pues, no sólo la voluntad consciente de recibir o aceptar, sino también la de hacerlo a título de retribución por un acto determinado, sabiendo que es un acto del cargo y que la retribución no es debida. Por tanto, el delito se acrimina a título de dolo específico.

La antijuricidad de este delito está, en general, en el hecho mismo —observa MAGGIORE—, pues siendo obligatorio para el funcionario el acto del cargo, la retribución es sin causa, y por lo mismo, intrínsecamente ilícita. Por excepción, una norma jurídica (aun consuetudinaria) y un acto administrativo pueden legitimar la retribución (como la autorización para recibir premio por descubrir un delito, etc.). En esos casos sería ilícito todo lo que se recibiera además de la suma establecida (núm. 34).

b) *Subsiguiente.*

39. *Texto y concordancias.*—El inc. 2.º del artículo 157 CP establece: “*La pena será reducida de la tercera parte a la mitad, cuando el funcionario público acepta la retribución, por un acto ya cumplido, relativo a sus funciones.*” Su fuente es el artículo 318, inc. 2.º, Código Italiano. Concuera parcialmente con los artículos 401 Código Español y 259 Código Argentino, que castigan la simple aceptación de dádivas, presentadas al funcionario en consideración a su oficio, aunque allí se trata de un delito unilateral con características propias (núm. 44). No estaba previsto por el artículo 173 Código Uruguayo antiguo, cuyas diferencias con el artículo 171 Código Italiano antiguo señalaba IRURETA GOYENA. El primero fué tomado del proyecto de ZANARDELLI de 1883; en el proyecto de 1887 se suprimió la palabra “ejecutar”, y así pasó al Código Italiano de 1889, permitiendo dicha redacción castigar tanto la corrupción antecedente como la subsiguiente. La fórmula fué discutida, tanto por su falta de claridad como por estimar exagerado castigar con las penas de la corrupción actos que otras legislaciones consideraban como una figura independiente o se hallaban reprimidos en vía disciplinaria. Sobre el beneficio de la prevención sin prisión, ver núm. 33.

40. *El bien jurídico* protegido es preferentemente el interés del Estado en la irreprochabilidad e insopechabilidad de los funcionarios en el prestigio y el decoro de la administración pública.

41. *Sujeto activo:* como es el mismo en todas las figuras de cohecho pasivo, nos remitimos al número 27.

42. *El elemento material* consiste en aceptar una retribución, como explicamos en los números 28 y 36. No es admisible el cohecho subsiguiente mediante aceptación de promesa. Debe entenderse: acepta “por sí mismo o por un tercero para sí mismo o para un tercero”. En el cohecho simple subsiguiente el funcionario debe aceptar la retribución por un acto ya cumplido relativo a sus funciones (núm. 23, b, c).

43. *Se consuma* el delito al aceptar la retribución. No cabe la tentativa (números 29, 37).

44. *El elemento síquico* consiste en la voluntad y en la conciencia del funcionario público de aceptar una retribución por haber realizado un acto de su empleo. Como expresión de gratitud, aclara LEVI. Si el agente creyese aceptar por otras razones, o por su calidad, sin referencia a un acto determinado, no podría hablarse de cohecho, sino de un ilícito disciplinario. Esto constituye otra diferencia entre nuestra figura y las española y argentina citadas en las concordancias.

IV. COHECHO (O CORRUPCION) ACTIVO

A) CONSUMADO

45. *Generalidades.*—Nuestro Código vigente, siguiendo al proyecto preliminar de Rocco, no prevé el cohecho activo consumado (núm. 1 a 7, 16 a 22). Contestando a una observación de CERDEIRAS, que propuso equiparar las penas del soborno a las del cohecho, dijo IRURETA GOYENA: "Entiendo que la reforma no es aceptable. Cuando el soborno surte efecto y el delito se comete, la pena del sobornante y la del sobornado es la misma" (*Revista de Criminología*, núm. 10, página 129).

El Código Italiano siguió otra técnica por las razones siguientes: "El delito de corrupción activa que no estaba previsto en el proyecto preliminar, habiéndose reputado aplicables las normas sobre el concurso de personas en el delito, es objeto, en el presente texto, de una disposición expresa. He preferido prever expresamente la hipótesis, teniendo en cuenta la índole del delito de corrupción, que se presenta como delito bilateral, de modo que, respecto de los sujetos necesarios a la relación criminosa, no sería técnicamente exacta la remisión a las leyes generales sobre el concurso" (*Relación*, comentario del art. 321).

46. *Síntesis de un fallo.*—Hemos desarrollado el punto en una expresión de agravios, compartida por el Tribunal de Apelaciones en lo Penal, cuyas conclusiones vamos a sintetizar (*Revista de Derecho Público y Privado*, t. 35, p. 90; *La Justicia Uruguaya*, caso 4.032).

GRISPIGNI enseña que interesa mucho precisar qué sujetos del concurso necesario sean punibles y cuáles no. En general, se dice que, cuando la sujeción a pena del sujeto cuya conducta se requiere para la existencia del delito, no resulta de la norma incriminadora, tal sujeto queda libre de pena, en base al principio del *nullum crimen sine lege*. Este criterio le parece demasiado absoluto. Ciertamente, cuando la ley considera la protección de una de las personas que con su conducta concurren a la existencia del delito, tal persona no es punible, como sucede en la usura, el rapto consentido, etc. En otros casos, el criterio no es seguro, porque la indicación de una sola de las personas concurrentes puede derivar de una imperfecta formulación de la norma. La remisión al dogma sancionado en los artículos 1 y 85 CP no es decisiva, en cuanto no se trata de extender analógicamente la ley penal, sino de establecer que debe aplicarse el principio general de que son responsables del delito todos los que concurren intencionadamente a su ejecución (art. 59 CP). Se trata, pues, de una cuestión de interpretación que debe resolverse caso por caso (y Código por Código, agregamos).

CARNELUTTI destaca la falta de sistematización y de simplificación que acusa la Parte Especial de los Códigos Penales. Según el Tribunal, esta observación es

aplicable a nuestro Código Penal de 1933, aunque con menos rigor acaso, por la tendencia que dicho Código acusa a la simplificación y a la aminoración de los tipos delictuales; resulta enteramente aplicable empero, en lo relativo a los tipos bilaterales: no se ha ajustado nuestro legislador a una concepción sistemática unitaria. Tratándose de delitos bilaterales homogéneos, en que las acciones de ambos sujetos son análogas, el Código se limita a precerlas en una misma norma penal (duelo, riña); en otros delitos, prevé separadamente las conductas (bigamia, aborto).

Tratándose del cohecho ha seguido una técnica diferente (y aquí cobran relieve las ideas de GRISPIGNI), no mencionando más que la conducta del funcionario corrompido (arts. 157 y 158 CP). Pero en este caso, el corruptor determina la comisión del delito, dando o prometiendo remuneración al funcionario (artículo 61, inc. 1.º CP), lo que, además, importa cooperar con el corrupto en el hecho consumativo del delito de éste: la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa (art. 61, inc. 3.º CP).

Esa doble condición jurídica de *autor* de su delito y *coautor del delito de otro*, en los tipos delictivos bilaterales, trae como consecuencia necesaria que sean aplicables a ambos agentes las normas genéricas relativas a la coautoría, toda vez que la actividad de uno y otro agente no haya sido objeto de una previsión especial en la ley penal, sin que pueda obstar a ello la distinción doctrinaria entre participación y codelinquencia. La dificultad derivada de que el particular, coautor de cohecho, no tenga la condición de funcionario público, está resuelta por el artículo 64 CP.

El artículo 64 CP se refiere a la comunicabilidad de los elementos constitutivos del delito y dice así: "*Extensión de la responsabilidad cuando se requieren condiciones personales para la existencia del delito.*—Cuando para la existencia de un delito se requieran condiciones de orden personal, todos los que presten su concurso serán responsables del mismo, según la participación que hayan tenido en él; pero la ausencia de tales condiciones se tendrá en cuenta por el juez para rebajar o aumentar la pena de aquellos en quienes no concurren."

Obviamente las penas conjuntas de inhabilitación especial (art. 76 CP) establecidas en los artículos 157 y 158 CP, resultan inaplicables al particular. Por otra parte, nuestro soborno (art. 159 CP), configura una hipótesis anormal de cohecho activo tentado, de carácter unilateral (núm. 53).

47. *Texto guía.*—Si hubiéramos de redactar un artículo que contemplara el cohecho activo consumado, de acuerdo con nuestro Derecho, lo haríamos en los términos siguientes: "*Las penas establecidas en los artículos 157 y 158, menos las de inhabilitación, se aplicarán también al que dé o prometa dinero u otro provecho a un funcionario público, teniendo el juez la facultad de rebajarlas.*"

El inc. 1.º del artículo 175 Código Uruguayo antiguo establecía. "El que indujere a un funcionario público a cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores será castigado con las penas respectivamente establecidas en ellos disminuídas de uno a dos grados". Según IRURETA GOYENA, esta norma entrañaba, en cierto modo, una desviación de los principios generales de la codelinquencia. La pena debía ser la misma para el inductor y el inducido, pero está justificado que no lo sea porque el funcionario viola el sentimiento de probidad

y burla la confianza que el Estado había depositado en él, transgresión más grave que la del particular.

Se trataba, pues, de una forma privilegiada de coautoría, considerando erróneamente que el corruptor infringía menos deberes que el corrompido. Según el artículo 64 CP, ahora esa disminución de pena es facultativa. En cuanto a la facultad de "aumentar" la pena, parece un error del Codificador, como se desprende de la glosa oficial y del artículo 117 Código Italiano, que no la mencionan.

Sobre el beneficio de la prevención sin prisión, ver número 53.

48. *El bien jurídico* protegido es el desarrollo normal de los fines de la administración pública y su prestigio, que pueden ser puestos en peligro con los donativos o promesas hechos al funcionario público, por actos contrarios o conformes a los deberes del cargo, a cumplir o cumplidos (LEVI).

49. *Sujeto activo* puede ser cualquiera, incluso un funcionario público. En este último caso, la agravación deriva puramente de la calidad de funcionario, independientemente de la naturaleza de la función. Si el empleado participa en la función juntamente con el otro funcionario, el primero será autor de cohecho pasivo en cuanto acepta la propuesta del *extraneus* y autor de cohecho activo en cuanto divide la dádiva con el *intraneus*, *en concurso real* (MANZINI, SOLER).

50. *El elemento material* consiste en dar o prometer al funcionario público dinero u otro provecho, para alguno de los fines indicados en los artículos 157 y 158 CP.

El delito supone que el funcionario público reciba la recompensa o acepte su promesa; de lo contrario, se aplicará el artículo 159 CP, que prevé la tentativa *sui generis* de cohecho activo.

En la corrupción activa propia no puede hacerse cuestión del *munuscula* porque la relación es de medio a fin; en la corrupción activa impropia, antecedente y subsiguiente, influye la entidad del donativo porque la relación es de retribución.

Sobre los elementos comunes, las diferencias entre cohecho y concusión, las nociones de dinero u otro provecho acto contrario o conforme a los deberes del cargo, ver números 23, 28 y 36.

51. *Se consuma* el delito al efectuarse la entrega o la promesa, seguida de aceptación de parte del funcionario, haya o no cometido éste el hecho a que la corrupción se dirige.

La tentativa, que se tiene en la hipótesis de entrega o de promesa no seguida de aceptación, es posible, y declarada punible por expresa disposición legal (artículo 159 CP).

52. *El elemento síquico* consiste, según los casos, en la voluntad y en la conciencia de dar o prometer dinero u otro provecho a un funcionario público, por actos contrarios o conformes a los deberes del cargo, a cumplir o cumplidos. El error del agente sobre alguno de estos elementos puede desvanecer o cambiar la figura.

B) TENTADO O SOBORNO O INSTIGACION A LA CORRUPCION

51. *Texto y concordancias*.—El artículo 159 CP establece: "*El que indujere a un funcionario público a cometer cualquiera de los delitos previstos en los artículos 157 y 158 será castigado, por el simple hecho de la instigación, con una*

pena de la mitad a las dos terceras partes de la pena principal establecida para los mismos.”—Tanto nuestros Códigos como los Códigos y proyectos italianos, castigan autónoma y excepcionalmente, con una pena menor la instigación al cohecho: “si no hubiese conseguido sobornarlo” (art. 175, inc. 2.º Código Uruguayo antiguo); “por el solo hecho de la instigación” (art. 159 Código Uruguayo vigente); “si el funcionario público no hubiera cometido el delito” (artículo 173, inc. 2.º, Código Italiano antiguo); “si la oferta o la promesa no fueren aceptadas” (arts. 323 proyecto Rocco y 322 Código Italiano vigente).

Al decir “pena principal”, se refiere a la privativa de libertad o a la pecuniaria, porque la de inhabilitación que en el cohecho pasivo también es principal, no reza con los sobornantes.

Debe tenerse presente que, dentro de nuestro sistema, el sobornante del testigo es coautor de falso testimonio si el delito se consuma (rt. 182, inc. 2.º CP); no está acriminada la instigación al soborno del testigo, que el artículo 377 Código Italiano denomina “soborno”, respondiendo allí el sobornado de corrupción como funcionario público no empleado.

Sobre el beneficio de la prevención sin prisión, ver número 33.

54. *El bien jurídico* protegido es el normal funcionamiento de la administración pública y, sobre todo, su prestigio.

55. *Sujeto activo* puede ser cualquiera, incluso un funcionario público.

56. *El elemento material* consiste en intentar inducir a la corrupción propia o impropia, antecedente o subsiguiente, a un funcionario público, mediante oferta o promesa de alguna retribución indebida.

Por excepción al artículo 7 CP se castiga aquí la simple proposición o instigación, atendiendo a la gravedad que el hecho reviste y considerando necesario combatir el mal en sus raíces.

Son de recibo los siguientes comentarios de MAGGIORE:

El intento de inducir supone que la inducción no ha tenido efecto, de lo contrario caería en cohecho activo consumado. Lo que degrada el delito de cohecho al de soborno, es el no aceptar la oferta o la promesa (el soborno es delito unilateral).

Está claro, por otra parte, que la aceptación frustrada no implica una repulsa del funcionario; antes bien, pudiera suceder que estuviera listo a dejarse corromper, pero su intención ha sido frustrada por un acto independiente de su voluntad (intervención de un superior, presencia de testigos indiscretos, etc.).

También en este caso la corrupción puede ser propia o impropia, según se refiera a actos contrarios o conformes a los deberes del cargo. (Dada la distinta redacción, en nuestro sistema la instigación puede referirse tanto a un acto que va a realizarse, como a un acto ya cumplido.)

Debe ser sólo intentada y, por tanto, puede consistir en “ofrecer” o “prometer”, pero no en “dar”; la acción de dar supone la aceptación, y es elemento esencial de este delito que la oferta no sea aceptada.

Objeto de la oferta o de la promesa es el “dinero u otro provecho”, cuya noción ya dimos. En el caso de instigación a la corrupción impropia, es preciso que se ofrezca a título de retribución; y en ésta no quedan incluidos los pequeños obsequios, las propinas, etc.

57. *Se consuma* el delito con la simple instigación, al ofrecer o prometer. Es de los delitos que la doctrina italiana llama de consumación anticipada y allí admite tentativa. Pero dentro de nuestro sistema carece de tentativa, porque no puede haber tentativa de proposición o de acto preparatorio.

58. *El elemento síquico* consiste en la voluntad y en la conciencia de inducir a un funcionario público cometer cualquier forma de cohecho, mediante la oferta o promesa de alguna retribución indebida.

REVISTA DE LIBROS

D'AGOSTINO, A: «*La condotta susseguente al reato*», edit. Giuffrè (Milano, 1959); 93 págs.

La conducta penalmente relevante puede considerarse, como es harto sabido, bajo un doble aspecto: como acción constitutiva del delito o bien como fenómeno circunstancial. Si la doctrina no ha descuidado, en ningún momento, la consideración de la conducta bajo el primer aspecto, estimando, en definitiva, la acción como la piedra angular sobre la que se apoya todo el edificio de la teoría jurídica del delito, no puede decirse que se haya hecho otro tanto con el segundo aspecto, es decir, con el estudio de la conducta como fenómeno circunstancial.

De ahí el indudable interés que encierra esta monografía enteramente dedicada al estudio de la conducta subsiguiente al delito, que viene definida, en un primer capítulo, como “aquella con la que se comporta el agente después de haber *cometido* un delito, sea que éste haya sido consumado, sea que, por circunstancias independientes de su voluntad y, por ende, fuera de los casos de desistimiento voluntario o voluntario impedimento del resultado, permanezca en el estado o grado de tentativa”. De esta suerte se entiende por conducta subsiguiente no sólo la posterior a la *consumación* del delito, sino también la que sigue a un hecho delictivo que se ha *consolidado ya como tentativa*. En cambio, se excluyen de la noción de conducta *post-delictum* —en contra de otras autorizadas opiniones— los supuestos de desistimiento voluntario o voluntario impedimento del evento.

Una vez fijada la noción de conducta subsiguiente al delito, se concretan, en un segundo capítulo, los elementos de validez de la misma. Después de afirmar que, al igual que sucede con la conducta constitutiva del delito, es preciso también aquí la existencia de un elemento psíquico y un elemento material, el autor observa a renglón seguido, que si bien es posible la configuración de un elemento psicológico general —cifrado en la *voluntariedad* que no ya en la *espontaneidad*, que para D'AGOSTINO representa un *plus* respecto a la primera cuya presencia no se requiere en todos los supuestos—, resulta, en cambio, prácticamente imposible proceder a la elaboración de un elemento material común a toda conducta *post patratum crimen*, habida cuenta de la variedad y diversidad de estructura y efectos de las manifestaciones atinentes a la materia en cuestión. Con todo, prescindiendo de estas especificaciones difíciles de hacer, estima que los requisitos de validez de la conducta subsiguiente pueden reducirse a los esquemas conceptuales: a) *tempestividad* (que la conducta tenga lugar dentro de un determinado período de tiempo); b) *concreción* (utilidad objetiva, material realización de la ventaja que el legislador ha tomado como punto de mira); y c) *eficacia* (que la conducta se presente como algo operativo, como una actividad dirigida a la consecución del fin que el legislador ha tenido presente).

En el capítulo tercero se delimita el *objeto* de la actividad *post delictum*. Dado que la eficacia material de tal actividad ha de incidir, por definición, sobre los

resultados conseguidos mediante la infracción criminal y éstos son, según los casos, el daño, el peligro, las consecuencias dañosas o peligrosas, el objeto de la conducta subsiguiente se concreta en estos elementos, que se contemplan, a continuación, de modo pormenorizado.

En el cuarto capítulo de la obra se plantea el problema sistemático que aparece la conducta subsiguiente, cifrado, fundamentalmente, en estas dos preguntas: ¿Hasta qué punto es posible reconducir la actividad postdelictiva a una rigurosa noción de circunstancias del delito? Y, si ello es posible, ¿a cuál de las dos categorías de circunstancias, objetivas y subjetivas, enunciadas en el artículo 70 del Código penal italiano, hay que afiliar la conducta subsiguiente?

El debatido problema dogmático relativo al fundamento de la relevancia jurídica de la conducta subsiguiente aparece tratado, en toda su significación, en el capítulo quinto. Y, por último, en el capítulo sexto, que cierra la monografía, encuentra su apropiada sede la siempre discutida y difícil cuestión del carácter específico de las circunstancias sucesivas al delito y su comunicabilidad a los copartícipes.

GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

ANCONA, Leonardo: «Agustín Gemelli, egregio psicólogo». Separata del número 69 de «Verdad y Vida». Madrid 1959, págs. 135-152.

Sabido es que la doctrina criminológica y las aportaciones a su campo del Padre Gemelli no son más que su trasplante a él de sus concepciones y logros en el de la Psicología. Por eso no puede formarse idea de su postura en aquella ciencia penal, sin saber cuál es el que sostiene y cómo llega a ella en la ciencia psicológica. Su más directo discípulo y continuador, el profesor ANCONA, entendiéndolo así, se aplica en este trabajo a la exposición de su doctrina y realizaciones en Psicología, y el recensionista lleva a las páginas de una revista jurídico-penal noticia de la separata en que el discípulo expone con concisión ejemplar el trabajo de su maestro.

Para ello sigue la evolución de su doctrina y sus cambios de campo de investigación, acuciado por su permanente deseo de encontrar la razón de las acciones humanas. Primero su formación naturalística, que le lleva a investigaciones biológicas a fin de dominar los problemas generales del hombre; busca después su solución en una especializada investigación sobre Histología neurológica, que abandona cuando se percató de que ni la Biología ni la Histología son capaces de proporcionar un conocimiento total de los fenómenos de la vida humana, pero conserva de esta época, ya para siempre, el rigor de la aplicación de los métodos de investigación científica.

El estudio de la emoción le hace abandonar la investigación en el campo de la Medicina para trasladarlo al de la Psicología, y ya en él tiene que combatir en dos frentes, de un lado, contra los filósofos, cuyas deshumanizadas abstracciones no se avenían con su fundamental formación médica; de otro, contra los biólogos, que no logran elevarse a la verdadera interpretación del hombre. Así funda su Psicología con independencia de una y otra rama del saber, como cien-

cia autónoma, y lo hace con un método dual, rigurosamente biológico para la investigación, pero los datos obtenidos con ella los interpreta según el sistema filosófico, que es el neoescolasticismo que había aceptado como propio.

Después, el autor de la monografía explica cómo su maestro va aceptando como métodos y después abandonando por superación, el naturalismo de Wundt, la introspección de Külpe, el de la psicología de la totalidad (behaviorismo, escuela de la forma, psicoanálisis y, más tarde, los métodos propios de la Psicología social), pero quedándose con lo aprovechable de cada uno de ellos, para aceptar un sincretismo metodológico limitado, que fué tachado de ecléctico, calificación que en cierto sentido aceptó Gemelli, que se complacía en definir como fenomenológica su orientación y como antropológica su postura.

Fijado su método, llega con él a concepciones teóricas y realizaciones prácticas. Son, respecto a las primeras, la demostración de que la perfección es un proceso activo que se va estructurando en bases sucesivas estrechamente ligada la una a la otra, su aportación al estudio de la emotividad de tan grande interés para nosotros y cuyo estudio fué tan decisivo para el propio Gemelli y el análisis psicológico del lenguaje sirviéndose de aparatos electroacústicos que nadie en Europa había empleado antes que él. Como realizaciones prácticas, la aplicación de los resultados obtenidos al campo de la psicología individual, de la escolar, al de la orientación profesional y a los de la psicotecnia y criminología.

Este es el resumen que del trabajo del P. Gemelli en Psicología hace quien mejor podía hacerlo, y al que el recensionista sólo puede añadir que su influencia en la doctrina y prácticas psicológicas y criminológicas es cada vez mayor, y resaltar la fundación por él del Instituto de Psicología en la Universidad católica de Milán, fundación de la que hay que hablar más despacio, ahora, repito, dirigiendo por el autor de la monografía recensionada.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

ARANZADI: «Legislación penal.—Legislación vigente y Jurisprudencia». Editorial Aranzadi. Pamplona 1961, págs. 1.697, precio 350 pesetas.

La publicación de este auténtico compendio de leyes penales y de las en íntimo o remoto contacto con el mundo penal español exige una valoración de la función preventiva y represiva que cumplen en orden a la lucha contra la criminalidad. Si se exceptúa la publicación de la conocida Colección de Medicina Marañón, hasta ahora no se conocía en lengua española un ejemplar de esta índole, puesto que cabría pensar que en punto a la selección y acopio de la jurisprudencia tiene un puesto indisputado entre los mejores.

La obra constituye, de otro lado, una fehaciente manifestación de la honda significación que entraña la ley penal, justamente en una sociedad, como la contemporánea, que se nutre de expresiones patológicas, en la mayoría de los casos; y el delito, no se olvide, que, en fin de cuentas, representa la inconvivencia humana, la negación de los valores que constituyen la vida personal y comunitaria.

Para los especialistas entraña un digno remate a un esfuerzo logrado y que

nos brinda en la mano el repertorio total de las disposiciones penales. Pero hay más todavía.

Una obra de este tipo adquiere utilidad, en gracia a un concierto de condiciones que conviene subrayar. En primer lugar, en *relacionar* hasta donde exija el límite las diversas regulaciones de un problema, tratado positivamente, en la exuberación y buena distribución de las materias contenidas y de las concordancias al respeto; de igual modo, la elección de los tipos de letra elegidos y, sobre todo, en la elección de la jurisprudencia pertinente, características que han sido perspicazmente observadas en la presente publicación, con lo que se agiganta a las claras su enorme utilidad para el profesional y para cualquiera otra persona que se vea obligada al manejo de los textos penales, que han sido fijados en exquisita pureza. Únicamente cabría alegar que hubiera sido preferible que figurase en negrita las disposiciones legales para su mayor realce y rapidez en el hallazgo de aquéllas, sin que con ello empañe la finalidad esencialmente práctica lograda, ante todo, en la tabla de plazos exhaustiva y buen instrumento de trabajo profesional, siendo, además, una novedad, digna de encomio. Además, el reenvío al Diccionario de la Casa editora facilita la tarea abarcadora y libera a la vez al texto de transcribir íntegro el articulado de la materia vigente.

En suma, la publicación presente representa una respuesta cabal y práctica a la entramada realidad de las disposiciones penales, de fácil manejo y calculada en gran sentido práctico, como se evidencia con sólo observar la labor compiladora realizada en el índice cronológico y en el alfabético.

JUAN DEL ROSAL

BATTAGLINI, Giulio: «Fecondazione artificiale e adulterio». Separata de Seritti Giuridice in onore di Alfredo de Marsico. Vol. I, Milán, Giuffrè 1960.

Con este trabajo interviene el ilustre profesor Giulio BATTAGLINI en la viva polémica originada en Italia con motivo de un proceso (del que nos ocupamos en otro lugar de este fascículo) en el que la Pretura de Padua absolvió a la acusada declarando que la inseminación artificial no constituye delito de adulterio, y en que el Tribunal de apelación de la misma ciudad mantuvo la tesis opuesta, que la inseminación artificial integra esta infracción.

El profesor BATTAGLINI, abandonando la doctrina tradicional —aún mantenida en nuestra época, entre otros, por el profesor Manzini—, que considera que la materialidad del adulterio está constituida por la conjunción carnal, sostiene que este delito puede ser cometido también por actos diversos de ésta, es decir, por actos de lascivia no constitutivos de conjunción de sexos. Esta doctrina es actualmente defendida en Italia por numerosos penalistas y reiteradamente sentada por la jurisprudencia. Pero este punto ha sido superado, manifiesta el profesor BATTAGLINI. Hoy, además de los actos de lujuria, también se reputa adulterio la inseminación artificial.

Con ocasión de la absolución decretada por la Pretura de Padua se ha hablado de “laguna legislativa”, y para colmarla ha sido presentado por dos diputados un proyecto de ley que la considera delito y establece sanciones contra todos los

participantes: la mujer, el marido que consiente, el médico y el donador del germen. El profesor BATTAGLINI rechaza esta postura. Aquí no se trata, afirma, de una cuestión de laguna, sino de una cuestión de interpretación. Para considerar adulterio la inseminación artificial, opina, no es necesaria una nueva ley. No es éste un caso de *laguna legislativa, declara, basta la interpretación lógica de la ley.*

EUGENIO CUELLO CALÓN

BRASIELLO, T.: «I limiti della responsabilità per danni». Edit. Giuffrè (Milano 1959), 521 páginas.

Desde el año 1923, Teucro Brasiello ha venido dispensando una especialísima atención al tema de la responsabilidad por daños. Fruto de ella son las diversas reelaboraciones del estudio, aparecido por primera vez en aquella fecha, que pretenden recoger las innovaciones legislativas, operadas desde entonces, así como registrar la evolución doctrinal y jurisprudencial al respecto. Estas innovaciones legislativas e incluso la aparición de una nueva Constitución, con su correspondiente repercusión sobre la materia, le llevaron a publicar en 1956, no ya una nueva edición del primitivo estudio de 1923, sino una auténtica obra nueva, aunque, por versar sobre el mismo tema, continúe portando el mismo título. El deseo de mantener la obra al día motivó que el autor, a la vista del continuo desarrollarse de la disciplina de la responsabilidad por daños, ofreciese a la estampa, en 1959, una nueva edición notablemente aumentada.

En unas consideraciones preliminares se concreta el objeto del estudio. Después de desechar la terminología de "responsabilidad extracontractual" y sustituirla por la de "responsabilidad por el hecho ilícito", se puntualiza que la investigación va a centrarse concretamente sobre el hecho ilícito como fuente de obligaciones, dividiendo el estudio en cuatro partes.

La primera parte se ocupa del *elemento subjetivo en tema de responsabilidad por daños*, y en ella BRASIELLO mantiene decididamente que para la existencia del hecho ilícito es necesaria, en todo caso, al lado del elemento objetivo del daño y de la relación de causalidad entre acción y resultado, una culpabilidad (*dolo e culpa*), rechazándose la tesis que asegura que la responsabilidad objetiva ha penetrado en el espíritu del ordenamiento jurídico italiano, especialmente por obra del artículo 42 del Código Rocco, que, como es sabido, ostenta, entre otros títulos, el de "responsabilidad objetiva".

En la segunda parte se contempla la problemática que suscita el *ilícito civil y sus formas*, consagrándose un capítulo entero—de particular interés para el penalista—a la distinción entre el ilícito penal y el ilícito civil, que el autor cree poder captar, en última instancia, partiendo del análisis de las peculiares características de la tutela penal y de la tutela civil y manejando, como necesariamente distintos, los conceptos de pena y resarcimiento.

La tercera parte aparece dedicada a la *noción del daño y relación de causalidad entre la acción y el resultado*. El daño se diseña, esencialmente, como "la violación de un bien garantizado por ley". Seguidamente se estudian las diversas formas de daño, deteniéndose de manera especial en la configuración del

daño patrimonial y sus distintas modalidades. Por lo que respecta a la relación de causalidad entre acción y resultado, el autor, teniendo cuenta de las exigencias que plantea el artículo 2.056 en referencia con el 1.223, ambos del vigente Código civil italiano, examina con particular cuidado los sutilísimos problemas que apareja la llamada "causalidad mediata o indirecta".

Finalmente, en la cuarta y última parte de la obra, se estudia extensamente la vertiente procesal del tema. Con este remate sobre el aspecto procesal del tema el autor ha conseguido que el libro se nos ofrezca como un tratado muy completo sobre una materia que, como él mismo advierte, exige, en aras del rápido y complejo desarrollo de la actividad humana en todos los campos, una interpretación larga y adecuada que, aun partiendo de las concepciones jurídicas sobre la responsabilidad aquiliana, ligadas a la tradición justiniana, facilita nuevos puntos de vista acordes con las necesidades de los tiempos actuales.

G. R. M.

BRICOLA, Franco: «Dolus in re ipsa (Observazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo)». Edit. A. Giuffrè, Milano, 1960, 198 páginas.

Con el presente estudio pretende esclarecer el autor, en base a una estricta investigación técnico-jurídica, un problema que encierra dificultad para el jurista italiano, de gran resonancia práctica. Sumamente útil es la monografía de BRICOLA, por cuanto sin salirse, ni un solo momento, de la más ortodoxa labor jurídica, consigue los fines que se propone al inicio de su tarea.

Igualmente, es digno de imitación su método de trabajo: sin olvidar la legislación penal y procesal italiana y pegado siempre a la producción científica de su país, entablando con ella un diálogo técnico que es, en última instancia, el generador del progreso de la dogmática penal de Italia.

Para BRICOLA, el problema del *dolus in re ipsa* se origina, en su moderno planteamiento, como un producto de la práctica jurisprudencial. No es extraño encontrar —dice el autor en las primeras páginas— en las sentencias la afirmación de que no es necesario detenerse en la demostración del elemento subjetivo del delito, ya que el dolo está ínsito *in re ipsa*. El tema, pues, adolece de una doble vertiente: procesal y sustancial. La primera se encuentra íntimamente ligada a la cuestión de la prueba y con especiales conexiones con la teoría de las presunciones. La segunda, que pudiera expresar —al menos en la medida en que es una locución— una nueva categoría dogmática, un nuevo tipo de dolo.

A juicio de BRICOLA, si bien la materia del *dolus in re ipsa* presenta desde luego implicaciones sustanciales —y de ahí la necesidad de replantear la temática del dolo—, ello no quiere decir, sin embargo, que pueda hablarse de una nueva categoría sustancial. En definitiva, no es más que un esquema lógico de interpretación de la norma, en el cuadro del ya clásico argumento de inferir lo desconocido de lo conocido.

BRICOLA estima que, cuando menos, una verdad por demás firme resulta confirmada de su investigación: la estrecha conexión entre problemas procesales y problemas sustanciales en orden a la estructura del dolo.

MANUEL COBO

CASTRO, Alfonso de: «*De potestate legis poenalis libri duo*» (Reproducción facsimil de la edición príncipe, Salamanca, Andrés de Portonaris). Madrid, 1961. Editado por el Patronato del IV Centenario de la muerte de Alfonso de Castro.

En conmemoración del IV centenario de fray Alfonso de CASTRO (1558-1598) se ha hecho por el Ministerio de Educación Nacional, a través del Patronato creado con aquella finalidad, una reimpresión facsimilar de la famosa obra de fray Alfonso de CASTRO, *De potestante legis poenalis*.

La citada reimpresión va precedida de un *Prefacio*, por Juan del Rosal, y de una *Introducción* y una *Bibliografía de Alfonso de Castro*, por Justo García Morales.

El profesor Del Rosal se había ya ocupado de la figura y la obra del insigne franciscano de Zamora en otras publicaciones. Así, en *Acerca del pensamiento penal español y otros problemas penales* (Madrid, 1942), y en *Alfonso de Castro (Antología)* (Madrid, 1942). También en sus *Principios de Derecho penal español* (Valladolid, 1945), y en sus recientes *Lecciones* (Madrid, 1959).

En el *Prefacio*, de que ahora nos ocupamos, el profesor de la Universidad de Madrid, con la elegante redacción a que nos tiene acostumbrados, reflexiona sobre si efectivamente el saber y planteamiento de Alfonso de CASTRO proyecta su luz hoy día, y en qué medida la inserción de su mundo penal tangencia al nuestro. Para ello parte de dos presupuestos esenciales. Uno radica en que CASTRO no es un penalista, en el sentido con que hoy se emplea este vocablo. Otro consiste en que antes que nada es un teólogo, de probada profundidad y genuinamente español. De ahí lo difícil de la tarea a realizar en cuanto que se trata de *caracterizar* penalmente unos decires que en su concepción no lo fueron.

Para Juan del Rosal es indudable que debe considerarse como "fundador" de la ciencia punitiva al fraile de Zamora, ya que, pese a la extraordinaria aportación de Covarrubias, desvelada en forma ejemplar por el Rev. P. Julián Pereda, S. J., al habernos legado CASTRO una obra destinada exclusivamente al estudio de la ley penal, sembrando un semillero de discusiones en torno a problemas que dan consistencia al entero sistema penal, es justamente acreedor de dicho título.

Baste decir que en la obra de CASTRO cabe encontrar una teoría del delito, ocupándose de la proporción entre delito y pena, de la gravedad del delito en relación con la persona o cosa dañada, de los delitos contra la honestidad, de la culpa, del error, de la ignorancia y de muchas otras cuestiones. Elaboró, asimismo, una teoría de la pena, exponiendo el fundamento de ella, los fines de la misma, la ejecución y las clases de pena, etc. Y no deja tampoco de ocuparse de problemas de orden criminológico, como, por ejemplo, de la inclinación al delito, de la delincuencia de las muchedumbres, etc.

Termina la nota del profesor Del Rosal con un perfil biográfico de fray Alfonso de CASTRO.

La *Introducción*, de Justo García Morales, es, por demás, interesante. Con mesurado estilo nos da noticia detallada de la génesis del famoso tratado *De potestate legis poenalis* (que el profesor Sánchez Gallego, en versión acompañada del texto latino hecha entre 1931 y 1933, tradujo por *La fuerza de la Ley penal*,

y que otros prefieren traducir por *La obligatoriedad de la Ley penal*). Se recogen en esta *Introducción* detalles muy curiosos sobre las incidencias de la primera edición, hoy reproducida, y sobre la dinastía de los Portonaris, uno de cuyos miembros, Andrés de Portonaris, realizó esta edición.

Como fruto de su investigación debe anotarse que Justo García Morales llega a la conclusión de que no existieron dos tiradas, una en 1550 y otra en 1551, como han dicho hasta aquí los biógrafos de De Castro, sino una sola, a la que se le modificó la portada y la última página del texto.

Termina su exposición con un examen de las diferentes reimpresiones que se han hecho de la obra, recogiendo por último una nota bibliográfica, muy cuidada, sobre el particular.

Después del *Prefacio* y de la *Introducción* a que acabamos de aludir, se reproduce en facsímil la preciosa obra.

En la parte superior de la portada, en tipos de tamaños escalonados, campea el nombre del autor unido al de su Patria y al de su Orden: "Alfonsi a Castro Zamorensis, Ordinis Minorum Regularis Observantiae". Y debajo, la dedicatoria al Obispo de Cuenca, que lo era, según nos dice Justo García Morales en la *Introducción*, el prelado Miguel Muñoz. Debajo se anuncia que el lector dispone de un índice muy copioso al frente de la obra que le permite la consulta fácil de la misma. El nombre del impresor y la tasa, dejando en blanco la cuantía, completan esta portada en la que las diversas masas tipográficas aparecen separadas por curiosos dibujos, uno de ellos el escudo de los Portonaris.

Figuran luego las licencias necesarias para la publicación, y después el índice alfabético, ciertamente muy completo y que da idea de lo cuidada que fué la edición.

Una curiosa nota del tipógrafo Andrés de Portonaris, en la que encarece que, pese a sus esfuerzos, no han podido evitarse algunas erratas, completan los preliminares de la edición.

Finalmente, sigue el texto con un prefacio y dos libros, foliados —no paginados—, con un total de 269 folios y uno más en que figura un dibujo con un ángel y las iniciales A. D. P.

FRANCISCO GONZÁLEZ NAVARRO

CONTIERI, Enrico: «La congiunzione carnale violenta». Edit. Giuffrè, Milano, 1959, 122 páginas.

Entre las monografías que sobre la Parte Especial ofrece recientemente la Editorial Giuffrè, destaca por su interés y claridad la presente de E. CONTIERI, titular de Derecho Penal en la Universidad de Ferrara.

El autor ha verificado una coherente interpretación, estrictamente técnica, de los tipos previstos por el Código Penal italiano. Quizá sea ése su mayor mérito: La construcción la extrae del Derecho positivo, también la problemática que presenta y sus posibles soluciones. Lo anterior no es obstáculo para que lleve a cabo, en más de una ocasión, propuestas de reforma de la vigente legislación, obtenidas de la propia ley y con la finalidad de que sea más congruente y armónica.

Merece especial atención, por su validez genérica, el capítulo destinado al bien jurídico ofendido". Parte el autor de una crítica del título "De la violencia

carnal, que rubrica el artículo 519. A su juicio, es ilógico e impropio, en atención a las diversas tipologías de delito que se encuentran descritas en dicho precepto. Igualmente, se hace eco de la crítica al título IX, "Dei delitti contra la moralità pubblica e il buon costume", planteando la cuestión de si se trata de una dicotomía o, por el contrario, de un pleonismo, y censurando su ambigüedad e insuficiencia.

Estima CONTIERI que el interés tutelado en la primera figura del 519 es la *libertad sexual*. No es un interés que concierne al estado del propio cuerpo, sino al *uso* del mismo. Es interés a un bien inmaterial. Se tutela, en consecuencia, la voluntad del individuo en orden al uso del propio cuerpo en la esfera sexual. Se trata, continúa CONTIERI, de delitos contra la libertad individual, cuya determinación y clasificación se efectúan fuera del capítulo III del título XII (De los delitos contra la libertad individual). a causa de la particularidad de la esfera sexual (pág. 15).

El segundo grupo de delitos contiene, sin embargo, un bien jurídico diverso. No es la libertad sexual, sino un bien que respecto a ésta se encuentra en una posición de prioridad lógica y formal. El autor le designa con la expresión "intangibilidad sexual" del individuo, que precisamente ha de reunir y poseer determinadas cualidades, o encontrarse en determinadas condiciones, o en determinadas relaciones con el agente. Por esta razón propugna CONTIERI por una sustitución de la denominación legal del capítulo I, del título IX: En vez de "Delitos contra la libertad sexual y contra la intangibilidad sexual".

Particular interés ofrece el apartado correspondiente al tipo en el delito del párrafo primero del artículo 519 del Código Penal italiano, y en el que precisa el autor lo que, a efectos del citado precepto, ha de entenderse por "congiunzione carnale".

De la misma forma constituye un excelente estudio los capítulos destinados a los medios, concurso, formas imperfectas, y elemento subjetivo del delito de violación.

Puede decirse que el presente trabajo representa una notable aportación en el estudio de la Parte Especial, que debiera servir de modelo para aquellos que, con más o menos fortuna, pretenden elaborarla con cierta altura.

M. C.

MCCLINTOCK, F. H., WALTER, M. A. y SAVILL, N. C.: «Attendance Centres». Londres, Macmillan & Co. Ltd., 1961, 152 páginas, 28 chelines.

Este volumen, decimotercero de los "Cambridge Studies in Criminology", editado bajo los auspicios de LEÓN RADZINOWICZ, contiene el resultado de una encuesta realizada por el "Cambridge Institute of Criminology" sobre la aplicación y resultados del artículo 19 de la Criminal Justice Act inglesa, promulgada en 1948.

Dicha encuesta se ha realizado por F. H. McClintock, ayudante-director de Investigación, en colaboración con Mónica A. Walter y N. C. Savill, miembros de la plana de investigación del referido Instituto.

Esta nueva publicación de los "Cambridge Studies in Criminology" responde

al propósito, de antemano trazado por dicha entidad, de difundir el convencimiento de que la estabilidad social depende, en alto grado, de la adopción de una actitud adecuada hacia los problemas que el delito y la pena entrañan.

Consecuente al propósito enunciado, el referido Instituto lleva publicadas magníficas obras sobre aportaciones personales de autores consagrados o de exposición de investigaciones llevadas a cabo bajo los auspicios del Instituto de obligada mención; así, los libros sobre la reforma penal en Inglaterra, "Delito y anomalías mentales", el moderno sistema penitenciario de la India, orientación de reos ex-carcelados, "Una introducción al Derecho penal en Australia", "Detention and Remand Homes", los resultados del régimen de prueba, el descubrimiento del homicidio secreto; "Justicia juvenil".

"Attendance Centres", el nuevo libro que ahora nos ocupa, expone, a través de sus cinco títulos y siete apéndices, los resultados apreciados hasta ahora mediante el empleo de esa novedad de la reforma penal inglesa de 1948, consistente en la creación de un sistema de institución o régimen intermedio entre las "Approved Schools" o de los establecimientos "borstal" y el mero régimen de sometimiento a prueba; todo ello referido al tratamiento de los delincuentes jóvenes, para quienes los dos primeros métodos parecía ser algo severos, mientras que el de prueba haría insuficiente.

La resolución judicial que impone el sometimiento a un "attendance centre" evita, de un lado, para el reo, la privación de libertad por corto término, al propio tiempo que le priva de un tiempo que suele apreciar: hasta un máximo de doce horas, generalmente los sábados.

La instauración del primer "Attendance Centre", en 1950, fué seguida de rápida expansión, contándose ahora hasta con cincuenta establecimientos de su clase en las comarcas industriales y ascendiendo a 2.500 el número de delincuentes jóvenes destinados a ellos durante el pasado año 1960.

Miembros del Instituto de Criminología han visitado e inspeccionado nueve de dichos Centros, cambiando impresiones con magistrados, oficiales del régimen de prueba y otras autoridades, verificándose un análisis detallado de cuantos datos pudieron obtener en el reconocimiento o examen de hasta mil doscientos delincuentes jóvenes remitidos a los Centros de referencia.

No se han contentado los investigadores aludidos con la tarea precedentemente indicada, sino que han ampliado su investigación a la etapa posterior al "licenciamiento" o cumplimiento de la condena respectiva por cada delincuente, llegando a aplicar incluso métodos de predicción, haciendo clasificación de los que incidieron por vez primera en el delito, los reincidentes o reiterantes y los que ya fueron sometidos al régimen de prueba.

Como bien hacen notar los coautores de la obra, la frecuencia y difusión de la delincuencia juvenil en tantas partes del mundo es una lamentable pero evidente circunstancia que ha debido preocupar hasta a la Organización de las Naciones Unidas: el Segundo Congreso para la Prevención del Delito y el Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Londres en agosto último bajo el auspicio de dicha Organización, lo comprueba.

Por lo que a Inglaterra concierne, en 1959, según hace constar el libro, a la cifra de ciento cincuenta y tres mil ascendió el número de reos de delitos "indic-

sable", de los que 53.000 (cerca del 35 por 100) eran delincuentes menores de diecisiete años de edad.

En la apertura de su trabajo se preguntan nuestros autores acerca de qué medio habrá de tratar a tales reos jóvenes de modo que, descartando un pequeño porcentaje que indiscutible y afortunadamente por sí solos emergerán del ámbito delictivo; pueda evitarse el arraigo en la criminalidad de los restantes.

En cuanto a características del sistema de los "Attendance Centres", baste decir que es un ingenioso arbitrio ideado para lograr que, al propio tiempo que el reo joven no abandone su sede habitual, reciba, sin embargo, una advertencia seria con motivo de su conducta descarriada, y perciba también el "sabor" de una disciplina dura y coactiva. Por otro lado, tiene la ventaja, asimismo, de dejar ligero estigma en el culpable.

También les ha ofrecido a los autores su investigación algunos reparos del sistema de los "Attendance Centres"; a saber: si se pretende incrementarlo de modo que entrañe la asistencia a clases de instrucción o a cualesquiera clases de actividad en grupo, entonces sólo será factible implantarlo en zonas de gran densidad de población, y ello partiendo del supuesto de que no puede exigirse a un corrigiendo el recorrido superior a diez millas a fin de que cumpla su obligación de "asistencia" y teniendo además en cuenta que en el ambiente rural, afortunadamente, la delincuencia juvenil no ofrece hasta ahora tan seria preocupación como en el urbano o industrial.

Por otra parte, si se pretende que este método de tratamiento, según opinan los autores, sea susceptible de aplicación en el ámbito de la jurisdicción juvenil, será necesario, en aras de la economía, desarrollar en los distritos peculiares un a modo de sistema simplificado en cuya virtud, los delincuentes en escaso número o de índole esporádica en su delincuencia, sean remitidos a la oficina de Policía local en las tardes de los sábados, permaneciendo allí bajo vigilancia por unas pocas horas. Reconocen que acaso ello no responda a las mejores aspiraciones, pero es indudable que cuando menos permite la aplicación del precepto legal que establece la privación de una tarde de recreo libre para tal clase de delincuentes.

Ni que decir tiene que la medida en cuestión fué prevista para los jóvenes reos de los delitos menos graves y cuya aptitud delictiva permite ser conceptuada como estacionaria y en edad aún temprana. Mediante disposición estatutaria su aplicación ha sido restringida a los delincuentes primarios o a aquellos que, habiendo sido declarados culpables en una o más ocasiones previas, con tal de que no hayan sido confinados a una institución de carácter correccional (sea "approved school", "detention centre", "borstal institution", o prisión), y cuya sentencia también anterior haya consistido en un sobreseimiento virtual, o en la imposición de una multa o de sujeción a un período de prueba.

La progresión anual del empleo de los "attendance centres" ha aumentado conforme la implantación de nuevos establecimientos de esa clase ha ido poniéndoles al alcance de más tribunales. No obstante, la proporción de las resoluciones judiciales acordando en casos concretos el sistema de que se trata se califica por los autores de escasa, en comparación con las otras medidas disponibles para con los reos jóvenes; y ello se atribuye al apego de los magistrados a mantener pronunciamientos de sometimiento al régimen de prueba, de imposición de multas o de sobreseimiento, en la mayoría de los casos; aunque no se olvidan dificulta-

des de índole material cual la escasez de tales "centros" en ciertas comarcas o incluso la especialidad del sistema. Concretamente, se consigna que en las nueve circunscripciones objeto de la investigación, cuyos resultados expone la obra en reseña, el número de resoluciones disponiendo la asistencia a los "attendance centres" asciende al duplo en comparación con las dictadas en todo el país.

Asevérase también que la mayoría de los magistrados consultados al respecto revelaron que, al dictar las resoluciones de remisión a los "attendance centres", prevalecía en su mente o criterio, más bien criterio punitivo; reputando como meramente incidental cualquier efecto reformador conseguido con la aplicación del sistema, e incluso propendiendo también la mayoría de dichos magistrados a reforzar la medida con un pronunciamiento simultáneo imponiendo las costas, restitución o compensación, según aconsejasen las circunstancias en cada caso.

También se recoge en el libro que, por parte de dichos funcionarios no hubo unanimidad acerca de cuál sería la edad en que los reos demostrasen beneficiarse más de la medida; aunque la impresión, en orden al resultado, revelaba caracteres optimistas en general, y advirtiéndose, asimismo, disposición a que la edad susceptible para aplicación de los "attendance centres" fuese rebajada a los diez u once años.

Igualmente se manifiesta hubo perplejidad para precisar la clase de delincuencia más propicia al beneficio con el sistema, destacándose empero la creencia de que el mismo era más propicio a los delitos cometidos en pandilla ("gang") que a los de perpetración individual aislada. Parece ser que los magistrados coinciden en conceder importancia, para la selección de este tratamiento, a los antecedentes ambientales o familiares del reo.

Generalmente se ha respetado, en su aplicación, el término máximo de duración del tratamiento, si bien en plan de "lege ferenda", o sea, en vía de reformas, los magistrados consideran susceptible de ampliación de dicho término a un máximo de veinticuatro horas, y, en lo que atañe al personal al que se encomienda la aplicación del tratamiento, parece ser hubo aquiescencia general o conformidad en que el mismo fuese materialmente dispensado por los Servicios de Policía.

Finalmente, la investigación llevada a cabo ha revelado también que por los funcionarios encargados de dictar la aplicación del sistema se han tenido en cuenta los informes generales emitidos anualmente por los "attendance centres" locales respectivos, echándose empero de menos el historial individual de cada delincuente, interesantísimo en previsión de casos de reincidencia; que los castigos corporales, descartados a raíz de la implantación de los "attendance centres" no se han considerado oficialmente como precedentes de éstos, o éstos sustitutivos de aquéllos; que debe fomentarse la relación o colaboración entre los oficiales peculiares del régimen de prueba y los que se hallan a cargo de los "attendance centres", por estimarse que se complementan mutuamente ambos métodos o institutos y, en definitiva, que parece ser estriba el criterio de los tribunales competentes al acordar la asistencia a "attendance centres" en reputar como un castigo independiente peculiar para los muchachos díscolos corrientes; como una pena complementaria en los casos de chicos sometidos a la guía constructiva o vigilancia de un oficial de prueba; como un castigo contundente en una fase adecuada del desarrollo de una carrera delictiva con esperanza de evitar un tra-

tamiento más drástico de instrucción prolongada en una "approved school" o en una institución de tipo "borstal".

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

DATTELO, Bruno: «Insufficienze dell'attuale organizzazione della giustizia criminale e preventiva e prospettive legislative di immediata attuazione». Il Giudice di sorveglianza e l'applicazione delle misure di sicurezza allo stato degli attuali scarsi mezzi di accertamento a sua disposizione (Separata de la Rassegna di Studi Penitenziari. Fasc. IV, julio-agosto 1960, páginas 483 a 494.

El título y el subtítulo de la monografía dicen de consuno cuál es su contenido: poner de relieve los escasos medios con que cuenta el juez de vigilancia para el cumplimiento de su fin y pedir un pronto remedio. El interés de este trabajo nace tanto de la materia sobre que versa como de las dotes personales del autor, que yo conozco, y de ser el juez de vigilancia del Tribunal de Roma.

Estándole encomendada a este juez de los respectivos tribunales la intervención de toda clase de penas, que en Italia no se abandona a la Administración, puede acordar respecto a los ya condenados medidas de seguridad privativas de libertad respecto a los delincuentes y contraventores habituales, y respecto a todas medidas no privativas de ella, de libertad vigilada, caución de conducta, prohibición de residir en determinadas localidades y frecuentar determinados sitios, así como la expulsión de extranjeros, y ha de tomar estos acuerdos con el solo criterio orientador del artículo 133 del Código penal, que dice los elementos de la peligrosidad social, es decir, sin una determinación biológica de la personalidad del sujeto.

La propuesta de medios, que es el fin del trabajo y lo más extenso de él, es la de proveer al juez de vigilancia de los necesarios para la determinación de la personalidad del vigilado, y aunque a este respecto ya se ha autorizado para utilizar los servicios del equipo de la Clínica Criminológica de Rebbibia, no se le han asignado asistentes sociales para su contacto a través de ellos con los sometidos a su jurisdicción que están en libertad, pues el personal del juez ha de ser siempre limitado, y el de la policía es perturbador.

Ya provisto de estos medios—sigue el autor—, deben ampliarse sus atribuciones, no obligándole la declaración de habitualidad prevista en el Código penal, y acordada por el Tribunal sentenciador, y autorizándole a aplicar medidas de seguridad, no privativas de libertad, en una especie de libertad vigilada, también en los sujetos en que actualmente está prevista, la de internamiento en un campo de trabajo.

D. T. C.

DUBLINEAU, Jean y HIVERT, P.: «*Sur quelques problèmes nouveaux posés la psychopathologie pénitentiaire*». Separata del núm. 2, julio 1959 de «*Annales Médico-Psychologiques*», 8 páginas.

Los autores llaman la atención en este trabajo sobre los numerosos problemas que a los médicos psiquiatras de las prisiones, cargo que desempeñan en la de Chateau-Thierry, dedicada a la observación de psicópatas e inestables, se les ha planteado en los últimos años por las nuevas condiciones de la observación de los detenidos.

Las causas que los han creado han sido en Francia tanto la supresión de la deportación que ha dejado en la metrópoli una clientela de sujetos que comienzan a conocer, como de la evolución conjunta de la legislación y las nuevas ideas en materia criminológica que implican un conocimiento y una comprensión de la personalidad del condenado, con una especialización de las prisiones que exige un sistema de clasificación según dicha personalidad, que ha de ser repetidamente examinada, sobre todo la de los detenidos difíciles.

En una enumeración de los problemas presentados por estos reclusos, erpone la clasificación que por su actitud carcelaria hace Ohón, para después proponer ellos la suya de considerarlos según la que observen respecto al acto delictivo, la pena infligida y respecto a sí mismo, estudiando, glosando y desarrollando esta agrupación con las más atinadas observaciones sobre las diversas reacciones de los reclusos aisladamente considerados.

Estudian después lo que llaman la dinámica carcelaria del grupo, sus reacciones en el carcelario a que se adscriben y que toma actitud entre los vigilantes, enfermeros, etc., influyendo en su actitud y dictando a sus componentes normas de conducta, por lo que la primera medida ha de ser la disociación de estos grupos antes de su refundición en los formados por la Administración, tratando de librarlos de la obsesión de los muros, de la exasperación del encarcelamiento, de la desesperada tendencia a la fuga no se sabe dónde que los lleva a la simulación para ser transferidos a un hospital psiquiátrico.

Estos, advierten, son los problemas generales que presenta la psicopatología penitenciaria; aún podrían estudiarse sus diversas modalidades en relación con las especiales situaciones penales, cumplimiento de penas de corta o larga duración, relegación, trabajo exterior, aislamiento, sometimiento a prueba, libertad condicional, etc., hechos que piden ser enumerados, clasificados y estudiados para elaborar prontamente el esquema general del tratamiento para la readaptación social, que los juristas piden a los médicos.

Este es el contenido y el fin propuesto en este excelente trabajo, sólo pequeño por su extensión, por dos de los autores que por su excepcional preparación mejor pueden tratar estos problemas.

D. T. C.

DUS, Angelo: «*Teoría generale dell'illecito fiscale*». Milano 1957, Dott. A. Giuffrè editore, 388 páginas.

El tema del ilícito fiscal puede decirse que está de actualidad en nuestra Patria. Recientemente (enero de 1961), la Mutualidad del Cuerpo de Inspectores del

Timbre organizó, con motivo de la IX Semana de Estudios de Derecho Financiero, unos coloquios sobre la infracción tributaria, a los que concurrieron varios catedráticos y diversos inspectores del tributo con trabajos muy estimables sobre el tema. Con anterioridad a esa fecha, sin embargo, el ilícito fiscal no había ofrecido interés para los estudiosos, que apenas si se habían ocupado de él. En Italia, por el contrario, el tema viene siendo estudiado desde hace algún tiempo, y los nombres de GIANNINI, DUS, SECHI, SPINELLI, etc., son bien expresivos de esta preocupación por tan sugestivo tema, si bien los estudios existentes ofrecían un carácter fragmentario hasta la aparición en 1957 de la obra de Angelo Dus, *Teoria generale dell'illecito fiscale*.

Consta la obra del autor italiano de tres títulos, en los que se ocupa, respectivamente, de la noción del ilícito fiscal, de las clasificaciones del ilícito fiscal y del análisis del ilícito fiscal.

Es, quizá, el *título primero* el de mayor interés, en cuanto en él se intenta la elaboración de los principios generales. Nos ofrece Dus, aun a riesgo de ser reiterativo, una triple definición del ilícito fiscal. Bajo el aspecto *formal* —dice—, constituye ilícito fiscal todo hecho en contraste con el ordenamiento jurídico, para el cual sea prevista una sanción, que pueda ser atribuida al agente como manifestación de voluntad desobediente a una obligación impuesta en una norma tributaria y que sea productor de una ofensa a los intereses fiscales del Estado o de otro ente público. Bajo el aspecto *material* —continúa diciendo— la definición indicada puede ser transformada en el sentido de que se prohíbe toda conducta productora de una ofensa a los intereses fiscales de un ente público, ofensa que la ley considera como causa de punición para el que la ha cometido o es llamado a responder. Bajo el aspecto *subjetivo*, en fin, puede decirse que es sujeto activo de un ilícito fiscal aquel que sigue una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico, para el cual está prevista una sanción y que puede serle atribuida como manifestación de voluntad desobediente a la obligación impuesta por la norma tributaria. De estas tres definiciones, que son, como vemos, sustancialmente coincidentes, parece más útil la primera, la que Dus llama *formal*, y en ella encontramos elementos interesantes, como la alusión a la sanción, a la manifestación de voluntad y a la obligación impuesta en la norma tributaria. Pero parece que el autor italiano considera ilícito fiscal sólo aquel que lesiona los intereses del Fisco, siendo así que también debe hablarse de ilícito de esta clase cuando se lesionan los intereses del contribuyente. Por otra parte, pensamos que en la definición de esta clase de ilícito debiera recogerse también el supuesto de creación ilegal de una relación tributaria.

Según Dus, el ilícito fiscal lesiona: de una parte, el derecho subjetivo patrimonial del ente público acreedor del tributo, por el hecho de que no viene efectuada o viene, cuando menos, puesta en peligro la prestación al que éste va dirigido; de otra parte, la potestad financiera del Estado, que con la conducta del sujeto activo del ilícito viene directamente amenazado en uno de sus atributos esenciales, cual es el de poder imponer tributos a favor propio o de otro ente público.

En orden al importante problema de la naturaleza jurídica del ilícito fiscal, dice Dus que, por su naturaleza esencialmente publicística, tiene, en una primera aproximación, mayores puntos de contacto con el ilícito penal que con el ilícito

civil, si bien mientras el delito común reposa prevalentemente sobre la reprobación y sobre la alarma social que éste determina porque genera un sentimiento de inseguridad personal o patrimonial en los ciudadanos, el ilícito fiscal no suscita tales sentimientos y es quizá menos sentido en la colectividad.

En orden al tema de las sanciones fiscales, y de acuerdo con la ley de 7 de enero de 1929, número 4, que dictó las disposiciones de *carácter general* para la represión de las violaciones de las leyes financieras relativas a los tributos del Estado, distingue sanciones penales, sanciones administrativas y sanciones civiles.

El *título segundo* está dedicado a las clasificaciones del ilícito fiscal. El ilícito fiscal es un hecho jurídico porque produce una modificación en la realidad jurídica, esto es, un efecto jurídico. Es, por otra parte, un acto jurídico porque es un acto humano realizado con conciencia y voluntad, y es precisamente un acto jurídico ilícito, en cuanto viola una obligación. Por tanto, el ilícito fiscal supone, de una parte, la antijuridicidad, y de otra, la culpabilidad.

Distingue Dus, y en ello coinciden los autores italianos, ilícito penal, ilícito administrativo e ilícito civil, si bien critica el criterio tradicional de distinción por considerarlo en pugna con el ordenamiento jurídico italiano, y llega a la conclusión de que los elementos distintivos entre varias clases de ilícito fiscal son (siempre de frente a la legislación italiana) el nombre jurídico de la sanción, la convertibilidad de la pena pecuniaria propia y verdadera y la no convertibilidad de las restantes sanciones administrativas, la personalidad de la pena, como contrapuesta a la solidaridad de la sanción administrativa y civil, etc.

El *título tercero*, finalmente, trata de hacer un análisis del ilícito fiscal, considerándolo en su procedimiento de producción. Se ve así cómo para realizarse el ilícito fiscal es necesaria la preexistencia de algunos elementos que son extraños a la estructura del ilícito mismo, pero indispensables para su existencia (presupuestos), y cuáles son los elementos esenciales (constitutivos), y aquellos otros que, no siendo indispensables, pueden llamarse accesorios (circunstanciales).

Es indudablemente el trabajo del profesor Dus una notable aportación para el estudio del ilícito fiscal, si bien el estudioso español habrá de cuidar, al recoger las conclusiones del autor italiano, de no entrar en colisión con los preceptos del ordenamiento positivo patrio.

F. G. N.

GAETANO FOSCHINI: «Reati e pene». Milano, Giuffrè 1960, un vol de 219 páginas.

Se trata de una obra en la que se incluyen distintos "Estudios".

En la primera parte, bajo el título general de delitos contra el patrimonio, se habla del delito y del contrato, y en este aspecto se plantea el problema del consentimiento, incluyéndose cuestiones referentes a la estafa, al momento de la consumación en el hurto, al problema de la identificación de las cosas hurtadas, al engaño de un incapaz en relación a la inducción al matrimonio y a la quiebra punible.

En la segunda parte se trata de determinados delitos contra la persona, y en este sentido plantea el autor diferentes problemas en relación a la muerte de un

recién nacido deforme, y al infanticidio por causa de honor, así como al pronóstico en determinadas enfermedades probablemente incurables.

A continuación, FOSCHINI se refiere a lo que califica de inmunidad judicial, en los casos de injuria verbal o escrita, así como a los límites de esta inmunidad.

En la tercera parte se plantean distintas cuestiones en relación a los delitos contra la familia, entre ellas las violaciones de las obligaciones de asistencia familiar.

En la cuarta parte se analizan diferentes problemas en lo que se refiere a determinados delitos contra la Administración y la Jurisdicción, y en la quinta, contra la fe pública.

En la sexta parte se suscitan cuestiones referentes al tráfico, y en la séptima y última, FOSCHINI trata algunas cuestiones en relación al problema de la pena, con referencia a la muerte, a la métrica penal y a la rebeldía, distinguiendo en este aspecto los problemas procesales y sustantivos, analizados bajo el signo de una unidad sustancial de las normas de ambas disciplinas que regulan la institución.

No se trata, como fácilmente se comprende, de abarcar todas las cuestiones que plantean los temas enunciados, sino de agudas observaciones sobre distintos aspectos de los mismos; sobre todo, estos estudios sirven para aclarar problemas de gran interés y las soluciones que a muchos de los supuestos planteados ofrece la casación italiana.

VALENTÍN SILVA MELERO

GIANNITI, F.: I reati della stessa indole». Edit. Giuffrè, Milano 1959, 204 páginas.

Tomando como punto de partida la disposición contenida en el artículo 99 del Código penal italiano, en relación con el artículo 101 del mismo cuerpo legal, el presente estudio trata de responder a estas tres preguntas: ¿Qué son delitos de la misma índole? ¿Cómo se distinguen? ¿Qué consecuencias producen dentro del sistema penal? Como consecuencia de este planteamiento, después de una breve *Introducción* en la que se expone la evolución histórica del concepto de reincidencia específica y la elaboración doctrinal llevada a cabo hasta ahora en torno a la noción de delitos de la misma índole, la obra aparece dividida en cuatro grandes apartados.

En el primer apartado se trata de responder a la primera pregunta, fijando el concepto de delitos de la misma índole. Siempre a la vista del Derecho positivo italiano, el autor anticipa la siguiente definición: "la misma índole de los delitos consiste en la afinidad —objetiva o subjetiva, o bien prevalentemente objetiva o meramente subjetiva— que presentan varios hechos delictivos, respectivamente, en forma abstracta o bien en forma concreta, y que es reveladora de una específica inclinación criminal de su autor". Seguidamente se contemplan, por separado, los tres aspectos —sustancial, formal y sintomático— que aparecen fundidos en la definición.

A la segunda pregunta se contesta en el apartado segundo, ofreciendo una clasificación de los delitos de la misma índole asentada sobre la siguiente trico-

tomía: I) "delitos estructuralmente homogéneos" (aquellos que, idénticos en la estructura aunque eventualmente diferentes en la forma de manifestación, ofenden el precepto de una misma norma incriminadora); II) "delitos objetivamente homogéneos" (hechos delictivos que, aun realizando tipos legales diversos, presentan afinidad de notas esenciales, particularmente en lo que concierne a la materialidad objetiva en que se concretan); y III) "delitos subjetivamente homogéneos" (hechos delictivos que, aun realizando tipos legales diversos, presentan afinidad de notas esenciales en lo que concierne al impulso criminal del que concretamente han derivado).

En el apartado tercero se estudian los efectos jurídicos de los delitos de la misma índole, con lo que el autor pretende dar la adecuada respuesta a la tercera de las preguntas formuladas en el prólogo de su obra. Como punto de partida se elige aquí la observación previa de que, a pesar de la multiplicidad de aplicaciones que encuentra la disciplina de los delitos de la misma índole en el ordenamiento jurídico-penal, todas ellas ofrecen la nota común de determinar siempre una especial condición personal más desventajosa para el sujeto. A continuación se estudian detenidamente los *efectos sustanciales* de los delitos de la misma índole, que pueden ser *generales* (en relación con todos los delitos o contravenciones) o *especiales* (en relación con determinados delitos o con determinadas contravenciones), y los *efectos procesales*, regulados concretamente en diversos preceptos del Código de procedimiento criminal.

Por último, en el cuarto apartado se presentan unas sustanciosas consideraciones críticas de *ius constituendum* presididas por la fundamental exigencia de anclar los elementos conceptuales a la realidad práctica, humana y social del Derecho, analizando, desde esta perspectiva crítica, la expresión legislativa, el aspecto sintomático y los efectos jurídicos atribuidos a los delitos de la misma índole por el *ius constitutum*.

Si se recuerda que no ha perdido del todo su vigencia la afirmación vertida por ANTOLISEI, hace algunos años, de que los delitos de la misma índole "han llamado bien poco la atención de la doctrina", se caerá en la cuenta del interés que ofrece, ya de entrada, un libro como el presente, enteramente dedicado al estudio del tema.

G. R. M.

GRAVEN, Jean: «Les instructions générales du Code pénal suisse sur l'accomplissement des peines privées de liberté». Ginebra, sin fecha, 16 páginas.

Empieza el autor evocando el estado de las prisiones suizas cuando HOWARD las visitó por primera vez en 1755, que con sus dormitorios aireados, con el trato humano que se daba y la obligación en ellas impuesta de trabajar, eran tan distintas de las que había visto en otros países y anunciaban la proximidad de un nuevo día en el que en Suiza estuviese el modelo de un sistema penitenciario progresivo y humano.

No es de extrañar que si un cantón establecía el sistema panóptico de BENTHAM, otro estableciese el celular y otro en 1885 el progresivo, que obtiene tan completa aquiescencia y se extiende de tal manera que puede decirse que llega

a ser el sistema suizo; por último, en 1888 se inicia la creación de establecimientos penitenciarios agrícolas.

Este sistema cantonal es sustituido por uno general, establecido por el Código Penal que entra en vigor en 1942. El Código sólo establece los principios generales del sistema, dejando lo demás a los cantones. Es reformador, pero no revolucionario. El delito y la pena son las bases del sistema, pero ésta no se basa sólo en la expiación; la prevención, la defensa social y la readaptación del delincuente son también sus fines.

El legislador suizo distingue delincuentes adultos, adolescentes y menores, con diverso tratamiento penal. Para los adultos responsables establece un sistema de penas —reclusión, prisión y arresto— y medidas de seguridad privativas de libertad —internamiento de delincuentes habituales, segregación y casa de trabajo— que no se distinguen esencialmente, salvo en que la duración de aquéllas se determina a priori y la de éstas no y en el distinto lugar de su cumplimiento, pues aunque las medidas se cumplan alguna vez en grandes establecimientos en que también lo son las penas, el régimen, alimentación, vestidos, etc., son también distintos.

El sistema progresivo aplicado, salvo para las penas de arresto por su corta duración y el internamiento en casas de trabajo o de desintoxicación por su naturaleza, consta de tres períodos, el celular, de tres meses como plazo tipo; el segundo, en el que el régimen a que se somete al recluso va mejorando según los méritos que éste contrae con el sistema de educación al trabajo y por el trabajo, no satisfaciéndosele el jornal por él ejecutado, pero sí una cantidad para la formación de su intocable peculio para su salida, mostrándose el autor partidario de que se realice en colonias a la vez agrícolas y artesanas, y, por fin, la tercera etapa, de liberación condicional.

La educación moral y general en sus formas más diversas es, junto con el trabajo, la gran palanca empleada para lograr los fines propuestos. El legislador suizo asegura la asistencia al servicio divino de los reclusos y la existencia de bibliotecas para ellos. En los grandes establecimientos se realizan cursos de arte, conferencias y conciertos, formando los reclusos masas corales. El desarrollo del cuerpo está asegurado por la existencia de gimnasios y la práctica de determinados deportes. El alcohol está, en general, prohibido, aunque su uso se autorice en determinadas circunstancias de fiestas, recogida de cosechas, etc.

El final de la pena es la liberación condicional, que acuerda la autoridad cantonal, sometiéndose al liberado, en la mayoría de los casos, a un patronato que no es oficial ejercido por funcionarios, sino privado ejercido por particulares, de gran tradición en Suiza. La revocación de la liberación, en su caso, también la acuerda la autoridad cantonal. Al final de este período se acuerda la liberación definitiva, y pasado un cierto número de años de buena conducta puede acordarse la rehabilitación y la radiación de los ficheros de antecedentes penales.

Este es el precioso opúsculo en que el profesor GRAVEN, cuyas obras son de lectura habitual en España, expone en forma clara y sintética los principios del sistema penitenciario suizo, como había anunciado en el título.

HENTIG, Hans Von, Profesor de Criminología en la Universidad de Bonn: «Estudios de Psicología Criminal». Tomo IV, «El Chantaje». Traducción castellana y notas de José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valladolid. Espasa-Calpe, S. A. Madrid 1961, 326 páginas

El cuarto tomo de los "Estudios de Psicología Criminal", del ilustre profesor de la Universidad de Bonn HANS VON HENTIG, que traducido y anotado por el catedrático de la Universidad de Valladolid profesor RODRÍGUEZ DEVESA nos ofrece ahora la Editorial Espasa-Calpe, constituye una completa y documentada monografía dedicada al estudio del delito de chantaje desde el punto de vista de la psicología criminal.

El contenido del estudio y los fines de la investigación están magníficamente definidos por el autor en los dos siguientes párrafos del prólogo:

"La *amenaza*, característica del tipo en la extorsión, se remonta, partiendo del delito básico, a sucesos anteriores. Llama en la montaña cerrada donde descansan los secretos, pidiéndole que se abra y deje en libertad a los incógnitos cautivos. La esfera puesta al descubierto por las manos del chantajista es la de los viejos fantasmas familiares, la de los pecados ocultos y la de la callada doble vida...

El problema capital lo constituye el chantajista profesional, no el torpe aficionado que comparece ante el tribunal por no haber podido probar la burda y ruidosa inculpación. La presente investigación ha ido en pos de las astutas argucias doquiera se encontraban, en todos los países y en todos los tiempos, y también bajo cualquier disfraz"; por eso, con razón, añade que del chantaje se ha escrito mucho, pero que el chantajista ha permanecido siempre en las sombras.

Consta el trabajo de diez capítulos, que, respectivamente, tratan: del contenido y posición cultural del delito, de las esferas criminales marginales de la extorsión, de la técnica del chantaje, de la extorsión mediante el secuestro de personas, de la amenaza, del lugar y tiempo de la acción extorsionadora, del chantajista, del autor principal y partícipes del delito, de las víctimas y del botín.

Como cuestiones básicas de la problemática del chantaje examina las referentes a la denominación del delito, para lo cual el alemán es extraordinariamente pobre en expresiones, hasta el punto de que ha tenido que tomar prestada la palabra "chantaje"; y la conveniencia de una mayor punición del delito, con lo que, en apariencia, por medio de la sanción se cometerían menos chantajes; pero estima el autor que esto no es así, ya que los que mantienen la opinión contraria no tienen en cuenta el complicado efecto recíproco que discurre entre el chantajista y el extorsionado. Finaliza este primer capítulo con una breve exposición histórica, seguida de un detenido y profundo estudio estadístico.

El delito de chantaje, dada la tirantez que se produce entre su autor y la víctima, con gran frecuencia da lugar a la producción de otros delitos estrechamente relacionados con él. De aquí que el autor dedique el segundo de los capítulos que componen la obra a examinar con especial atención las que denomina "esferas criminales marginales de la extorsión". Estos delitos que suelen cometerse como consecuencia del chantaje, los clasifica en tres grupos: en el primero, es eliminado el chantajista; en el segundo, la eliminada es la víctima, a la que

el chantajista hace morir o acaba suicidándose; finalmente, la extorsión continuada puede obligar a las víctimas a proporcionarse más dinero para satisfacer las cada vez mayores exigencias del chantajista, el que obtiene mediante la comisión de delitos contra la propiedad.

Al ocuparse de la técnica del chantaje, encuentra su fundamento en el hecho de colocarse el autor en una posición más fuerte que la de la víctima, ya que de otra manera la amenaza no surtiría efecto. Las direcciones de la amenaza las clasifica así:

- a) Situación comprometida en la esfera política.
- b) Descubrimiento de secretos de negocios.
- c) Revelación de acciones punibles, y
- d) Descubrimiento de la esfera sexual.

Como medios de amenaza señala: el contrato verbal, las cartas, la conversación telefónica, las novelas con clave y la prensa.

Merece ser destacado el detenido y original estudio del chantajista, que constituye el contenido del capítulo VII.

Complementan la obra unas atinadas notas del profesor RODRÍGUEZ DEVEZA, que aclaran el texto y lo ponen en relación con el Derecho español, transcribiendo, cuando es necesario, las correspondientes disposiciones legales alemanas e españolas. La traducción, tan perfecta y cuidada como en los tres anteriormente publicados tomos de este trabajo, lo que hace agradable la lectura de esta obra, que recomendamos por su extraordinario interés.

CÉSAR CAMARGO HERNÁNDEZ

MIDDENDORFF: «Sociología del delito». Traducción de José María Rodríguez Devesa, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid. Editorial Revista de Occidente, Madrid 1961, 397 págs.

El mundo atraviesa, en nuestros días, una época de tránsito y de cambio que abarca todos los ámbitos de la vida, y a este proceso de transformación no se han adaptado las diferentes ciencias con la misma prontitud, siendo, a juicio de WOLF MIDDENDORFF, la del Derecho, y principalmente la del Derecho penal, la que en muchos países ha quedado retrasada y anticuada. Por ello considera necesario encontrar los remedios que pongan fin a esta situación y, como tales, señala:

- a) Examinar qué valores pueden admitirse del pasado para que sirvan de sillares a los cimientos del mañana, y
- b) Acudir a las Ciencias naturales, a cuyo campo pertenecen la Criminología y la Sociología.

Constituye el fin del trabajo procurar una mayor unión entre la Criminología y la Sociología y entre la Ciencia del Viejo y del Nuevo Mundo.

Al "Prólogo", del que acabamos de ocuparnos, siguen las tres partes en que se divide el estudio: la primera, está dedicada al examen de los "Fundamentos" (concepto del delito en la Criminología y en la Sociología, el delito a través de los tiempos y el delito en el Derecho comparado); está constituido el contenido de la segunda parte por una completa exposición y estudio sociológico del "de-

lito en nuestro tiempo", a cuyo efecto clasifica las infracciones de tipo penal en cuatro grandes grupos: delitos de enriquecimiento, delitos de tráfico, delitos contra el cuerpo y la vida y delitos contra la honestidad. El estudio de los "Grupos sociológicos" constituye el objeto de la tercera y última parte.

Merece ser destacada la definición de tipo sociológico-jurídico del delito a que llega MIDDENDORFF, como resultado de su profunda y detenida investigación. "Delito es la conducta de un ser humano responsable castigada con una pena por el respectivo Estado, considerada al mismo tiempo por el pueblo en general como inmoral y que representa siempre un conflicto social dentro de la comunidad de que se trate."

Finaliza la obra con lo que el autor denomina "Consideración final", de la que transcribiremos algunos párrafos, ya que en ellos se encuentra resumido su pensamiento.

Si se quisiera dar un resumen de lo anteriormente expuesto, nada mejor que usar para ello las palabras de Radbruch en su Filosofía del Derecho: ¿Es tan grande... la diferencia entre lo justo y lo injusto?"; o bien estas otras palabras, también suyas: "Así está la clase del Derecho necesariamente determinada por el injusto, y el derecho, como un bien relativo en el mejor de los casos, está indisolublemente entretelado con el injusto en una esfera de común pecaminosidad. Dicho de otra manera: los hechos y resultados de la investigación sociológica y criminológica, así como los datos históricos y del Derecho comparado confirman el relativismo jurídico-filosófico elaborado y definido por Radbruch, lo cual, ciertamente, excluye una fundamentación filosófica de las últimas tomas de posición, pero no una valoración personal, y no debe conducir a una *doctrina de la desesferación*".

"En estas circunstancias no es posible hoy una fundamentación del Derecho penal, generalmente vinculante e inequívocamente moral y metafísica. El Código penal tiene que dejar un amplio margen a una multitud de concepciones, rige para los habitantes de un determinado territorio, no para los individuos que profesan una determinada fe. Además, sería peligroso para la autoridad de la Justicia y del Derecho penal el que, v. gr., la obstinación en el mantener viejas ideas morales, a menudo rigurosas, abriera un abismo entre los representantes de viejo Derecho y aquellos *sometidos al Derecho*, que pura y simplemente no pueden comprender ya esos principios y concepciones."

"Por ello no puede atribuirse al Derecho penal por hoy, y hasta que no cambien las circunstancias, más que una especie de función ordenadora, consistente en la defensa contra peligros, la resocialización o, si es necesario, el aislamiento de los delincuentes peligrosos..."

La traducción del profesor Rodríguez Devesa, que tan meritoria labor científica y de difusión está realizando al poner al alcance de todos los estudiantes de habla española los más recientes estudios publicados en lengua alemana, tan cuidada y exacta como en las numerosas obras por él vertidas al más puro castellano.

PALLADINO, Alfonso: «*Introduzione allo studio della pena*». Editorial A. Giuffrè. Milano 1959, 86 págs.

La presente monografía constituye una exposición, sencilla y clara, de los diversos modos de entender y justificar la pena, y, en consecuencia, las razones del derecho de punir. Es, en definitiva, una descripción del pórtico en el que se ha de enclavar la controvertida cuestión acerca de la naturaleza y esencia de la pena.

Para el autor, el derecho subjetivo de punir se concreta en el derecho del Estado de aplicar al transgresor de la norma penal la sanción correspondiente, de acuerdo con PETROCELLI. Ha de entenderse, por tanto, como poder y sujeción, como facultad y como obligación, como derecho y como deber. Dicha noción, a su juicio, se encuentra fundada en la identidad lógica de Estado y derecho.

En base a la anterior premisa estudia ALFONSO PALLADINO, muy sucintamente, las diversas tesis sostenidas en la Edad Antigua, Media, Iluminismo, Escuela Clásica, Positiva, etc. El autor pasa breve revista a los diferentes autores, verificando una serie de consideraciones críticas de difícil sistematización, pero que se mueven, en última instancia, dentro del mismo cauce que su concepción de la pena.

En el último capítulo de la obra se plantea el tema del concepto y caracteres de la pena en el derecho positivo italiano vigente. Estima PALLADINO que el principio informador de la pena es, a la vista de dicho cuerpo legal, una síntesis del principio de la retribución pura y de su opuesto la defensa social pura. En consecuencia, dice más adelante, el sistema punitivo italiano tiende a mantener *ambos* criterios, siendo consecuente con la tradición científica, conforme vino puntualizando en páginas anteriores.

En el título destinado a las conclusiones acepta en principio la distinción, en la contemplación del problema, según se estudie desde el punto de vista de los fines que se proponga el legislador al estudiar las penas para los delitos (aspecto moral, o sea de la actuación del bien colectivo e individual conjuntamente), o, por el contrario, se acepte el mero planteamiento de "qué cosa sea la pena".

A su juicio, cabe afirmar que la pena es *reacción negativa de la voluntad a una determinada situación de hecho*. Cualquiera otra definición es, según PALLADINO, insuficiente para resolver la antinomia entre doctrinas morales y utilitarias, de acuerdo con el diseño que ha venido haciendo en su obra. PALLADINO afirma que ambos criterios no se excluyen, sino que más bien se implican en momentos sucesivos, de los que uno es la superación del otro.

M. C.

PISANI, Mari: «*La tutela penale delle prove formate nel processo*». Milano. Giuffrè, 1959. Un volumen de 255 págs.

El autor de este libro trata en el mismo los delitos del capítulo primero, título tercero, libro segundo del Código Penal italiano, y en él, se adentra en las consecuencias penales que pueden plantearse al desenvolverse procesalmente la prueba, moviéndose en campos en que se entrecruzan problemas jurídicos correspondientes a distintas ramas del Derecho. Los problemas de la prueba considerados

en la perspectiva de la protección penal, contribuyen a aclarar bastantes aspectos de la estructura de los medios de prueba, y en el estudio que PISANI realiza se analizan, sucesivamente, los problemas típicamente procesales, al mismo tiempo que las posibles infracciones penales que pueden perpetrarse en la práctica de la prueba. En este sentido se estudia la investigación de la verdad en el proceso, y su protección jurídica, el juramento, su naturaleza jurídica y la confesión, los indicios y la prueba indirecta, el testimonio, la pericia, y lo que califica de interpretación probatoria, y, por fin, las excusas absolutorias y causas de justificación, en relación a los delitos que puedan cometerse en el curso de la fase probatoria del proceso.

Los temas enunciados se analizan a la luz del Proceso civil y el penal, y su investigación de Derecho Procesal Penal, recibe el impacto del Derecho Penal Procesal, como Derecho Penal del Proceso en general, que ya CARNELUTTI en su "Sistema" había enunciado, y al que siguió una tentativa de BOCARELLE en su libro "La tutela penal del Proceso".

Es indudable que la mayor parte de las disposiciones del libro segundo, título tercero, del Código Penal italiano, son normas que sancionan con penas las reglas del juego procesal, cuando desbordan determinados límites. y el autor del libro simultanea cuestiones de Derecho Procesal con otras de Derecho Penal sustantivo, sin duda porque resulta muy difícil hacer un estudio exclusivo de los tipos penales del título de referencia, sin enfrentarse con las cuestiones procesales que plantea.

V. S. M.

PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA: Universidad de Valladolid, 1961; 501 págs.

No sería propio de este lugar del ANUARIO el dar noticia de la celebración de unas jornadas de estudio sobre un tema penal, pero sí lo es el darla, aunque necesariamente sucinta, de una obra que recoge las ponencias que le sirvieron de base, cuando algunas de ellas son verdaderamente monográficas, cuyo conocimiento puede interesar a sus lectores.

Abre la lista de ellas la de RODRÍGUEZ DEVESA sobre *Derecho Penal Militar y Derecho Penal Común*, que empieza puntualizando la terminología a emplear examinando la contraposición Derecho Penal Común y Especial, y las denominaciones de Derecho Penal de Excepción, Derecho Penal Corporativo y Derecho Penal Disciplinario. Al plantear la cuestión de las relaciones en el plano teórico de ambos derechos penales, común y militar, rechaza el concepto de sustantividad aplicado a la determinación del último.

El derecho positivo lo estudia: en los principios consignados por igual en los Códigos Común y Militar en que se expresan; en las fuentes, planteándose la duda que ofrece la existencia de los bandos de guerra: en el concepto de delito igual en ambos Códigos, pese a que el militar no emplee en su descripción la palabra voluntaria, radicando la particularidad del delito militar en ser el Ejército sujeto pasivo de él; y en las consecuencias jurídicas del delito, penas respecto a las que no hay diferencias esenciales entre las establecidas en ambos

cuerpos legales, medidas de seguridad inexistentes en la Ley Penal Militar y responsabilidad civil dimanante de delito basada en ambos cuerpos legales en idénticos principios.

La diferencia entre derecho penal común y militar está sólo en el diverso sustratum criminológico sobre el que todo derecho penal se construye y en la diversa formulación técnica de los actos reprobados descritos en ambas leyes.

Después de esta primera gran parte de la obra las ponencias de VÁZQUEZ DE PRADA sobre *Las causas excluyentes de la responsabilidad criminal en el Derecho Penal Militar*, de PÁRAMO y CÁNOVAS sobre *Las causas de justificación en el Derecho Penal Militar* y de RUBIO TARDÍO sobre *Las causas de exclusión de la culpabilidad en el Derecho Penal Militar*, así como la del doctor FERNÁNDEZ MARCOS sobre *las enfermedades mentales en el Derecho Penal Militar desde el punto de vista psiquiátrico*, cuyos títulos dan idea de su contenido y hacen superflua una noticia más detallada.

La segunda de las dos grandes partes de este trabajo, la dedicada a las ponencias sobre el derecho de la guerra, empieza con la de HERRERO RUBIO sobre *El Derecho clásico de la guerra*, que es como la evocación histórica de él, estudiándolo en la antigüedad clásica, en la teología clásica: Santo Tomás, Victoria Suárez, etc., y en la época de la diplomacia clásica.

Continúa con la de PASTOR RIDRUEJO sobre *El derecho actual de la guerra y sus perspectivas*, que es como una teoría o parte general de la materia en la que se estudia su validez ética, jurídica y sociológica, y en una perfecta diferenciación el "ius ad bellum" del "ius in bello", haciendo historia del desarrollo del último y poniendo de relieve el haber sido generalmente cumplido en las últimas contiendas, así como la insuficiencia de su regulación.

El estado actual de su regulación es materia de monografías o ponencias especializadas.

La de DE NO LOUIS, sobre *El Derecho actual de la guerra terrestre*, en la que este prestigioso autor trata de la exigencia, no siempre cumplida, de la declaración del estado de guerra, de los efectos del estado de guerra, en el que entran a cumplir su finalidad las normas del Derecho internacional de guerra contenido en convenios y reglamentaciones internacionales que enumera.

De mayor interés, desde el punto de vista penal, son el examen hecho a continuación de quiénes son legítimos beligerantes, con especial consideración de quiénes han de considerarse y qué trato ha de darse a espías, guías y traidores, el de la limitación de las hostilidades o, mejor, de los medios empleados en ellas, medios bárbaros como los gases asfixiantes y pérfidos como el uso del uniforme del enemigo, y el estudio según los textos de los convenios para la protección de los heridos y enfermos de las fuerzas en campaña, de los prisioneros de guerra, de las personas civiles y de los bienes culturales.

Aún sigue esta exhaustiva ponencia-monografía, casi un tratado, con las consecuencias jurídicas del hecho de la ocupación de un territorio enemigo, con consideraciones sobre las represalias y la neutralidad, para terminar con las consecuencias de la vuelta a la paz como fin de las hostilidades.

DE AZCÁRRAGA trata o presenta ponencia sobre *El derecho actual de la guerra marítima*; en ella, tras de unas nociones generales sobre esta guerra, hace la historia detallada de su regulación, trata de quiénes son beligerantes, de

sus derechos y deberes, y de los actos unilaterales que entrañan beligerancia, de esta guerra en relación con la propiedad del estado beligerante y la de sus súbditos, con especial referencia al derecho de captura y a los Tribunales de presas, de la neutralidad, del bloqueo y del contrabando de guerra.

Finalmente, la de TAPIA SALINAS, sobre *El estado actual de la guerra aérea*, en la que el autor, nuestro valor internacional en derecho aéreo, trata con maestría los apasionantes problemas de esta clase de guerra: su legitimidad y carácter ilimitado, reglamentación, elementos materiales, condición jurídica del personal, regulación de sus medios y los nuevos problemas que plantea como guerra espacial, bases aéreas en el extranjero, puentes aéreos, espionaje y piratería aérea, articulando en conclusiones finales el resultado de su exposición.

Hay una relación de comunicaciones presentadas que no se transcriben en la obra, pero en sus líneas esenciales recogen los ponentes en su exposición.

Es, pues, la obra el exponente de la loable actividad de una minoría seleccionada de los prestigiosos cuerpos jurídico-militares.

D. T. C.

RODRIGUEZ NAVARRO, Manuel: «Doctrina penal del Tribunal Supremo, segunda edición. Tres tomos. Editorial Aguilar. Madrid, 1959-60.

La segunda edición de la recopilación de sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo oirece todavía mayor interés, en atención a que se ha sistematizado la doctrina en un rigor más técnico. Rinde con ello tributo a la construcción dogmático-técnica de nuestra disciplina; facilita la eficacia, los puntos de vista de la jurisprudencia en concretos aspectos del pensar penal; enlaza, con mejor sentido, la interna problemática que aparece un cuerpo de sentencias, dictadas con vistas a la justicia y a la equidad, pero a la par conservando, hasta donde no contradiga los dictados justos, la línea interpretativa de la teoría general y especial. Como prenda de este argumento, recuérdese la maciza y siempre constante decisión sobre el artículo 565 (caso de culpa).

Por si fuera poco lo anteriormente apuntado, no debe olvidarse que el autor, entregado a una ímproba tarea de selección recopilativa, ha tenido bien presente los fallos recientemente dictados, como las orientaciones de la doctrina científica, con cuyo expediente acomete la tarea de sistematización en los tres tomos. Merece, pues, plácemes, por todos conceptos, por el servicio que rinde a la teoría y a la práctica al poner en manos de los cultivadores de esta materia el caudal inabarcable que supone la jurisprudencia penal.

J. DEL R.

NUÑEZ, Ricardo C.: «Derecho penal argentino. Parte general. Tomo II. Bibliográfica Omeba. Buenos Aires, 1960; 654 págs.

La Parte General del Derecho penal está tan trabajada a la hora actual, tan atormentada, pudiéramos decir, que apenas si cabe exhibir sobre semejante tema otra cosa que claridad y exactitud en la exposición, lo que no es poco, cierta-

mente, vistos el confusionismo y pedantería reinantes a un lado y otro del Atlántico. Del de allá nos llega, prestigiada por la firma de RICARDO C. NÚÑEZ, este segundo volumen de la Parte General, dedicado a cuestiones tan capitales como las de *Culpabilidad*, *Punibilidad*, *Concurso*, *Participación criminal* y *Pena*. En todas ellas destacan las dotes aludidas de claridad y de exactitud, a las que hay que añadir una constante preocupación por la dogmática, ceñida a la circunstancia legal y jurisprudencial de su país, sin perderse en fáciles lucubraciones teóricas que sólo son aducidas cuando se acreditan necesarias o útiles. Con lo que el profesor NÚÑEZ prosigue el camino iniciado felizmente por su gran maestro S. SOLER y del que dió ya cumplida muestra en su anterior estudio monográfico *La culpabilidad en el Código penal* (de 1946). Tal tema, crucial, como es sabido, en el Derecho penal, constituye asimismo la parte más interesante del Tratado que hoy se reseña, pues de un verdadero Tratado hay que hablar, aunque tal nombre se omita. Considera bases dogmáticas para la estructura de la culpabilidad en el Código argentino, las nociones de imputabilidad, las causas de inimputabilidad, el dolo, la culpa y las causas de inculpabilidad, que estudia por este orden. La imputabilidad como presupuesto para la existencia del dolo o de la culpa, y éstos como núcleo a la vez que como especies de la propia culpabilidad. Define ésta como *el modo de comportamiento psíquico del autor del delito que fundamenta su responsabilidad penal desde el punto de vista personal y que está subordinado a su capacidad, a su saber y a su libertad de determinación*. Tal declaración no ha de valorarse como una profesión de fe psicologista ni como un repudio del normativismo, sino como la contemplación de una realidad legal conforme al derecho vigente, en que la no exigibilidad no opera como regla general de inculpabilidad, sino en coyunturas concretas en que se reconoce la prevalencia de un determinado interés sobre otro. Ve en el finalismo welzeliano una exacerbada concepción del normativismo, en cuanto que pone el acento de la culpabilidad en el reproche, pero entendido a modo de valoración de un contenido psíquico que a su vez se enquista en la acción y no en la culpabilidad misma, como sucede en el normativismo originario.

Sobre estas premisas generales, el doctor NÚÑEZ se adentra a definir el dolo como *la intención de cometer el delito o, por lo menos, la indiferencia de cometerlo frente a su representación como probable*. Doble noción que, según él, se corresponde a dos grados extremos de lo doloso, presuponiendo ambos, empero, la comprensión de la criminalidad del hecho. Una muy interesante observación es la de la instantaneidad del dolo, denegando la realidad del *antecedens* y del *subsequens*, citando en apoyo de tal tesis una muy interesante sentencia de nuestro Tribunal Supremo (de 19-XII-1947).

En materia de culpa, y siempre siguiendo la tónica legal argentina, considera fundamental la previsibilidad del daño, en una perspectiva de acción omisiva, es decir, de omisión de cuidado, bajo las cuatro formas de *negligencia*, *imprudencia*, *impericia* e *inobservancia de reglamentos*, de difícil adecuación a nuestra dogmática.

La faceta negativa de la culpabilidad, esto es, las causas de inculpabilidad, da lugar a un acucioso estudio del error y la ignorancia, en íntima relación con las diversas *aberraciones*, sin olvidar la del delito putativo. Como causas de inculpa-

bilidad figuran, asimismo, las de coacción en sus dos formas, de fuerza física y violencia moral.

No puede dejar de citarse, aun en el estrecho margen de una reseña, el tratamiento verdaderamente magistral del siempre dificultoso e ingrato tema del delito continuado, que como el de concurso de delitos en general, es quizá el más notable del volumen (capítulo IX).

ANTONIO QUINFANO RIPOLLÉS

ROSAL, J. del: «Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo. Editorial Aguilar. Biblioteca de Ciencias Penales. Volumen I. Madrid, 1961; 379 págs.

El presente tomo constituye el volumen con el que se inaugura, bajo los auspicios de la Editorial Aguilar, una Biblioteca de Ciencias Penales, cuya dirección fué encomendada al profesor DEL ROSAL.

El profesor DEL ROSAL reúne en esta obra hasta 38 comentarios sobre otros tantos puntos de la más reciente doctrina penal del Tribunal Supremo. Las sentencias de la Sala Segunda de nuestro más alto tribunal, sobre las que monta sus comentarios el autor, fueron cuidadosamente elegidas. Todos los fallos comentados presentan, por la delicadeza de las cuestiones debatidas, un alto valor doctrinal, de suerte que la totalidad de la obra ofrece una panorámica llena de interés, tanto para el investigador como para el profesional. Es suficiente recordar aquí algunas de las materias tratadas: Del caso fortuito incompleto; del concurso delictivo; del delito complejo; de la progresión criminal y otros problemas; de la responsabilidad civil subsidiaria y de la medición de la pena; del concepto de estado de necesidad; sobre la codeincuencia culposa; de la profesionalidad en la culpa penal; de la relación de causalidad y del "versari in re illicita"; frustración y tentativa imposible de homicidio; del elemento subjetivo en la determinación entre homicidio y lesiones; del concepto penal de aborto; de las injurias; alevosía, atenuante análoga y encubrimiento en el delito de robo con homicidio; del delito continuado de usura; de la responsabilidad médica, etcétera, etc. La simple lectura de estos títulos nos da la justa medida del interés que encierran los comentarios del profesor DEL ROSAL.

Por la variedad de las materias tratadas resulta imposible hacer, dentro de los escuetos límites de esta nota, una descripción, siquiera fuese somera, del contenido de la obra. Sin embargo, no quisiéramos renunciar a poner de relieve lo que la publicación de estos comentarios representa dentro de la literatura jurídicopenal española. La obra, que carece, entre nosotros, de precedentes, si se exceptúa el volumen que publicó el propio profesor DEL ROSAL en el año 1952, es, a nuestro entender, índice de una madurez dogmática de la que carecía nuestra patria hasta hace poco.

Durante el curso 1942-43, el profesor DEL ROSAL, en estudio sumamente interesante (*Reflexiones sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal*), diseñaba, con trazos firmes, aquella especie de nefasto monroísmo que durante largo tiempo achacó a nuestra disciplina, sumergiéndola en una dolorosa crisis: La parte general para los técnicos y la parte especial para los profesionales. Pero

conviene recordar que detrás de la delimitación entre parte general y parte especial se escondía otra delimitación de más hondo calaje: La teoría general para los técnicos y los problemas concretos que plantea en la práctica el enjuiciamiento de un caso particular, para los profesionales. Las cosas así, el enjuiciamiento jurídicopenal del hecho humano hizose —como subraya el profesor DEL ROSAL— o bien con las cortas entendederas de un puro criterio empírico, o bien con medios técnicos de suyo ineficaces.

Este aislacionismo entre lo teórico y lo práctico, entre el jurista técnico y el profesional, se dejó sentir en mayor medida, si cabe, en nuestra patria, donde el despertar de las inquietudes por los problemas de una teoría general del delito trajo como consecuencia inevitable el trasplante de doctrinas nacidas al calor de otros Derechos positivos. El trasplante era inevitable porque había que llenar muchos vacíos, pero estaba lleno de peligros, como advirtió certeramente, en más de una ocasión, el profesor RODRÍGUEZ MUÑOZ. Por de pronto, una consecuencia bien visible fué que el Tribunal Supremo, obligado a montar sus consideraciones sobre nuestro vetusto Código Penal, no pudo seguir, de buenas a primeras, la marcha demasiado acelerada de los teóricos. Por un lado, los técnicos se afanaban en afinar la arquitectura de su teoría general y, por otro, la jurisprudencia quedaba en manos de los prácticos, que la utilizaban, sin plantearse, por supuesto, demasiados problemas doctrinales, para invocar en los casos similares.

Evidentemente, las cosas han cambiado en los últimos años. No deja de ser significativo que un hombre como el profesor DEL ROSAL, que posee una exquisita formación teórica, con largos años de discipulado en Universidades extranjeras, se sienta atraído y preocupado por la doctrina que se viene explanando en los fallos más recientes del Tribunal Supremo, y tampoco deja de ser menos significativo que las sentencias de nuestro más alto tribunal den pie para hacer unos comentarios de la altura científica que poseen los de la obra que reseñamos. Y, efectivamente, no hay quien no advierta el cambio. Por una parte, los juristas técnico, a la hora de construir su teoría general, comenzaron por tener muy en cuenta las exigencias del *ius positum*. Buena muestra de ello es la última exposición general del profesor DEL ROSAL (*Derecho Penal Español*, Madrid, 1960), en la que, aun dando puntual noticia de las diversas doctrinas avanzadas en torno a cualquier problema, se acepta, a la postre, aquella que resiste “la prueba” de nuestro Derecho positivo. Este “tener en cuenta” el *ius positum* por parte de los profesores, hizo posible que el Tribunal Supremo fuese incorporando a su acervo doctrinal —en la medida en que le está permitido— las aportaciones teóricas. También bajo este aspecto el cambio es patente y no puede pasar desapercibido a nadie. Basta leer una sentencia anterior a los años treinta y otra reciente, sobre el mismo problema, para comprobar que el Tribunal Supremo habla ahora un lenguaje distinto.

Los *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, que publica ahora el profesor DEL ROSAL, tienen, para nosotros, precisamente este alto significado. Son el fruto de una madurez dogmática adquirida aún poco ha. Suponen un mentís rotundo a aquel divorcio entre la teoría y la práctica, que asoló durante muchos años a nuestra disciplina. Implican la plena consciencia de que los Tribunales y los profesores se encuentran, unos a la par de los otros, en un mismo camino, que es el del Derecho positivo. Representan justamente el reverso de aquel mutuo igno-

rarse del jurista técnico y del profesional. El propio profesor DEL ROSAL, maestro desde hace muchos años de la Universidad española, es al mismo tiempo un profesional del Derecho, con una larga y fecunda experiencia de la abogacía. No hay ninguna "fractura" entre el "profesor" y el "profesional", sino una armoniosa continuidad. Nadie que lea la obra sabrá decir, a la vista de cualquier comentario, dónde acaba el profesor y dónde comienza el profesional. En este sentido, la publicación del profesor DEL ROSAL representa una síntesis, cuyo difícil logro hay que estimar como una valiosa y muy significativa aportación a la literatura jurídicopenal española. Por lo demás, resulta bien fácil augurarle una favorabilísima acogida.

G. R. M.

SECHI, Luigi: Diritto penale e processuale finanziario, cuarta edición, completamente revisada. Milano, 1960, Dott. A. Giuffré, editore; 306 págs.

Hacia el Derecho punitivo financiero se dirige hoy la atención de los estudiosos del Derecho, de los políticos, de los economistas y de los mismos contribuyentes. El ideal de la justicia impositiva se piensa que puede lograrse a través de un adecuado mecanismo sancionatorio con objeto de que obteniendo el cumplimiento de todos a las normas tributarias pueda llegar el día en que la carga impositiva aparezca distribuida con arreglo a la capacidad económica de cada individuo. Y es la literatura italiana la que un mayor florecimiento presenta en este campo.

La Editorial Giuffré nos ofrece una cuarta edición, con el título de "Diritto penale e processuale finanziario", de la obra de LUIGI SECHI. Esta edición, aumentada y puesta al día, después de una cuidadosa revisión general, intenta obtener una construcción dogmática más armónicamente organizada en sus partes.

Ha conservado el esquema ordinario, si bien se han añadido algunas otras nociones y elementos que permitan el conocimiento de las relaciones y de los institutos del Derecho financiero y se han destacado los principios generales que, sobre la base de su disciplina positiva y particular, gobiernan estas relaciones e institutos.

Sa ha considerado oportuno dar el significado de los principales vocablos peculiares en Derecho financiero y llamar la atención sobre las fuentes utilizables, las noticias y conceptos usados en la historia, la doctrina y la jurisprudencia.

Como en ediciones anteriores, mantiene el autor un apéndice con la "Legislación" y las "Circulares", sistema éste digno de encomio en cuanto facilita la consulta del Derecho positivo en un campo, como el tributario, especialmente frondoso.

Así, pues, la obra sigue teniendo una parte dedicada al texto (185 páginas) y otra dedicada al apéndice (páginas 185 a 306).

Concretando nuestro comentario al contenido de lo que propiamente es obra de SECHI, se distinguen perfectamente —de acuerdo con el título de la obra— dos partes: una primera que gira bajo la rúbrica "Derecho penal financiero", y otra segunda bajo el epigrafe "Derecho procesal financiero".

Interesa contrastar la expresión utilizada por SECCI de "Derecho penal financiero", con la que viene utilizando nuestra *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública* en su Crónica de Jurisprudencia: Derecho financiero penal. Indudablemente la alteración de orden es reveladora de un distinto criterio acerca de la naturaleza jurídica de esta rama del Derecho. En la postura de SECCI se alzaprima lo penal, y el Derecho punitivo fiscal buscará los principios informantes en el Derecho penal común. Conforme a la denominación empleada por la Revista española parece que se da preponderancia a lo financiero y que, por tanto, se considera rama del Derecho financiero, y no del penal, la materia que nos ocupa. El autor italiano es contundente al respecto: El ordenamiento sistemático de estas normas, que teniendo caracteres diversos se refieren a un interés de índole sustancial (condición esencial de existencia de la convivencia social) o a un interés de orden formal (salvaguarda de la Administración), ha determinado la *germinación del vetusto tronco del Derecho penal de una nueva rama de éste*: el "Derecho penal financiero", constituido por el conjunto de normas punitivas establecidas para asegurar el cumplimiento por parte de cuantos vienen compelidos jurídicamente a concurrir a la satisfacción de los gastos públicos. Trátase de normas —añade—, que por la índole peculiar de la materia y la limitación de su esfera de acción, no encuentran directo encaje en el Derecho penal común y que se dividen en dos campos distintos: uno, penal verdadero y propio (donde interviene la autoridad judicial), y otro, civil o administrativo (donde interviene la autoridad administrativa): en función entrambos del mismo Derecho y dirigidas al único fin de garantizar al Estado el propio ordenamiento jurídico financiero.

La segunda parte trata del Derecho procesal financiero. Mientras el Derecho penal financiero actúa previniendo las violaciones mediante la amenaza de sanciones, el Derecho procesal financiero trata de la constitución de los órganos destinados a aplicar la ley al caso concreto, según formalidades y reglas que constituyen el contenido de esta otra rama del Derecho.

Dedica en esta parte el autor unos capítulos a la policía tributaria y a los oficiales y agentes de la policía tributaria, que son los órganos normales de determinación de los delitos.

Es innegable el valor de la obra de SECCI, que llena plenamente su cometido de ofrecer una visión teórica y práctica de la represión de la infracción tributaria en Italia.

F. G. N.

SHABTAI, Rosenne: «6.000.000 acuser». Israel's case against Eichmann. Jerusalem post press, Jerusalem, 1961.

No terminó aún el juicio contra Eichmann cuando las prensas de Israel publicaron este libro, editado por el embajador de Israel y asesor jurídico de su Ministerio de Asuntos Exteriores, Shabtai ROSENNE, con la traducción inglesa del original hebreo del acta de acusación, primer informe del fiscal M. Gedeón

HAUSNER, excepciones de la defensa sobre competencia de jurisdicción, contestación del fiscal y decisión del Tribunal.

Cuando tantas y tantas plumas, peritas y profanas en Derecho, se han creído obligadas a tratar y aún a pontificar sobre el caso Eichmann, que en realidad es una antología de casos de Derecho internacional y de Derecho penal, desde las incidencias de la captura del acusado en tierra argentina, bueno es que el lector interesado por estos problemas tenga fácilmente a su alcance las piezas fundamentales del proceso si es que por acaso le preocupan acontecimientos capitales de la historia de la Humanidad y se siente llamado a formar criterio propio sobre los mismos.

Cual ya ocurrió con el proceso de los grandes criminales de guerra ante el Tribunal militar internacional de Nuremberg, proceso que fué ampliamente criticado y comentado, al igual que su sentencia, en muchas ocasiones sin tomarse la molestia de conocer los numerosos volúmenes que publicaron los documentos del proceso y ni siquiera el que contiene la sentencia (1), parece que está ocurriendo ahora con el proceso Eichmann.

El volumen que comentamos, según nos dice el editor en la nota previa, intenta presentar documentada respuesta a dos cuestiones fundamentales: por qué se juzga a Eichmann y con qué derecho lo juzga precisamente Israel. Realmente, estas interrogantes se habrán dibujado en la mente de millares de personas, juristas y no juristas, pues se trata del juicio en Israel durante el año 1961 de delitos cometidos en épocas diversas, pero principalmente a partir de 1941, contra personas que se encontraban en distintos países extranjeros y no tenían la nacionalidad israelí, porque el Estado de Israel no había nacido.

Por la importancia que tiene, a efectos de posible prescripción de los delitos, podemos recordar que según resulta de la declaración prestada en Nuremberg por el que fué jefe de las S. S., Dieter Wisliceny, declaración nada sospechosa de parcialidad, tres son los principales períodos que pueden señalarse en las actividades nazis contra los judíos: de 1937 a 1940 (emigración forzada), de 1940 a 1941 (concentración en campos) y de 1942 a 1944 (último y trágico período en el que fueron eliminadas innumerables personas en aquellos campos).

Mas aunque se compute el plazo de prescripción de los delitos que se enjuician desde la fecha de su comisión, aún no transcurrió, según la ley que va a aplicarse, que es la de Israel sobre castigo a los nazis y colaboradores, ley número 5.710, del año 1950, firmada por el Ministro de Justicia, Pinhas Rosen, y por el Primer Ministro, David Ben Gurion. Y en su artículo 12 establece en veinte años, contados desde la comisión del delito, el plazo de prescripción.

Constituye una pieza maestra del proceso el primer informe del fiscal, comenzado con una introducción que ningún ser humano puede leer sin estremecerse al recordar los macabros hechos que se imputan al acusado, y que han sido seriamente investigados, depurados y establecidos por una bibliografía, en buena parte conocida al menos por los que se interesan por esta cuestión. "Cuando comparezco ante vosotros, jueces de Israel, dirigiendo la acusación de Adolfo Eichmann, no estoy solo. Conmigo están—dijo el fiscal Gedeón HAUSNER—seis millones de

(1) V. especialmente "Procés des grands criminels de guerre devant le Tribunal Militaire International Nuremberg (14 novembre 1945 - 1.^{er} octobre 1946). Texte officiel en langue française. Tome XXII Débats.—Nuremberg, 1949, pág. 440 y ss.

acusadores". Se refería a aquellos cuyas cenizas quedaron en los campos de Auschwitz y Treblinka o en los bosques de Polonia. Por eso subrayó que en toda la historia humana no encontramos otro caso en el que sea posible mantener la acusación contra un hombre como en el presente, hasta el punto de que al lado de los que se van a enjuiciar palidecen los más terribles crímenes, cual los de un Nerón, un Atila o un Gengis Khan.

Se juzga aquí el crimen sin precedentes cometido por europeos en pleno siglo xx, de aniquilar a un pueblo deliberadamente, a sangre fría, y el fiscal presenta los hechos en capítulos sucesivos dedicados, principalmente, a examinar la actuación de las S. S., el S. D. y la Gestapo, el acusado, la llamada solución final del problema judío, la exterminación en Polonia, Rusia y países anexionados, países del norte y oeste de Europa, exterminio de la judería húngara y una breve descripción de lo que ocurría en los campos de concentración, sosteniendo que el acusado Eichmann es responsable del plan, iniciación, organización y ejecución de los crímenes relacionados en el informe fiscal, especialmente el conocido como "la solución final del problema judío", según probará en este proceso, en el que el acusado disfrutará de privilegios y de derechos que no concedió a una sola de sus víctimas, incluso el de nombrar defensor libremente, cuyas minutas u honorarios son de cuenta del Estado de Israel.

La acusación principal es, pues, el asesinato en masa de judíos como director de la sección IV B4 del S. D., o sea, del Servicio Principal o Dirección de Seguridad del Reich, y según una vía u orden jerárquico que iba de Hitler a Eichmann, a través de Himmelfr y Muller, todo ello según informe nada sospechoso, el del doctor Cawlik, uno de los defensores en el proceso de Nuremberg, en la sesión del 27 de agosto de 1946.

Tal es, en resumen, el principal cargo, según versión que no es de los acusadores en el juicio actual, sino de uno de los defensores, en el proceso de Nuremberg, cuyas actas y documentos fueron publicados, formando una colección de más de cuarenta volúmenes. En sus páginas e índices aparece el nombre de Eichmann y sus actuaciones numerosas veces: campos de concentración, persecución de los judíos y ejecuciones en masa, así como responsabilidad que de ellas deriva, particularmente de la llamada "Solución final" de la cuestión judía "eliminar a todo judío en Europa".

La segunda parte de la obra que reseñamos se inicia con las excepciones de la defensa sobre incompetencia de jurisdicción, incompatibilidad con el Derecho internacional de la ley número 5.710/1950, sobre castigo a los nazis y colaboradores, basándose en que infringe el principio de no retroactividad de la ley penal y en que es extraterritorial.

Finalmente la defensa alegó también la incompetencia de jurisdicción, basándose en la ilegalidad de la captura de Eichmann en Argentina y su traslado a Israel, aunque reconoció que ni el Gobierno de la República Federal Alemana ni otro alguno solicitó la extradición, y que el Derecho penal internacional ofrece precedentes desde hace más de ciento cincuenta años, que dan la impresión de que es lícito el procedimiento judicial incluso cuando el acusado ha sido capturado en el extranjero.

A este breve alegato de la defensa contestó la representación del Ministerio público con un amplio y documentado informe en el que a la luz de la doctrina

y jurisprudencia extranjera o internacional que invoca demuestra, sin desconocer los problemas jurídicos planteados por la captura y traslado del acusado, que no influyen en la jurisdicción del Tribunal, basándose principalmente en precedentes del Derecho anglosajón, por ser el que informa la legislación penal de Palestina. Así pasa revista a diversos casos de la jurisprudencia británica metropolitana y en Palestina durante el Mandato británico, y de los Estados Unidos de América, como el resuelto por el Tribunal Supremo en 1886, in re *Ker v. Illinois*, caso famoso en el que un tal Ker, acusado de robo en el Estado de Illinois, fué detenido y trasladado a California desde la capital del Perú por el funcionario del Gobierno de los Estados Unidos comisionado para obtener su extradición, y fué luego lícitamente juzgado y condenado en los Estados Unidos, cual se reiteró en los casos *United States v. Insull*, 1934; *Chandler v. United States* 1948; *Frisbie v. Collins*, 1952.

En relación con la ley israelí de 1950, el fiscal expone los precedentes y acuerdos nacionales en relación con el castigo de los crímenes contra la humanidad y criminales de guerra citando la declaración de Moscú de 1943 y los Estatutos del Tribunal Militar Internacional, la Convención europea para la protección de los Derechos del Hombre (art. 7), que permite el castigo por actos u omisiones que al tiempo de su comisión fuesen considerados como criminales según los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas y el informe de la Comisión de Derecho internacional de las Naciones Unidas sobre los principios de Derecho internacional reconocidos en el estatuto y sentencia del Tribunal de Nuremberg.

Finalmente, tras demostrar que el Derecho de Israel está de acuerdo con el Derecho internacional, el informe del fiscal se ocupa de la responsabilidad individual por los delitos internacionales y de la legislación "Ex Post Facto", citando en apoyo de su tesis doctrina y jurisprudencia internacional, como hace también a propósito de la extraterritorialidad, por cierto invocando el famoso caso del *Lotus* ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional, sentenciado en 7 de septiembre de 1927, con seis votos reservados u opiniones disidentes, calificados por DONNEDIEU DE VABRES de "imponente minoría", entre la que figuraba el profesor español ALTAMIRA, a cuya memoria e intervención en este caso se rindió homenaje recientemente en una publicación francesa (V. "Hommage...", BASDEVANT, y NOEL HENRY; Le "Lotus" à la Cour de La Haye"; y H. DONNEDIEU DE VABRES: "L'affaire du "Lotus" et le droit pénal international", en *Revue de Droit international*, París, 1928, núm. 1, págs. 65 a 134 y 135 a 165.

Tal es el contenido del libro, interesantísimo, que se cierra con dos apéndices, dedicado el primero a la traducción inglesa del texto de la ley de Israel 5.710/1950 (publicada su versión española por atención del profesor DRAPKIN en anterior número de este ANUARIO DE DERECHO PENAL), y el segundo a una nota sobre la prueba.

SPINELLI, Giuseppe: «Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie» (Exégesis y comentario jurisprudencial puesto al día de la Ley de 7 de enero de 1929, núm. 4). Milano, 1957, Dott. A. Giuffré, editor; 403 págs.

Giuseppe SPINELLI, magistrado de casación, se había ya ocupado de la Ley de 7 de enero de 1929 en anteriores obras. Así, *Le preleggi penali finanziarie: commento alla legge 7 gennaio 1929, n. 4* (ed. Cedam, Padova, 1933), *La repressione delle violazioni delle leggi finanziarie nella scienza e nel diritto*, segunda edición de la obra anterior (ed. Dott. A. Giuffré, Milano, 1947) y *La repressione delle violazioni delle leggi finanziarie* (Comentario teórico práctico, artículo por artículo, a la Ley de 7 de enero de 1929, n. 4), tercera edición de la obra anterior (ed. Dott. A. Giuffré, Milano, 1954).

La obra que ahora comentamos no es una cuarta edición, sino una especie de puente para ella, en vista del anuncio de la presentación a la Cámara de un proyecto de Ley de reforma del contencioso tributario. Se trata de una edición que el autor llama interlocutoria, en la que se ha procurado que nada falte para satisfacer plenamente las exigencias del Foro y de la Magistratura, respondiendo al mismo tiempo a fines didácticos frente a los funcionarios de la administración financiera y del Cuerpo de la Guardia de Finanzas, a los cuales compete la aplicación de la Ley de 7 de enero de 1929, y a quienes va dedicado el libro.

El autor no sigue rigurosamente el orden de los artículos (si bien no es difícil hallar el comentario de cualquiera de ellos por la indicación que lleva la cabecera de cada página y por el índice correspondiente) ya que, en realidad, se propone una reconstrucción sistemática del comentario de los institutos previstos en la Ley en cuestión, por el orden que ha considerado más útil para la clara inteligencia de la misma.

Contiene el libro una breve *Introducción* en la que se habla de la ética respecto a la violación de la ley financiera, de la actividad del legislador italiano para combatir el fraude fiscal y del Instituto de la Intendencia de finanza, sobre el que se apoya esencialmente la jurisdicción penal y la administrativa sancionadora de los ilícitos fiscales. Termina esta introducción con una consideración general acerca de la Ley que se va a comentar. Razón de la Ley de 7 de enero de 1929, n. 4, es la *formación de un sistema general de las disposiciones penales* referentes a las violaciones de las leyes financieras que hacen referencia a los tributos del Estado, con exclusión, por tanto, de los tributos locales, la formación de una ley general que, como el Libro I del Código penal, es destinada a prestar a las leyes especiales los institutos necesarios para su aplicación, de aquí que fuera llamada por el Ministro proponente "ley previa". La ley es, por tanto, recibida en el ordenamiento jurídico del Estado con el mismo valor que los Códigos, y a ella van coordinadas todas las leyes financieras. Consecuencia de la razón y del carácter de la ley en su relativa *inmutabilidad*, en cuanto a sus disposiciones, al igual que las disposiciones contenidas en el Libro I del Código penal italiano, no pueden ser abrogadas o modificadas en leyes posteriores concernientes a tributos singulares, si no por declaración expresa del legislador con específica referencia a la disposición abrogada o modificada.

La *Parte Primera* recoge el comentario a las normas de Derecho sustantivo.

En base siempre a la ley comentada, se distingue por el autor entre delito tributario, ilícito administrativo tributario e ilícito civil tributario. Constituye *delito tributario*, dice SPINELLI, la violación de la relación jurídica tributaria para la que se establece una de las penas previstas en el Código penal. Objeto jurídico del delito es la relación jurídica resultante del derecho del Estado (administración financiera) a imponer el tributo, y de la obligación del ciudadano de cumplir el deber tributario (objeto de la tutela penal); objeto material es la obligación tributaria, porque sobre ésta incide, bajo la forma de violación, la actividad del agente, y en definitiva el tributo como medio de satisfacer las necesidades colectivas. *Ilícito administrativo tributario* es la violación de la relación jurídica creada, entre el ente que impone el tributo y el contribuyente, en relación a la modalidad, al tiempo y a las circunstancias en que el tributo debe ser pagado. Mientras que el delito ataca —dice SPINELLI— el orden jurídico, del cual la imposición tributaria es una de las expresiones más interesantes, el ilícito administrativo ataca la administración pública en el ejercicio de su actividad financiera. De aquí la diversidad de sanciones que son penales para los delitos, y administrativas, constituyendo simples obligaciones de carácter civil, para los ilícitos administrativos. Finalmente, *ilícito civil tributario* es la violación de la relación jurídica creada en la norma legislativa tributaria en relación a la obligación de pago del tributo, bajo la especie de daño que se causa al erario aunque sólo por el peligro de que falte o se retrase el pago del tributo mismo, respecto al cual daño la sanción prevista representa el resarcimiento.

La *Segunda Parte* se refiere a las normas de Derecho procesal, comenzando por la competencia material y territorial relativa al conocimiento de los delitos previstos en las leyes financieras, a la que sigue la relativa al conocimiento de los ilícitos administrativos y civiles tributarios, para terminar con la constitución y facultades de los órganos de determinación de las violaciones a las normas contenidas en las leyes financieras.

La *Tercera Parte* contiene un breve pero necesario comentario a las disposiciones finales y transitoria de la ley.

Novedad interesante supone la *Cuarta Parte*, relativa a la recaudación de las sanciones pecuniarias derivadas de violaciones de leyes financieras, materia no regulada en la ley de 7 de enero de 1929.

Las páginas 266 al final contienen los apéndices (Leyes, Circulares, Proyecto de Ley sobre reforma del contencioso tributario) y los índices, muy completos, que facilitan el manejo de la obra.

Lo dicho permite apreciar la importancia que, especialmente desde el punto de vista práctico, ofrece la obra de SPINELLI, hombre que, por razón de su cargo, ha estado en íntimo contacto con estos problemas. Desde el punto de vista doctrinal, creemos que podrían hacerse algunas observaciones a las ideas sostenidas por el autor italiano, aunque, desde luego, el juicio que en general nos merece la obra es muy favorable.

STRATENWERTH, Günter: «Das rechtstheoretische problem der «Natur der Sache». (Recht und Staat). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1957; 31 págs.

Constituye la presente monografía un interesante estudio filosófico jurídico en el que el autor explaya y profundiza las ideas que ya expusiera el profesor H. WELZEL en torno al tema.

Para el autor, la conocida frase de von KIRCHMANN —que ya viene constituyendo tópico— no significa la fórmula del más agudo positivismo, sino que con ella se expresaba la ausencia de valor científico de una jurisprudencia que se contrae a las reglamentaciones del legislador y que sólo versa sobre las ambigüedades, omisiones y contradicciones de la ley. De esta consideración primera, parte STRATENWERTH en su investigación.

Ahora bien, a su juicio, la Ciencia del Derecho, si quiere ser tal ciencia, no debe ocuparse exclusivamente de las disposiciones positivas. Ha de tener en cuenta, de forma fundamental, la naturaleza de las cosas. ¿Hasta qué punto se puede hablar de naturaleza de las cosas y en qué modo es decisiva para la jurisprudencia? Es éste el interrogante que el autor pretende contestar o, cuanto menos, aclarar. En el presente extracto seguiremos el pensamiento de STRATENWERTH, marginalizando las múltiples reflexiones que suscita, debido a la brevedad de una nota de esta índole:

Pasa revista STRATENWERTH a las distintas significaciones que desde antiguo se le vino dando a la naturaleza de las cosas, haciendo especial mención de las formuladas por G. RADBRUCH. STRATENWERTH prefiere centrar su atención en el problema de si el derecho positivo se encuentra vinculado a una predeterminada naturaleza de las cosas, y en caso afirmativo, en qué sentido.

En orden a la tesis afirmativa se fundamenta en las aportaciones de WELZEL y NIESE, referidas principalmente al ámbito de la acción. En este caso concreto, ambos ya afirmaron que el legislador está ligado a estructuras lógico objetivas, como sucede con la acción, que ontológicamente le viene dada. Lo mismo sucede con la culpabilidad y complicidad.

Es por demás interesante la exposición y crítica de la tesis de K. ENGISCH, que afecta a la propia existencia de la naturaleza de las cosas, así como el análisis de la concepción de SCHEUNER, para el cual las estructuras lógico objetivas no son más que “juicios lógicos”, y como tales siempre partes de cierto sistema de las ideas. También sumamente aleccionador es el estudio que verifica, en manera muy concreta, de las tesis de aquellos autores que han estimado carece la naturaleza de las cosas de relevancia para la legislación positiva.

Partiendo de la conocida concepción del hombre scheleriana profundiza STRATENWERTH en su investigación, utilizando como soportes de sus conclusiones la estructura final de la acción y de la tentativa, al modo como ya se expresara sobre esta última P. BOCKELMANN. Para STRATENWERTH, el derecho positivo ha de tomar ciertos criterios rectores que son, en definitiva, criterios de valoración en la medida que resaltan las materias de valoración, pertenecientes a los predicados de valoración. Ahora bien: la libertad del legislador de elegir los objetos, sujetos al derecho, no se debe entender como una libertad que se basa en criterios de valoración que cambian constantemente. El criterio de valoración crea,

por así decir, una *unidad*, que indica las características lógico objetivas que son esenciales y cuáles no lo son. De aquí, pues, que su relevancia para el legislador *ya está decidida* en la recepción por la ley de ese determinado criterio.

A continuación, lleva a cabo el autor un estudio acerca de la esencia y función de la naturaleza de las cosas, utilizando para ello ejemplos sacados de la dogmática del derecho privado (relaciones jurídico comerciales) y contestando a la tesis que en su día sostuviera COING. En su opinión, con la naturaleza de las cosas, en el sentido común, ocurre exactamente igual que con las estructuras lógico objetivas más arriba citadas. Siempre indican un determinado criterio de valoración. De aquí la "relatividad" de todas sus exposiciones. Pero ello no quiere decir que la naturaleza de las cosas sea sujeto de valoraciones discrecionales: la relación entre cierto criterio de valoración y la estructura de cosas no es varificable. En consecuencia, también demuestra —continuando STRATENWERTH con el mismo ejemplo del contrato en cuestión— la inalterabilidad de la coherencia sustancial con respecto a la naturaleza de las cosas.

Por tanto, tenemos: si sólo los criterios de valoración son variables, mientras la naturaleza de las cosas se encuentra en una relación fija con ellos, la vinculación del derecho positivo a la naturaleza de las cosas debe depender exclusivamente de su ligazón a los criterios de valoración rectores. Su decisión sobre tal o cual criterio no es producto de la arbitrariedad. El derecho positivo, una vez aceptado un determinado criterio, debe respetarlo. Igualmente, ha de respetar aquellas relaciones de cosas que se destacan bajo el criterio aceptado.

Finaliza STRATENWERTH su exposición diciendo que la orientación hacia la naturaleza de las cosas *no libra* a la Ciencia del Derecho de su vinculación al derecho positivo, pero sí de su exclusiva dependencia en orden al mero tratamiento de las omisiones, ambigüedades y contradicciones de la ley, que le hicieron a VON KIRCHMANN formular su tesis.

Con lo hasta aquí expuesto tenemos un esquema del pensamiento del autor y cumplimos el propósito de dar noticia de la monografía en cuestión. Su estudio crítico queda, por ahora, relegado para mejor ocasión, en la que extensamente, sin preocupaciones de espacio, nos ocuparemos de la temática de la naturaleza de las cosas, especialmente de su valor funcional.

M. C.

VASSALLI, Giuliano: «L'art. 95 della legge bancaria». Un precetto primario e un' incriminazione sussidiaria. Editor A. Giuffrè. Milán, 1959. Separata de «Banca, Borsa e Titoli di Credito»; 57 págs.

La ley a que se refiere el título es la de 7 de mayo de 1938, dictada recogiendo decretos-leyes que lo fueron en defensa del ahorro. El artículo a que también se refiere es el que en ella castiga "con la reclusión hasta un año y con la multa hasta 100.000 liras, salvo mayor pena establecida en el Código Penal o en otras leyes, al que, con el fin de obtener la concesión de un crédito para sí o para la hacienda que administra o de variar las condiciones en que el crédito fué primeramente concedido, presenta dolosamente al Instituto de Crédito noticias o datos falsos sobre la constitución o sobre la situación económica, patrimonial o finan-

ciera de la empresa interesada de cualquier forma en la concesión del crédito".

Sobre el precepto transcrito, contemplándolo y examinándolo en sí y en relación con el Código Penal y otros preceptos de la misma ley, utilizando la comparación con prescripción idéntica de una anterior y similar ley alemana y la interpretación que a ellos dieron la jurisprudencia de Alemania e Italia, junto con el examen de una casuística exhaustiva, el hoy profesor de Roma hace un alarde de sus extraordinarias facultades de jurista.

La escasa aplicación de este precepto por los Tribunales puede atribuirse tanto a que la parte lesionada rehuye la denuncia que produciría un deservicio a la función que le está encomendada, como porque los falsos informes y noticias presentados sólo son descubiertos frecuentemente cuando el daño patrimonial se ha realizado, y entonces ya se está en el caso de la estafa, pasando del delito de peligro creado por la ley especial al de daño previsto en el Código Penal. Las dificultades que a la aplicación del precepto de la ley especial examinado crea esta última consideración, es la preocupación constante del autor, y el solventarlas se ve que es el fin primordial del trabajo.

Estudia para la delimitación del nuevo delito, creado por la ley, su momento ejecutivo, su realización por acción o por la omisión de comunicar datos que determinan la capacidad económica del solicitante del crédito, realizada frecuentemente con dejar de rellenar, para inducir a error, casillas de los impresos facilitados a los peticionarios, o los datos desmerecedores ocurridos después de la concesión y antes de la prórroga o ampliación, la idoneidad del medio, admisibilidad de la tentativa y el objeto del delito y el sujeto pasivo, de la mayor importancia —resalta— para la unidad y pluralidad de delitos y, sobre todo, para el ofrecimiento y ejercicio de la acción civil.

Ahora ya se plantea el autor, en sus más largas y cuidadas páginas, la punibilidad del hecho examinado bajo el concepto de estafa, estudiando para ello las decisiones de la jurisprudencia alemana e italiana respecto a la realización de este delito con la obtención de un crédito sobre el concepto de engaño y mentira y relación de causalidad entre engaño y daño.

Considera a continuación las diferencias entre el hecho descrito en el artículo examinado y la estafa castigada en el Código penal, creyendo existe aquél cuando el daño patrimonial aún no se ha producido y quedando absorbido cuando si se produjo y es superior a la pena por ello establecida porque no se da un concurso de delitos, sino de normas, siendo aplicable la que conmina con una pena mayor, por ello es condición para la existencia del de simple mendacidad el que el hecho no pueda ser castigado como estafa, lo que justifica el subtítulo del trabajo.

Como final obligado, la delimitación y relaciones de este delito de mendacidad bancaria con ocasión de insolvencia fraudulenta, petición abusiva de créditos, falsedad documental, falsas comunicaciones sociales y bancarrota.

D. T. C.

VIADA Y LOPEZ-PUIGSERVER, Carlos: «Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo». Editorial Aguilar. Madrid, 1961; 363 págs.

Gran interés ofrece la presente obra para el penalista, ya sea profesional o investigador. En ella se expone, con gran cuidado y esmero, el criterio mantenido

por la Fiscalía del Tribunal Supremo, a lo largo de sus diversas Memorias, y en aquellos puntos, dentro del articulado del Código penal, que han merecido su atención. Es, en consecuencia, un planteamiento diferente al que hasta ahora se venía haciendo en obras de parecida índole: "un enfoque que parte del órgano más crítico de la Administración de Justicia y que adopta una forma dinámica, adecuada a su objeto".

Ahora bien: no sólo contiene la sistematización un aliciente estrictamente técnico jurídico, sino que también deja traslucir, dada la naturaleza de las citadas Memorias, una serie de datos y sugerencias inmejorables para un estudio etiológico del crimen en sus diversas manifestaciones. El profesor VIADA ha sabido, con sumo tacto, ajustar a la reglamentación legal los dictados de las Circulares del Ministerio Fiscal, llevando a cabo una ardua labor con gran precisión y sentido sistemático.

De gran utilidad para el manejo del Código, en relación con sus precedentes, es el cuadro de concordancias que acompaña a la obra. Proporciona una pista segura, e inestimable, para una correcta interpretación histórica de las vicisitudes de los preceptos penales, así como de la visión con que han sido contemplados, en las distintas épocas, a través de las Memorias fiscales.

Precede a la colección un prólogo por demás interesante, en el que el profesor VIADA presenta la obra y en el que se transparenta la visión humana y realista del que cada día colabora, con el mejor empeño, en la Administración de Justicia. De aquí, pues, que sus consideraciones iniciales adolezcan del marchamo de una experiencia jurídica vivida, por así decir, al compás de ese diálogo dramático que en más de una ocasión es el proceso penal. Especialmente, tiene interés para el penalista, por las anteriores razones, la siguiente reflexión que encabeza el prólogo: "Para nadie es un secreto, sin embargo, que la ciencia penal adolece entre nosotros de cierta superficialidad y de indeterminación. Las causas del mal son múltiples y no es éste el lugar para descubrirlas. El sistema penal español es, en muchos sentidos, un mundo confusamente entrevisto, un bosquejo fácil que caricaturiza la más profunda y compleja realidad. El derecho criminal, por su carácter esencialmente dinámico, por su raíz viva, escapa casi siempre fundamentalmente al análisis. Implicado en nuestra inquieta historia, metido en la entraña de nuestro individualismo racial, se encuentra en difícil situación para ser estudiado con serenidad. Tal vez el defecto haya consistido en tratar como un todo estático y abstracto lo que en verdad es mutación, existencia siempre en crisis, *historia*. No se debe al azar el que nuestro Código penal sea la Ley más inestable y más modificada de cuantas componen nuestro sistema jurídico básico."

Las frases anteriores bien valen una seria y serena meditación por parte de los que cultivan la Ciencia de los delitos y de las penas.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Goltdammer's Archiv für Strafrecht

Febrero 1961

KLEINKNECHT, Th.: «Das Fehlurteil im Strafprozess» («El error judicial en proceso penal»), págs. 45 y siguientes.

Comienza el artículo con una cita de Holtendorff, que dice: No se sabe bastante la exposición que existe en la justicia al peligro del error. El autor estudia separadamente, a través de un libro de Marx Hirschberg, el concepto del error judicial; el número de estos errores, las causas fundamentales de los mismos, para pasar luego a analizar la psicología de la decisión judicial, y la de la pena retributiva. Critica la organización del Ministerio público y distingue los conceptos de verosimilitud y certeza, en la justicia penal, atribuyendo la mayoría de los errores a que los Jueces se conforman con la primera. Define la certeza como el convencimiento de la imposibilidad de que las cosas ocurrieran en otra forma, planteando y criticando la ordenación legal, en la que existen, en su opinión, causas de posibles errores judiciales para terminar con una alusión a estos errores en los procesos penales políticos. Termina Kleinknecht con el consejo de que todos los que tienen que intervenir en el proceso penal debían de leer el libro de Hirschberg.

Marzo 1961

HEIDELBERG, doctor Gunter Bemman: «Welche Bedeutung hat das Erfordernis der Rauschtat im 330 a StGB?» («¿Qué importancia tiene el supuesto de embriaguez en el artículo 330 del Código Penal»), pág. 65 y sigs..

El autor de este artículo presenta una serie de cuestiones en torno al párrafo 3.º del C. P. alemán que castiga los actos perpetrados bajo el influjo de una embriaguez plena, dolosa o culposa, alcohólica o barbitúrica, supuestos a los que no alcanza la causa de incompatibilidad prevista en el artículo párrafo 51.

Analiza Bemman distintas opiniones refiriéndose al punto de vista de Maurach, para quien obra culpablemente quien no hace uso adecuado de sus facultades, y en este sentido, la culpa se funda en un abuso de la imputabilidad, lo que se evidencia en el supuesto de que, al embriagarse, el autor destruye él mismo, su capacidad de entender y querer. El autor del artículo que resumimos no considera satisfactoria esta opinión, ya que al no sentir quien realiza lo que está prohibido no obra de un modo culpable. Alude a las opiniones

que ven en el citado párrafo 330 un tipicidad particular y a los que lo encuadran en una condición objetiva de punibilidad. Se refiere después a la tesis que ve en la embriaguez, en este caso, un elemento del tipo, considerándola en sí misma como antijurídica, para considerar después el problema a la luz de la acción «libera in causa», principio que no se cree sirva para explicar el alcance y contenido del precepto que nos ocupa. Mantiene la tesis que en este supuesto la embriaguez es nota característica que afecta a la tipicidad, ya que es inevitable relacionarla con la comisión de un acto sancionado con una pena, conducta que ha de ser dolosa o culposa, pero culpa o dolo que no puede ser valorado aisladamente. En una palabra, que la cuestión, en el sentido del autor, es preciso configurarla dentro de la tipicidad y no dentro de la culpabilidad.

VALENTÍN SILVA MELERO

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

72. Bol. 1960, H. 3-4

SCHAFFSTEIN, F.: «Soziale Adäquanz and Tatbestandslehre» («Adecuación social y doctrina del tipo»).

Schaffstein subraya el valor del concepto de la adecuación social, formulado por Welzel, cuya función sistemática consistía, en un principio, en restringir el ámbito de los tipos que estaban concebidos formalmente con excesiva amplitud. Quedaban excluidas aquellas conductas que eran materialmente jurídicas, por estar comprendidas dentro del orden ético-social, históricamente vigente, de la sociedad. Schaffstein critica, en cambio, la modificación introducida posteriormente por Welzel en su sistema, según la cual la adecuación social pasa a ser una causa de justificación. La adecuación social excluye, pues, ahora para Welzel la antijuricidad, pero no la tipicidad de la conducta.

Schaffstein cree que con ello se abandona el presupuesto metodológico de la doctrina de la adecuación social. Este era la concepción del tipo, no como una mera figura conceptual, sino como una figura referida y extraída directamente de la realidad social y en relación, por tanto, con las valoraciones y los órdenes prejurídicos. Este abandono está determinado, según Schaffstein, por el deseo de Welzel de deslindar plenamente el objeto de la valoración (conducta típica) y la valoración misma. El tipo describe ahora simplemente el objeto de la prohibición.

Es preciso señalar, sin embargo, que el tipo, en la concepción actual de Welzel, deslinda el objeto de la prohibición, pero implica a su vez la primera valoración jurídico-penal. El tipo deslinda las conductas relevantes para el Derecho Penal. Al matizar y distinguir dentro de la conducta jurídica, la conducta irrelevante, de aquella otra, que teniendo relevancia para el Derecho Penal, está justificada por concurrir un precepto permisivo (causas de justificación), Welzel sigue refiriéndose, a mi juicio, a una realidad social plena de sentido y a las valoraciones en ella existentes.

Schaffstein señala, en cambio, acertadamente, en mi opinión, cómo la consideración de la adecuación social como causa de justificación plantea al-

gunas dificultades en el sistema de Welzel. Las conductas socialmente adecuadas son consideradas jurídicas por concurrir una causa de justificación, después de haber sido declaradas jurídico-penalmente relevantes. Por otra parte, Schaffstein señala, con acierto, cómo a través de la interpretación de los tipos de la Parte Especial Welzel sigue atribuyendo a la adecuación social la función de restringir el tipo, para que comprenda sólo las formas de conducta materialmente antijurídicas. En muchos de estos casos no se trata ya de una *interpretación*, pues se desbordan los límites del tenor literal. El intento de Hirsch de resolver estas dificultades es agudamente censurado por Schaffstein. Su intento de deslindar materialmente el riesgo permitido, las causas de justificación de Derecho consuetudinario y la adecuación social no es afortunado. En el fondo implica el abandono del concepto de la adecuación social. No creo, sin embargo, que sea preciso incluir en el tipo todas las circunstancias relevantes para el juicio disvalorativo de la antijuricidad, para resolver estas dificultades, como cree Schaffstein; es decir, que sea preciso influir en el tipo no sólo la falta de adecuación social, sino también la falta de las circunstancias de hecho que sirven de base a las causas de justificación. A mi juicio, bastaría con incluir la falta de adecuación social en el tipo. Para ello es necesario distinguir materialmente la adecuación social y las causas de justificación. Que las causas de justificación no son siempre casos de conducta socialmente adecuada lo reconoce el mismo Schaffstein. Creo, además, que la condición de situación de excepción desde el punto de vista normativo, de las causas de justificación, en cada momento histórico, las diferencia claramente de la conducta socialmente adecuada. Las conductas socialmente adecuadas se hallan *completamente* dentro del orden ético-social (y jurídico-penal), histórico, de la comunidad. La admisión de la doctrina de los caracteres negativos del tipo no me parece precisa desde este punto de vista.

Schaffstein aduce en el transcurso de su argumentación algunas razones en favor de la doctrina de los caracteres negativos del tipo. Es interesante su argumento de que la distinción entre los caracteres del tipo y los de las causas de justificación no puede fundamentarse en la consideración de que el tipo contenga la descripción de la lesión del bien jurídico. Ni Welzel ni Gallas consideran, sin embargo, que todo tipo describa sólo la lesión de un bien jurídico. Niegan solamente la equiparación valorativa entre el deslinde de lo injusto realizado en el tipo y la exclusión del mismo por las causas de justificación, es decir, niegan la equiparación valorativa entre la conducta irrelevante para el Derecho penal y la conducta típica, cuya antijuricidad sea excluida por una causa de justificación. Por otra parte el argumento de Schaffstein, de que la lesión del bien jurídico puede depender de la concurrencia de causas de justificación, se basa sólo en una determinada concepción del consentimiento del ofendido como causa justificación. Según Stratenwerth, el consentimiento excluye parcialmente la existencia del bien jurídico. La lesión de los intereses, cuyo titular es el particular, no constituye injusto, si no implica al mismo tiempo un menosprecio del mismo como persona autónoma. La libre autodeterminación pasaría a ser un bien jurídico tutelado junto con el específico de la figura delictiva de que se trate (le-

siones corporales, delitos contra el honor, violación de secretos, etc.). Aun suponiendo que esta construcción fuera dogmáticamente viable no sería admisible, pues implicaría la afirmación de que la lesión de los bienes jurídicos específicos de las respectivas figuras delictivas carecería de relevancia jurídico-penal, si mediaba el consentimiento.

El error del autor sobre la adecuación social de su conducta no es un error sobre el tipo, según Schaffstein, sino un error de prohibición. Al tipo del error, en el sentido del artículo 59 del Código penal alemán, pertenecen sólo las circunstancias de hecho de las cuales depende la calificación de la conducta como socialmente adecuada.

HELLMER, Rückfallsverbrechertum und Frühkriminalität (Delincuencia reincidente y criminalidad juvenil).

El conocimiento de la conexión entre la criminalidad reincidente y la criminalidad juvenil es, como dice el autor, uno de los pocos resultados firmes de la moderna investigación criminológica. Con ello no se ha encontrado aún, sin embargo, la explicación de aquella forma grave de la criminalidad.

El primer problema que se plantea es el descubrir dentro de la delincuencia juvenil al futuro delincuente reincidente, para que pueda ser sometido a tratamiento oportunamente. La mayor parte de la criminalidad juvenil (el 85 por 100, según Frey) es sólo una manifestación de la etapa de desarrollo en que se encuentra el joven y desaparece al alcanzar éste su madurez. La distinción entre el delincuente juvenil evolutivo y el futuro delincuente reincidente no puede lograrse, sin embargo, mediante rasgos abstractos del carácter (como había intentado la escuela de Lombroso y como intenta la actual escuela científico-natural). Para ello es preciso, dice Hellmer, estudiar a fondo la delincuencia reincidente y ver si es posible deducir consecuencias en relación con determinadas formas de la delincuencia juvenil.

Hellmer estudia la personalidad del delincuente reincidente y señala cómo el término «delincuente habitual peligroso» introducido por la Ley de 1933 no es idóneo para captar dicha personalidad. No ha existido nunca un «delincuente habitual peligroso» como tipo criminológico. La jurisprudencia y la reforma del Código han prescindido de este término, porque implica una restricción no querida por el legislador. Quedan fuera de él los delincuentes crónicos, que lo han sido no por hábito, sino por disposición u otras causas. El nuevo proyecto de Código habla de delincuente de inclinación (al delito). Hellmer cree, sin embargo, que este concepto no logra captar tampoco la esencia del delincuente reincidente. Este no se caracteriza por tener un hábito, tendencia o inclinación, de los que carezca el delincuente ocasional. Al delincuente reincidente le *falta*, en cambio, *algo* que caracteriza al hombre. Le falta la distancia del mundo circundante; le falta la relación con el valor, que sólo es posible dentro de la libertad del espíritu. La mayor parte de los delincuentes condenados a tenor de los artículos 20 y 42 e, son hombres de voluntad débil, que se dejan arrastrar por las circunstancias y que sucumben fácilmente a cualquier tentación.

Hellmer estudia a continuación la criminalidad juvenil y busca los caracte-

teres que pudieran servir para distinguir al delincuente juvenil evolutivo del futuro delincuente reincidente. Estos caracteres no pueden ser encontrados en el hecho externo. En la delincuencia juvenil, como en la de los adultos, predominan los delitos contra el patrimonio. Pequeñas diferencias en los índices estadísticos revelan que en la delincuencia juvenil son algo más frecuentes los delitos cometidos con violencia. De aquí no cabe deducir, sin embargo, ningún carácter distintivo, pues lo que caracteriza a la delincuencia evolutiva, es precisamente que procede del exceso de vitalidad del joven. Sauer señala, con razón, por ello, que los delitos juveniles más significativos, desde el punto de vista de una prognosis, son los que corresponden a una etapa posterior de madurez.

Es preciso buscar, por ello, dice Hellmer, los caracteres distintivos mediante una investigación de la personalidad. Los caracteres corporales externos no pueden suministrar tampoco la respuesta deseada. La doctrina del delincuente nato de Lombroso ha sido superada hace mucho tiempo. También ha sido rechazada por la moderna criminología la doctrina de los «pequeños signos corporales de degeneración». Estos no tienen nada que ver con una disposición criminal. Se presentan con frecuencia en los delincuentes reincidentes, porque son muy frecuentes en las clases bajas, de las que procede la gran masa de los delincuentes. Tampoco los tipos de Kretschmer, que relacionan determinadas estructuras corporales con determinados rasgos del carácter, pueden suministrar la respuesta deseada. No permiten conclusiones en sentido inverso. Hay muchos esquizotímicos cuya criminalidad es sólo evolutiva y al contrario muchos ciclotímicos que después se convierten en delincuentes reincidentes.

La investigación de la personalidad tiene que pasar, por consiguiente, al plano de lo psíquico. Las enfermedades mentales tienen muy poca importancia criminógena. Más importancia tiene la debilidad mental, en sus diversas formas y grados. Ha sido superada, sin embargo, la antigua doctrina que veía aquí la auténtica disposición al delito. La debilidad mental no puede explicar por sí sola la aparición del delincuente reincidente. El mundo circundante juega a la vez un papel tan destacado, que la debilidad mental no tiene importancia decisiva. Existe en cambio, sin duda, dice Hellmer, una conexión entre psicopatía y delincuencia reincidente. Según Frey *todos los delincuentes reincidentes son psicópatas*. Por psicopatía se entiende la desviación anímica del término medio, sin que quepa hablar aún de enfermedad. La dependencia del mundo circundante obedece, pues, en muchos casos a una psicopatía. El problema es que las psicopatías no pueden ser descubiertas tan fácilmente en el joven. Por otra parte, el periodo de la juventud va acompañado muchas veces de una cierta falta de armonía o equilibrio mental, que después desaparece en la madurez. Es preciso distinguir, pues, entre la psicopatía que es inmanente a la personalidad y aquella que es una fugaz aparición del periodo de desarrollo que atraviesa el joven. La Medicina considera que la psicopatía no se hereda, pero sí se transmite la predisposición a su aparición. La Criminología estima, por ello, que una psicopatía es parte integrante de la personalidad cuando el padre o la madre presentan rasgos psicopáticos. Según Frey el 66 por 100 de los padres y el 39,2 por 100 de las madres de los delincuentes reincidentes examinados por él, eran psicópatas. La posibilidad

de tratamiento desaparecería, si no se tuviera en cuenta que las cualidades que predisponen al delito, aunque pueden ser transmitidas por herencia, son influenciables y modificables. Es preciso investigar, pues, *qué* cualidades predisponen al delito (pues la psicopatía es un concepto puramente formal) y después, si estas cualidades son modificables o no. Las investigaciones de Frey referentes a las cualidades que predisponen al delito y las de Leferenz siguen esta dirección.

Hellmer destaca la importancia del problema del tratamiento del futuro delincuente reincidente. En el proyecto de Código penal reciente se ha creado la medida de la «custodia preventiva», que debe ser aplicada a aquellos delincuentes juveniles (menores de veinticinco años) que puedan convertirse previsiblemente (según una valoración global de su personalidad y sus hechos delictivos) en delincuentes reincidentes. Con ello viene a llenarse una laguna, pues la jurisprudencia es reacia a aplicar a los jóvenes delincuentes la custodia de seguridad. Hellmer duda, sin embargo, de que los conocimientos criminológicos sean ya lo suficientemente seguros para establecer esta medida. Sus dudas se basan no sólo en la dificultad de la prognosis, sino también en la imprecisión del término legal «delincuente de inclinación». La pedagogía criminal no está aún lo suficientemente desarrollada, por otra parte, para poder disponer de una medida educativa cuya aplicación, después del internamiento en un reformatorio, de la pena o el arresto juvenil, pueda tener aún sentido. Falta además en el Derecho penal juvenil una clara distinción dogmática de los presupuestos de la pena y las medidas. El defecto principal de la nueva regulación es, sin embargo, según Hellmer, que no se ha decidido si el centro de gravedad de la «custodia preventiva» ha de residir en la educación o en la seguridad. Hellmer cree que se trata, en realidad, de «una pequeña custodia de seguridad». La aplicación de la medida queda, no obstante, abierta a delincuentes juveniles susceptibles de reeducación. Esto implica un paso atrás en los esfuerzos de política criminal por reducir el grupo de los delincuentes reincidentes de criminalidad temprana.

KAUFMANN, Arthur «Zur Frage der Beleidigung von Kollektivpersönlichkeiten» (Sobre el problema de las injurias a las personas colectivas).

El término injurias está utilizado en sentido amplio, comprensivo de la difamación (par. 186) y de la calumnia (par. 187, Código penal alemán). El autor se ocupa del problema de la capacidad de las personas colectivas o morales para ser sujetos pasivos de estos delitos.

Arthur Kaufmann señala, cómo la tendencia en la doctrina y en la jurisprudencia (salvo un breve paréntesis después de la guerra) es a extender cada vez más el ámbito de las personas morales que pueden ser sujetos pasivos de estos delitos. Se observa, sin embargo, dice Arthur Kaufmann, un desplazamiento del problema. No se pregunta ya, si y en caso afirmativo qué personas morales pueden tener honor. La línea divisoria se traza atendiendo exclusivamente a razones de política jurídica. Se otorga la tutela penal a

aquellas personas colectivas que se considera necesitadas o dignas de protección. El autor lo demuestra convincentemente analizando los criterios aducidos por la doctrina; especialmente los de la índole de la función (pública, social) cumplida por la persona moral o su capacidad para formar una voluntad unitaria o cerrada (Maurach). El autor señala, con razón, cómo la existencia del honor de las personas morales no puede depender de la índole de la función que cumplan, ni de su capacidad de acción.

Arthur Kaufmann considera preciso analizar primero a fondo el concepto del honor, para examinar después si las personas morales —o cuáles de ellas—, tienen honor. La respuesta a esta última pregunta no puede ser hallada en el Derecho positivo (parágrafos 196 y 197 del Código penal alemán). El castigo de las injurias a las autoridades, órganos legislativos o corporaciones políticas no prueba su capacidad para tener honor. El bien jurídico tutelado podría ser la dignidad jurídica o la autoridad de estas instituciones públicas (Binding, Maurach). El Proyecto de 1960 deja abierto conscientemente el problema (habla sólo de la fama o reputación).

Arthur Kaufmann rechaza el concepto fáctico del honor. La calumnia y la difamación pueden ser concebidas como ataques a la buena reputación, pero no las injurias proferidas a solas ante la víctima. La construcción de Maurach para resolver esta dificultad —tentativa imposible elevada a delito sui generis— es artificiosa. Otros autores consideran que las injurias a solas, constituyen una lesión de la conciencia o el sentimiento del honor del injuriado. Con ello se escinde, sin embargo, el concepto del honor (honor objetivo y honor subjetivo) y la unidad sistemática de los delitos contra el honor. La reputación y la conciencia del honor no son, por otra parte, merecedores de protección. La reputación (en el ciudadano que hace una vida solitaria en una gran ciudad) y la conciencia del honor (en el enfermo mental) pueden, además, no existir.

Hay que partir necesariamente, dice con razón Arthur Kaufman, de un concepto normativo del honor. El honor no es la consideración de que el hombre goza, sino la consideración merecida. Honor es el valor que le corresponde a un hombre en virtud de su dignidad como persona y según la medida de su cumplimiento de sus deberes morales. El honor, como valor específicamente personal, no puede ser violado desde fuera por otras personas. Al estar fundamentado en la forma de vida de su portador puede ser menoscabado sólo por éste, con su conducta deshonrosa o contraria a deber. Puede ser lesionada sólo por terceras personas la pretensión de respeto que mana del honor interno, es decir, la pretensión del que tiene de honor ser tratado de acuerdo con su honor interno. El bien jurídico tutelado en los delitos que examinamos, no es sino la pretensión del hombre al respeto de su personalidad. Este concepto normativo del honor, dice Arthur Kaufman, permite la unidad sistemática de los delitos contra el honor.

Es discutible, a mi juicio, que del concepto normativo del honor se derive la consecuencia dogmática, de que la falsedad de la afirmación tenga que ser un carácter del tipo de las injurias cometidas por medio de las afirmaciones de hechos (par. 186 del Código penal alemán), como cree el autor. Es cierto que las afirmaciones de hechos verdaderas no lesionan en sí el honor (inexisten-

te en este sentido), pero toda afirmación de hechos deshonrosos no probados es ya jurídico-penalmente relevante. El tenor literal del par. 186 abona esta interpretación. Por otra parte el mismo Arthur Kaufman termina por considerar la falsedad de la afirmación como una condición objetiva de punibilidad, para evitar que la consideración de la buena fe (excluiría el dolo) debilitase excesivamente la tutela penal. El autor cede aquí ante una objeción de Bockelmann, que en realidad no se dirige contra el mismo concepto normativo del honor. La consideración del error sobre la verdad de la afirmación como un error de prohibición evita el debilitamiento de la tutela penal y es, a su vez, completamente compatible con el concepto normativo del honor.

Arthur Kaufmann analiza y rechaza las demás objeciones formuladas por Bockelmann contra el concepto normativo del honor. Tienen interés especialmente sus acertadas observaciones para rechazar los supuestos inconvenientes que originaría la prueba de la verdad en el proceso.

Una vez esclarecido el concepto del honor, el autor se pregunta si las personas morales pueden poseerlo. Señala, con razón, Arthur Kaufmann que honor, en sentido de un valor propio personal no pueden poseerlo, en principio, las llamadas personas colectivas por faltarles la mismidad. La única excepción puede (en algunos casos) estar constituida, según el autor, por las comunidades existenciales (vitales o de destino), es decir la familia, el municipio, la nación o una orden religiosa. Arthur Kaufman reconoce que su criterio es de difícil aplicación en la práctica. Considera, sin embargo, que no es preciso el reconocimiento jurídico-penal del honor de estas personas morales. Con el castigo de las injurias a los particulares mediante una denominación colectiva puede llegarse a una tutela penal suficiente.

La tutela de la reputación o el prestigio de las personas colectivas que no pueden tener honor, puede llevarse a cabo de modo satisfactorio, según el autor, en el Derecho privado.

LENCKNER, Theodor, Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlichen Vertreter (El consentimiento de los menores de edad y sus representantes legales).

El autor estudia detenidamente el problema de la capacidad de consentimiento, que presenta especial interés, naturalmente, en el caso del consentimiento otorgado por menores de edad. Estudia, asimismo, la posibilidad del consentimiento por parte del que detente la patria potestad del menor. El Derecho positivo alemán no regula expresamente estos problemas, ni de ellos se ocupa el nuevo Proyecto de Código penal. La doctrina elaborada por los penalistas y civilistas, en este punto, es a veces divergente, lo cual es o puede ser incompatible con el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico.

Lencker distingue entre el consentimiento como causa de exclusión del tipo (allí donde la acción recibe precisamente su carácter delictivo del hecho de que se realice contra la voluntad del sujeto pasivo) y como causa de justificación (renuncia a la tutela jurídica).

No es posible hallar una fórmula general que nos diga cuáles hayan de ser

Los requisitos del consentimiento, para que éste pueda excluir la tipicidad de la conducta. La capacidad para otorgar el consentimiento eficaz será diferente, según cual sea el bien jurídico de que se trate y su ámbito de protección. En los delitos contra la libertad personal basta la capacidad natural de voluntad, independiente de toda capacidad jurídica de acción. Lo mismo sucede en aquellos tipos (hurto, por ejemplo) en que se castiga la lesión de una relación fáctica de poder, o en que el objeto de protección no es un derecho como tal, sino una posibilidad fáctica de utilización o ejercicio (hurto de uso de vehículos) y el allanamiento de morada.

En aquellos casos de injurias, en que, según el autor, el consentimiento excluye la tipicidad de la conducta (lo cual es sumamente discutible; la opinión dominante en la doctrina alemana estima que se trata en estos casos de una causa de justificación) no basta ya la mera capacidad natural de voluntad, sino que es precisa una plena capacidad de juicio, que si bien es independiente de la edad y la capacidad de realizar negocios jurídicos, presupone, sin embargo, una cierta madurez espiritual y ética.

Si el tipo presupone una conducta contraria a la voluntad del sujeto pasivo, cuya declaración constituye un negocio jurídico (art. 266 del Cod. pen. alemán), el consentimiento requiere, entonces, la capacidad civil de realizar negocios jurídicos.

Si los menores no tienen capacidad de otorgar consentimiento, según las reglas mencionadas, los representantes legales podrán otorgarlo solamente en su nombre, según Lenckner, en el último supuesto, es decir, cuando el consentimiento mismo sea un negocio jurídico. En los demás casos, en que el consentimiento no es ni un negocio jurídico, ni una acción jurídica, sino un puro acontecimiento fáctico, no cabe la representación. Lenckner distingue agudamente de estos supuestos, aquellos otros en que el que detenta la patria potestad autoriza la intromisión de terceros en la esfera jurídica del menor, en virtud de su derecho a la tutela de la persona y patrimonio del menor.

Tampoco es posible dar una respuesta unitaria, dice Lenckner, al problema de cuál debe ser la capacidad de acción del que consiente, para que sea eficaz la renuncia a la protección del Derecho, que implica el consentimiento como causa de justificación. Un interés puramente histórico, tiene la concepción que equiparaba capacidad de consentimiento con capacidad de culpabilidad o capacidad delictiva. Se discute, en cambio, aún hoy si el que consiente ha de tener la capacidad de realizar negocios jurídicos. La mayor parte de los civilistas mantienen la tesis afirmativa. Los penalistas (Maurach, Welzel, Mezger) consideran suficiente la capacidad natural de juicio. Para resolver esta antinomia, incompatible con la unidad del ordenamiento jurídico, es preciso, según Lenckner, examinar cuál sea el lugar del consentimiento en el sistema general de las acciones jurídicamente revelantes. El consentimiento no es un negocio jurídico. Es, sin embargo, una acción jurídica. Según la doctrina, se ha de aplicar a estas acciones, análogamente, las disposiciones referentes a los negocios jurídicos mientras no se oponga a ello en el caso concreto la índole especial de la acción jurídica.

Siempre que se trate del consentimiento en lesiones de derechos patrimoniales, será precisa la capacidad de disponer, es decir, en la mayor parte de

los casos, la capacidad de realizar negocios jurídicos. El apartamiento del Derecho penal de los principios del Derecho civil es, en este sentido censurable. Cuando se trate del consentimiento en lesiones de bienes jurídicos sumamente personales (integridad corporal, honor, etc.) la capacidad del consentimiento no puede medirse, lógicamente, por las reglas, siempre esquemáticas, de la capacidad de realización de negocios jurídicos. Bastará la capacidad natural de juicio.

Lenckner considera, que en caso de que el menor no tenga capacidad para otorgar el consentimiento, pueden otorgarlo por él sus representantes legales, y no sólo cuando se trate de la lesión de derechos patrimoniales, sino incluso de derechos sumamente personales. Esta posibilidad tiene, sin embargo, sus límites. Tratándose de bienes sumamente personales, el representante legal no puede infringir nunca el deber de defender y tutelar los intereses del menor. Si el representante legal abusa de sus facultades, el consentimiento es irrelevante. También en las lesiones de los derechos patrimoniales, la facultad legal de representación encuentra su límite en el abuso evidente.

Se plantea, por último, Lenckner el problema de si el derecho de tutela personal, del titular de la patria potestad no se opone a la decisión del menor con capacidad de juicio, que consiente en la lesión de bienes jurídicos sumamente personales. En caso de conflicto se ha de conceder preeminencia, según Lenckner, a la decisión del menor, si las razones en pro y en contra de las dos actitudes son equivalentes. Si la decisión del menor es evidentemente errónea, por obedecer a razones ajenas a la materia, el derecho de vigilancia de los padres se convierte de nuevo en un derecho decisorio y debe prevalecer su opinión frente a la del menor. La justificación del hecho depende entonces sólo del consentimiento del representante legal.

SCHEWELING, O.: «Der Begriff «rücksichtslos» im Verkehrsrecht (El concepto «desconsiderada» (conducta) en el Derecho del tráfico).

El autor trata de precisar el concepto de conducta «desconsiderada», que tanta importancia tiene en el Derecho penal y en el Derecho del tráfico. La doctrina es unánime al considerar que con el adjetivo «desconsiderada» se denomina un grado de reprochabilidad de la conducta, es decir, de la culpabilidad. Los intentos de precisar este concepto han sido hasta ahora, en general, poco afortunados. El autor los somete a un examen crítico detenido y pone de manifiesto sus limitaciones. En algunos casos, sin embargo, su argumentación no es convincente, como sucede en su crítica de las definiciones de la conducta «desconsiderada» como conducta sin conciencia o como conducta inspirada en la indiferencia frente a los intereses ajenos tutelados por el derecho. La expresión sin conciencia, cuando es utilizada para calificar una conducta tiene un sentido diferente del que le asigna el autor de pérdida de todo criterio moral. Su definición de indiferencia (falta de relación entre un sujeto y un objeto determinados) es también forzada y le lleva a afirmar la indiferencia en casos en que evidentemente no existe (véase el ejemplo 26).

El intento de Schweling de definir el concepto de conducta «desconside-

rada» no es, a mi juicio, afortunado. Define en primer lugar la «consideración». Los elementos de este concepto son, según él: Existencia de intereses tutelados por la Etica social, conflicto entre ellos, rango de los mismos fijado asimismo por la Etica social, respeto objetivo (?) del interés superior, capacidad de culpabilidad, nexo subjetivo, exigibilidad de la obediencia a los preceptos de la Etica social, valoración y decisión ética y respeto al hombre como persona autónoma. A continuación distingue en la «consideración» y en la falta de la misma varios grados y pretende que la conducta «desconsiderada» sea sólo la que corresponde al último grado de ausencia de «consideración». Para ello se basa sólo en consideraciones etimológicas sobre la partícula «los» (en este caso equivalente a «sin»). Esta conclusión es, sin duda, arbitraria. Es pura jurisprudencia de conceptos.

Schweling habla en su definición de intereses tutelados por la Etica social y no intereses tutelados por el Derecho, pues cree que en una situación dada pueden no coincidir. Esta tesis es discutible, sin embargo, pues entraña la afirmación, de que en algunas situaciones la conducta exigida por la ética social y por el Derecho sean diferentes. Los ejemplos de contradicción que cita Schweling no son convincentes. La titularidad de un derecho, por ejemplo, de preferencia de paso, no implica *siempre* el *deber* jurídico de ejercitarlo. No hay que olvidar, por otra parte, que la exigencia fundamental de la ética social en el tráfico urbano es la existencia de un *orden*. El contenido de los deberes ético-sociales no puede derivarse, pues, exclusivamente en el tráfico urbano de una ponderación de los intereses particulares de los partícipes en el tráfico.

FUHRMANN, H.: «Berechtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zu par. 332 StGB über Ermessensbeamten (Justificación de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio y del Tribunal Federal sobre el artículo 332 del Código penal alemán, en relación con el funcionario dotado de facultades discrecionales).

Fuhrmann somete en este artículo a una revisión crítica la reciente monografía de E. Schmidt, «Los tipos de cohecho en la jurisprudencia de los tribunales supremos desde 1879 a 1959».

Eb. Schmidt considera que el RG en sus sentencias de 31-8-1940 y 31-5-1943 rompió, sin decirlo expresamente, con su doctrina anterior, al renunciar en el delito de cohecho grave (art. 332 del Código penal alemán) al requisito de la acción contraria a deber. Según la nueva jurisprudencia no era ya preciso que la acción contraria a deber hubiese sido iniciada, o que existiese la voluntad del funcionario de llevar a cabo realmente dicha acción. Según Fuhrmann el RG (Tribunal del Imperio) en las sentencias mencionadas no hizo sino mantener la misma doctrina que había mantenido anteriormente. No ha habido, pues, según él, un cambio de orientación en la jurisprudencia. No es posible opinar a este respecto sin un estudio previo, detenido, de la jurisprudencia. De lo que no cabe duda, sin embargo, a mi juicio, es que el RG (y luego el Tribunal Federal), bien sea des-

de siempre o bien desde las sentencias mencionadas ha ampliado respecto al funcionario dotado de facultades discrecionales el concepto de acción contraria a deber. El RG considera que dicho funcionario infringe ya los deberes del cargo, si tiene en cuenta la ventaja personal que ha aceptado (o se ha dejado prometer), aun cuando no influya luego de hecho para nada en la decisión. Mediante esta concepción pasan al tipo del cohecho grave conductas que son sólo constitutivas de cohecho simple (art. 331) (por ejemplo, aquellos casos en que la decisión a favor del donante es justa) y se abre la posibilidad del cohecho activo en estos casos (art. 333). Los argumentos de Fuhrmann para negar este «tratamiento especial» del funcionario con facultades discrecionales no me parecen convincentes. Estos argumentos se reducen, en esencia, a señalar que en este caso, como en los demás, no pertenece al tipo la realización de la acción contraria a deber (en este caso la decisión). El delito se consuma ya con la aceptación del regalo por parte del funcionario, con conciencia de que se le hace con el fin de tratar de influir en su decisión. Esto no implica ya, sin embargo, necesariamente la infracción del deber del cargo, que es requisito esencial del cohecho grave. El deber sólo es violado si la ventaja personal influye de hecho, de algún modo, en el contenido de la decisión.

Eb. Schmidt considera (como antes ya Arthur Kaufmann) que el bien jurídico protegido en el tipo del cohecho grave es diferente que el tutelado en el cohecho simple. En el art. 332 el legislador castiga la falsificación de la voluntad del Estado. Esta sólo se da, sin embargo, cuando el funcionario realiza la acción contraria a deber, o se propone al menos realizarla. En el cohecho simple se tutela, en cambio, simplemente la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión de la Administración pública. La diversidad del bien jurídico tutelado se deduce de la diferencia importante de los marcos penales. Con su jurisprudencia, el RG y el BGH (Tribunal federal), han producido una modificación de estructura de los tipos del cohecho. A esta opinión se han adherido esencialmente Bockelmann y Henkel. Fuhrmann observa, sin embargo, con razón cómo esta interpretación carece de base suficiente en los materiales de elaboración del Código vigente y cómo la diferencia de los marcos penales es más aparente que real.

Fuhrmann (y la opinión dominante) mantiene la tesis de que el cohecho grave se consuma ya con la aceptación, por parte del funcionario, del regalo (o de la promesa del mismo), con conciencia de que se le hace como contraprestación de una acción contraria a sus deberes (pasada o futura) y aunque el funcionario en su interior no quiera realizar esta acción. La corrección de esta tesis no cabe deducirla *solo*, como hace Fuhrmann, del hecho de que el bien jurídico tutelado sea la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión de la Administración pública. Dicha conducta, supone ya ciertamente un menoscabo de la confianza de los ciudadanos, pero no todas las conductas que atenten a dicha confianza son objeto de sanción penal. Sólo determinadas formas de agresión del bien jurídico tutelado son sancionadas con pena. No todas ellas son valoradas además por el ordenamiento jurídico-penal como cohecho grave. La corrección de la tesis de Fuhrmann se basa,

más bien, en la voluntad del legislador histórico, tal como aparece en los materiales que sirvieron para la redacción del Código.

Sigue a la sección doctrinal una recensión del Prof. Würtenberger de las publicaciones de la Oficina criminal federal.

La sección de Derecho comparado está encabezada por una nota necrológica redactada por el Prof. H. H. Jescheck con motivo del fallecimiento del Profesor Waiblinger .

Se insertan, a continuación, las conferencias e intervenciones de la Reunión de Derecho comparado de Bremen de 8 de abril de 1960 sobre «Los principios fundamentales y los métodos de la práctica de la prueba en el proceso». El Profesor Andenaes (Oslo) expuso el estado de la cuestión en el Derecho procesal escandinavo, el Dr. Quintano Ripollés en el Derecho procesal español y el señor Claud Allen en el Derecho procesal inglés

Cierra la sección una nota de A. Calvi sobre la evolución del Derecho penal material en Italia en los años 1952-59.

JOSÉ CEREZO MIR

E S P A Ñ A

Revista Española de Derecho Militar

Número 10. Julio-diciembre de 1960

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: «Los delitos contra el Derecho de Gentes en el Código de Justicia Militar, págs. 9 a 20.

La publicación de esta Revista ha estimulado, con lo que presta un gran servicio, el estudio monografiado de los delitos en particular más abandonados que son los que en nuestra rubricación legislativa se denominan contra la Patria y contra el Estado. A este estímulo responde sin duda el trabajo de que nos ocupamos, aunque sea de lamentar, como se advierte en su título el del grupo de delitos elegido, no se refiera al Derecho español en sentido amplio, ni aun a la legislación española, sino limitadamente al Código de Justicia Militar.

En tres partes divide el trabajo el autor:

En la primera consigna la responsabilidad penal directa del individuo por los actos cometidos contra el Derecho Internacional y determina la jurisdicción que ha de conocer en ellos.

En la segunda, tras de advertir que en el Código de Justicia Militar, Derecho de Gentes es equivalente a Derecho Internacional y que la colocación de estos delitos en dicho cuerpo legal no quiere decir que se trate inmediatamente de proteger la seguridad del Estado y mediatamente los bienes jurídicos del Derecho de Gentes, sino al contrario, realiza el estudio y comentario

circunstanciado de los artículos comprendidos en el capítulo III del título XIII de la Ley Penal de los Ejércitos, sobre todo en relación y comparación con los convenios de La Haya de 1907 y 1954, de Ginebra de 1949 y el Reglamento anexo al primero de los citados.

La tercera es la crítica conjunta de la regulación comentada haciendo ver sus defectos y proponiendo su corrección: deficiente colocación que se remediaría agrupándolos en un Título especial; inclusión de actos que estarían mejor entre los delitos contra el honor militar como la apropiación de dinero y efectos de sus compañeros muertos en el campo de batalla; descripción incompleta de tipos delictivos: y, sobre todo, ausencia de actos —conducta dice el autor— bélicos ilícitos condenados expersamente por el Derecho Internacional de convenios suscritos por España.

Este es el contenido del excelente trabajo de que doy noticia y dígame ahora si no está justificada la lamentación inicial por la reducción del ámbito de él, por quien con lo publicado ha demostrado poder hacer el trabajo completo y definitivo que de su dominio del tema podía esperarse.

LOPEZ MEDEL, Jesús: «La profesionalidad en los reos de imprudencia aforados a la jurisdicción aérea»; págs. 21 a 35.

La inagotable temática y la aterradora frecuencia de los delitos culposos de los conductores de automóviles lleva al autor a tratar el problema de la profesionalidad de los mismos en la jurisdicción militar, pues si bien el título lo refiere sólo a la aérea por nota advierte que por la unidad institucional de la justicia y la sustantiva de los tres ejércitos el trabajo tiene también interés para los otros dos.

El problema de la profesionalidad en este campo suge de dos consideraciones, la de establecer el núm. 5.º del art. 563 del Código Penal ordinario, una agravación específica cuando se produzcan muertes o lesiones graves por impericia o negligencia profesional y el estar determinada la competencia de la jurisdicción castrense por la condición de militar del autor.

De esta doble consideración surge la consecuencia de clasificar a los militares autores de estos delitos en seis grandes grupos: 1.º Conductores civiles afectos al Ejército conduciendo vehículos militares; 2.º conductores civiles afectos al Ejército conduciendo vehículos particulares; 3.º soldados que una vez en filas se hacen conductores de profesión que prestan servicio de la misma índole durante su permanencia en el Ejército; 4.º soldados, conductores profesionales que no prestan este servicio en el Ejército conduciendo vehículos particulares, y 6.º soldados no conductores profesionales con carnet de conducir que no prestan este servicio en el Ejército conduciendo vehículos particulares.

No le cabe duda al autor respecto a la profesionalidad a efectos de la agravación de los comprendidos en los grupos 1.º y 3.º, y respecto a la no profesionalidad de los que lo están en el 6.º, pero sí respecto a los comprendidos en el 3.º y 4.º, que no cree incurso en la agravante, y respecto a los comprendidos en el núm. 5.º, que cree han de considerarse conductores pro-

fesionales si durante los premisos vuelven a su profesión de conductores; y no si durante la prestación activa del Servicio Militar al conducir esporádicamente cometen un delito culposo.

Termina con una exposición y análisis de la jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar a este respecto, con referencia a la del Tribunal Supremo sobre este punto concreto de la profesionalidad de los conductores de vehiculos como agravante del núm. 5.º del art. 565 del Código Penal ordinario.

RODOLFO RIVERA, Román: «La Justicia Militar en la República Argentina; págs. 135 a 152.

La Revista sigue dando noticia de la organización de la justicia militar en los diversos países y encomendando este menester a los autores que en esta materia son más prestigiosos en ellos. En el presente número, el Auditor General de las Fuerzas Armadas de la Argentina, expone las líneas generales de la establecida en aquella República, tras de subrayar la larga supervivencia de las Ordenanzas de Carlos III, después de secesión de la Corona de España.

La base de la atribución de competencia es en razón de la materia, siendo de los Tribunales Militares el conocimiento de los delitos y faltas esencialmente militares. La condición personal no atribuye competencia por sí misma, sino en relación con la ocasión y el lugar atribuyéndosele el conocimiento de los delitos cometidos por los militares con ocasión de los actos de servicio o en lugar militar.

Su ejercicio está atribuido a diversos órganos según se trate de tiempo de paz o de guerra. En tiempo de paz son órganos jurisdiccionales: El Consejo Supremo formado por nueve Generales, dos de Arma por cada uno de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, y uno jurídico también por cada uno de dichos Ejércitos, el Fiscal es Togado —diríamos en España— procedente de los Cuerpos Jurídicos de cualquiera de los tres Ejércitos; los Consejos Permanentes para Jefes y Oficiales y para Suboficiales, clases y tropa con distinta composición; los Consejos especiales tienen carácter extraordinario en tiempo de paz y sólo pueden nombrarse en determinadas circunstancias. En tiempo de guerra la jurisdicción se ejerce por los Comandantes Generales y Jefes, por los que tengan mando independiente, por los Consejos de Guerra especiales y por los Comisarios de Policías de las Fuerzas Armadas.

En el procedimiento se distinguen los periodos de instrucción o sumario y el plenario, dándose contra las resoluciones del Consejo de Guerra recursos por infracción de ley y de revisión por quebrantamiento de forma en determinados casos. Las sentencias firmes deben ser aprobadas por el Presidente de la República, que puede indultar o conmutar la pena, sustituirla por una sanción disciplinaria, variar la sanción de esta clase impuesta en la sentencia y devolver la causa para nuevo fallo. Como procedimiento extraordinario existe el de tiempo de guerra y el juicio sumario en tiempo de paz.

GARDON, Gratien: «Organización y competencia de las jurisdicciones militares francesas; págs. 153 a 163.

No debe ser cosa fácil la exposición de la organización de la Justicia Militar francesa, cuando el Magistrado Militar, General Jefe del Servicio Común de las Justicias Militares de las Fuerzas Armadas, encargado de hacerlo, recurre al sistema cronológico de dar cuenta de su evolución, tan rápida que la Revista española advierte que el artículo sólo refleja la legalidad existente en 7 de abril de 1960.

La Ley básica de 9 de marzo de 1918 establece la competencia por razón de la materia reduciéndola casi exclusivamente a los delitos militares, ya que sólo la atribuye por razón de la persona al delito cometido por militar en establecimiento militar o en la casa donde se encuentra alojado y por una reforma posterior a los delitos comunes por él cometidos en acto de servicio. Tratando de seguir la organización de la Justicia Civil transformó los Consejos de Guerra en Tribunales Permanentes de las Fuerzas Armadas, uno por Región Militar en Francia, y otros en Argelia y Territorios de Africa entonces franceses, cuya presidencia la ejercía un Juez civil que estaba asistido por seis asesores militares de igual o mayor categoría que el encausado, pero crea un Cuerpo autónomo de Justicia Militar, asignando a cada Tribunal un número determinado de componentes del mismo.

Los Decretos-Leyes de 29 de julio de 1939 atribuyeron a las jurisdicción militar el conocimiento de los delitos contra la seguridad del Estado, juzgados por el Tribunal Militar, pero con dos Magistrados civiles más, que en estos casos tienen por tanto nueve miembros.

Leyes especiales posteriores han introducido innovaciones en cuanto a organización y competencia para los casos de estado de guerra, de sitio y de alarma, y en cuanto a la competencia de los Tribunales Militares en Argelia y Sahara.

NYHOLM, S. B.: «La jurisdicción militar en Dinamarca»; págs. 165 a 170.

En este país la competencia se atribuye a los Tribunales Militares por razón del delito a los definidos por las Leyes de este orden y por razón de la persona a los cometidos por militares durante el servicio o con ocasión de él, en lugar militar o que atenten al Honor Militar, y en tiempo de guerra además a las personas que siguen al Ejército. La jurisdicción se ejerce por Tribunales de Primera Instancia y formados por un Juez profesional y dos que no lo son, por Tribunales de apelación compuestos por tres Jueces profesionales y tres que no lo son, y por el Tribunal Supremo formado por cinco Jueces de carrera. Los Jueces profesionales y el Procurador Militar pertenecen al Cuerpo de Auditores.

Contiene este número, además de otros tres artículos de materia no penal, las acostumbradas Secciones de recensiones, información, legislación y jurisprudencia.

FRANCIA**Etudes Pénitentiaires**

Número 1. Octubre 1958

Esta revista no busca un gran público ni una gran difusión. Creada por la Administración Penitenciaria Francesa y confiada a su Departamento de Estudios y Documentación, trata de dar a conocer las realizaciones conseguidas en aquel país en materia penitenciaria a los que han de aplicarlas. Esto explica nuestro retraso en dar noticia de ella y el valor de su conocimiento, al mostrar la intimidad del pensamiento oficial francés en esta materia y que su aparición no sea periódica, por lo que difícilmente puede aceptarse el título de Revista que se da a sí misma.

Este primer número está dedicado al Centro Nacional de Orientación de Fresnes del que los franceses, con razón, se muestran particularmente orgullosos, estudiándolo en el cuadro de la política penitenciaria francesa, explicando su estructura y funcionamiento. Contiene también un plano del Centro, la reproducción de un expediente de preclasificación y un organigrama de los Centros penitenciarios a que puede ser destinado el observado, así como un expediente-tipo y un análisis de la personalidad para terminar con el resultado de las investigaciones clínicas practicadas en él, que corre a cargo de la doctora Badonnel, jefe de los servicios psiquiátricos.

Número 2. Septiembre 1959

Este número está dedicado a la divulgación de la consagración, que las medidas de seguridad en régimen de libertad han tenido al integrarse su regulación en el moderno Código de Procedimiento Penal, que ha recogido en parte reglamentaciones administrativas anteriores y en parte ha aceptado innovaciones impuestas por la evolución de las costumbres, por el adelanto de las ciencias criminológicas y por la reforma de los organismos judiciales, sobre todo, con la creación de los Jueces de aplicación de penas.

Los tres aspectos de esta cuestión: nuevas condiciones de aplicación de penas privativas de libertad en establecimientos cerrados; tratamiento de delincuentes en libertad, y el Juez de aplicación de penas y su intervención en la aplicación de la sentencia penal, son estudiados en tres apartados distintos.

El primero está subdividido en dos partes dedicándose la primera a las modificaciones en la organización de establecimientos penitenciarios, al consagrarse por primera vez la existencia de establecimientos penitenciales, como prisión-escuela, prisión-hospicio, centro sanitario, de formación profesional, establecimientos abiertos y para relegados, y la otra a los nuevos aspectos de la pena, haciéndose resaltar la consagración de prácticas y principios ya aceptados por la Administración, como la proclamación de ser su fin la corrección y la readaptación social, establecer el régimen de aislamiento nocturno y trabajo diurno común en las prisiones centrales, así como la

científica clasificación de reclusos hecha por el Centro Nacional de Orientación de Fresnes.

También la segunda parte tiene otras dos sub-partes; una dedicada a las nuevas condiciones de la condena condicional para cuya concesión puede preceder el examen de la personalidad del sujeto, tanto de su situación material y familiar como del aspecto médico-psicológico, jugando en su aplicación un papel esencial el Juez de aplicación de penas ayudado por los oficiales de prueba y asistentes sociales, el que puede revocar la concesión o aminorar o suprimir las obligaciones del beneficiario; la otra segunda parte está dedicada al estudio de la libertad condicional, en cuya ejecución se acentúa la intervención judicial y aún se prevé su intervención en intensidad cada vez mayor.^o

Finalmente, la tercera y última parte del fascículo, la dedicada a la función del Juez de aplicación de penas, que es como el resumen de las otras dos, recuerda la evolución de las ideas y de la legislación francesa en materia de aplicación de penas, sólo posible por la adscripción, podemos decir tradicional, al Ministerio de Justicia de funcionarios judiciales para la dirección de la política penitenciaria.

Tiene también dos sub-partes: la una dedicada a su función respecto a las penas de reclusión ejercidas con respeto absoluto de la del Director del Establecimiento, tanto de las concedidas con carácter general, como de las atribuidas con carácter especial respecto a las prisiones centrales, y la otra sub-parte a las que se cumplen en libertad, que es el punto donde la innovación ha sido más profunda y cuya enumeración es imposible en este lugar.

Núm. 3. Julio 1960.

Este número, hasta ahora último, de esta publicación, es consecuencia de las reuniones tenidas el mes de marzo de 1960 por los Jueces de aplicación de penas, que se cree conveniente divulgar, por revelar el uso, práctica y funcionamiento de esta institución cuando empieza su vida normal, pero antes de dar a conocer los diversos puntos de vista en ella contrapuestos, se insertan en forma de artículos o exposiciones, sin duda de los inspiradores de la reforma realizada, sus diversos aspectos, lo que le da el formato habitual ya consagrado de una revista especializada.

Estos artículos o exposiciones son:

ANCEL, Marc: «La participation du Juge á l'exécution de la sentence pénale»; págs. 5 a 16.

El autor empieza haciendo una sucinta historia de la intervención judicial en el cumplimiento de las penas de prisión, que empieza en las ordenanzas de los Reyes Católicos y termina en las condiciones mínimas para el tratamiento de los detenidos adoptadas por las Naciones Unidas.

Al tratar de su actual regulación legal, establece tres grupos de legislaciones a este respecto: las caracterizadas por la ausencia de intervención ju-

dicial adoptado por algunos Estados de Norteamérica; el de las que aceptan un sistema mixto como Dinamarca, Finlandia, Países Bajos y Bélgica, en las que el Juez interviene pero no predomina; y las de predominio judicial, que empieza en Italia con la creación por el Código Penal de 1930 del Juez de Vigilancia, sistema que sigue Portugal con algunas limitaciones y Brasil sin ninguna.

Es, continúa, geográficamente un sistema latino, una afirmación característica y necesaria de la política social humanitaria moderna, pues asegura la garantía legal y procesales de los derechos del hombre en su sentido tradicional y se funda en el nuevo papel social que se atribuye al magistrado de una función tutelar y ha de tener por objeto asegurar a la vez la protección de la comunidad y del individuo. Es, termina, una necesidad esencial esta intervención del Juez en una nueva concepción de la justicia penal.

PINATEL, Jean: «Les perspectives offertes par le nouveau Code de Procédure pénale dans le domaine du traitement des délinquants»; Págs. 17 a 32.

El autor comienza anunciando que va a enfocar el problema desde su punto de vista criminológico y va a dividir, como lo hace, su trabajo en dos grandes partes.

La primera dedicada a los métodos especiales que se pueden aplicar a tipos definidos de delincuentes, y resultan ser éstos los perversos, sobre todo perversos sexuales, a los que se puede aplicar un tratamiento psicoquirúrgico, los caracteriales o psicópatas, con los que se puede emplear el método del choc ya usado con los enfermos mentales y el uso de sustancias tranquilizantes aconsejadas por la quimioterapia, y los débiles mentales respecto a los que son aconsejables los métodos médico-pedagógicos.

La segunda parte del trabajo, que es la más extensa, la dedica a estudiar los métodos generales que pueden ser aplicados a la mayoría de los delincuentes y que son, a su juicio, la psicoterapia racional de fronteras inciertas con la reeducación, fundada en la represión, el psicoanálisis basado sobre todo en la liberación y que no puede ser aplicado, es el autor recensionado quien lo dice, al tratamiento de delincuentes, la terapia de grupo, que dice se puede definir como un psicoanálisis económico, sistema al que si bien encuentra defectos lo cree de eficiente resultado, y el psicodrama o empleo del teatro para sacar a la superficie los sentimientos profundos.

Después de un estudio sobre la situación, pues el crimen, ha dicho, es el resultado de una personalidad en una situación, termina poniendo de relieve las perspectivas que el nuevo Código de Procedimiento abre a la actuación de los Jueces de penas.

PONS, Louis: «Le sursis avec mise á l'épreuve et les problèmes que soulève son application»; págs. 33 a 48.

Empieza recordando el origen, en Norteamérica y en Inglaterra, de lo que en España llamamos condena condicional. Después trata de la función de los

Jueces de aplicación de penas en la puesta en práctica de esta institución y de sus relaciones con los agentes de prueba y los asistentes sociales puestos a su disposición, siendo éstos, mientras se hace la difícil recluta de aquéllos, sus colaboradores más eficaces; se extiende en el examen de las condiciones que estos asistentes han de tener, y de la difícil delimitación de su función; termina señalando la confianza que los tribunales van teniendo en la institución examinada acordándola cada vez con mayor frecuencia.

FAURE, Albert: «Les Juges de l'application des peines et l'interdiction de séjour»; págs. 49 a 64.

La función de los Jueces de aplicación de penas respecto a esta medida de seguridad son consecuencia de dos preceptos legales, el que les ordena comunicar a la autoridad gubernativa la naturaleza y función de la acordada sobre un condenado, y el que les instituye presidente de los comités de asistencia a los liberados, y el autor, que es el Jefe del Departamento del Ministerio del Interior para la aplicación de esta medida, estudia las relaciones de este Departamento y de aquellos jueces en orden a esta cuestión.

En el amplio trabajo se hace un bosquejo histórico de esta pena o medida desde su inclusión en el Código Penal francés de 1810, hasta la moderna ley de 1935, con espíritu tan diferente del de aquel Código estudia la dificultad de su aplicación mayor en cuanto al procedimiento a seguir, en cuanto a la determinación del lugar de cumplimiento y a la diferenciación de lo que ha de ser asistencia, respecto al contenido de los informes que han de librar los jueces y que han de referirse a los antecedentes del sancionado, medios familiares, reincidencia en su caso y reacción que su presencia puede producir en el lugar del cumplimiento.

VIENNE, Roger: «Le problème des vagabonds»; págs. 65 a 68.

Se sobreentiende en relación con el Juez de aplicación de penas, y para buscarla el autor hace referencia a la represión tradicional del vagabundaje, con penas cortas de privación de libertad, de contraproducente efecto, y a la posterior creación de asilos para vagabundos, para llegar a la legislación actual que ordena que los que sean aptos para una readaptación sean admitidos a la vida social, ejercida por un delegado designado por el Juez de aplicación de penas, presidiendo este funcionario la Comisión de asistencia a los vagabundos, encargada de promover y coordinar las iniciativas encaminadas a la readaptación buscada.

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Octubre-diciembre 1960

BADONNEL, Dr.: «Les différents mécanismes criminogènes dans l'épilepsie»; págs. 791 a 796.

Es la acostumbrada crónica de Criminología Clínica.

La autora empieza haciendo resaltar la frecuencia de la epilepsia en el delincuentes; que según observaciones hechas en la prisión de Fresnes, es del 7 por 100, a los que sin duda hay que agregar un cierto número de casos dudosos o desconocidos, pues el diagnóstico no es fácil ni aun ahora con los datos de la electroencefalografía. Desde el punto de vista clínico los términos «epilepsia larvada», «pequeño mal», etc., atestiguan la presencia de manifestaciones más o menos frustradas; los que rodean al enfermo se esfuerzan en hacer ignorar su existencia o en aminorar su importancia, y los datos que puede facilitar el propio enfermo son siempre incompletos.

Quando se trata de un problema médico-legal, la ausencia de premeditación, lo insólito del acto, el ensañamiento con que se realiza, la sorpresa y la incomprensión del actor al volver al estado normal denuncian su existencia, que los datos del electroencefalograma acaban de revelar, pues tienen un valor positivo de afirmación, aunque no lo tengan de negación de su existencia. En los medios carcelarios es frecuente su simulación y las crisis neuropatológicas de su eclosión sobre todo en circunstancias particulares de una emoción penosa, como arresto carcelario, interrogatorio del Juez o comparecencia ante los Tribunales.

Otro problema es el de la falta de aptitud profesional de los epilépticos, que no pueden subir a un andamio, conducir un vehículo, trabajar en cadena, etc., y los puramente materiales son realizados cada vez en mayor escala por las máquinas; esta dificultad los lleva a la necesidad de cometer delitos, sobre todo pequeños robos, para subsistir, y la tendencia actual en materia de asistencia encuentra en estos delincuentes enfermos problemas que no siempre puede resolver.

Tras manejar las estadísticas respecto a los delitos de los epilépticos, mujeres y hombres, llega a su tesis, pues el trabajo la tiene, de que durante su prisión deben beneficiarse de un tratamiento médico con su estancia en un establecimiento o anexo psiquiátrico penitenciario o en un establecimiento como el de Chateau-Thierry, pero para evitar las reincidencias será indispensable que después de su liberación estos enfermos continúen beneficiándose de una asistencia post-penal, que en relación con un dispensario, les asegure o al menos les facilite, una readaptación social.

LETENEUR, Henri: «Itinéraire d'un libéré»; págs. 813 a 821.

En este trabajo el antiguo Director de la Prisión Central de Ensisheim muestra las dificultades que tuvo que vencer el primer liberado de dicha prisión por la puesta en marcha del sistema progresivo.

El liberado, descrito como un atleta de ojos claros, sostiene correspondencia con el autor, contándole sus vicisitudes; trozos de estas cartas constituyen el artículo.

Primero su retorno al hogar familiar, sucio y abandonado, en el que el padre se embriaga, maltrata a la madre y le insulta a él; la higienización de la casa por él realizada y mejoría de costumbres que logra del hermano, el interrogatorio de los gendarmes, la desconfianza y hostilidad de sus vecinos, que conocen su pasado.

Sigue el relato del comienzo de su trabajo en un fábrica de cajas, a cuyo jefe comunican los gendarmes sus antecedentes, su nuevo empleo en el servicio de limpiezas del Municipio, después el de caminero en el que por sus antecedentes no logra plaza fija, la muerte de su hermano, el empeoramiento de las costumbres de sus padres, la demolición de la casa donde con ellos habitaba para ir a vivir a una barraca, su despido al reducirse el número de obreros, su nuevo empleo y su mejor remuneración.

Ya en plena ascensión, su matrimonio, la compra de una moto, el alquiler de una casa de tres piezas, la gran alegría de su rehabilitación, la adquisición a plazos de un terreno y la construcción en él de una vivienda y, por fin, su plena felicidad sólo ensombrecida por la imposibilidad de tener hijos.

Este es el relato más elocuente y patético en su sencillez de lo vivido, que muestra el autor al público de penitenciaristas, al que ha de dar una mejor visión de la realidad de la post-liberación que las más engoladas disertaciones.

LOPEZ REY, Manuel: «De quelques conceptions fausses dans la criminologie contemporaine»; págs. 763 a 779.

Novedad de este número es este largo artículo escrito cuando su autor era aún Jefe de la Sección de Defensa Social del Secretariado de las Naciones Unidas, por lo que avisa que se trata de opiniones personales y no de las de dicho organismo.

Es una crítica de las concepciones en que actualmente se basa la Criminología y la propuesta de sustitución por otras que no difieren fundamentalmente de las que combate en este artículo.

* * *

Este número no contiene como sus anteriores, de los que hemos dado noticias, crónicas extranjeras, pero sí las acostumbradas secciones de bibliografía, en la que por cierto no se da noticia de ningún libro escrito en español, Información, Jurisprudencia, etc., y el extracto de lo que en España es la Memoria de la Dirección General de Prisiones.

I T A L I A .**Cuaderni di Criminologia Clinica**

Año II, núm. 1. Enero-marzo 1960

GLUECK, Sheldon: «Criminogenesi: Teoria e fatti»; págs. 1 a 19.

El artículo es como un resumen de las conclusiones a que el autor ha llegado tras una dedicación a estos problemas y de las experiencias realizadas de comparación de grupos de personas normales con otros de igual número de delincuentes respecto a caracteres diferenciales.

Empieza rechazando las teorías que atribuyen la delincuencia a un solo factor, sea éste individual o social, y dentro de éstas estudia con mayor detenimiento la de la «asociación diferencial» de los delincuentes propuesta por Shuterland. La delincuencia, afirma, es producto de diversos factores, su etiología sólo puede fundarse sobre la influencia del ambiente y sobre las diferencias individuales. En un ambiente determinado un número de individuos llega a la delincuencia y los otros no, es preciso, dice, determinar las causas individuales de este hecho.

Si se observa, como el autor ha hecho, un determinado grupo de delincuentes se ve que algunos factores que impulsan a la delincuencia se repiten en ellos, mientras otros sólo esporádicamente aparecen en algunos: es preciso buscar en cada caso qué factores han influido sobre la personalidad y cómo el cambio operado en ella se ha reflejado en un cambio de conducta.

Con el examen de estos datos se pueden formar, como el autor junto con la señora Glueck ha hecho, tablas de predicción de la delincuencia y, sobre todo, de la reincidencia que permiten atacar el complejo de factores que pueden llevar a aquélla con la esperanza de una reducción de ésta, poniendo como ejemplo las medidas que se pueden tomar para evitar la producción y extensión de los incendios, aislando las materias inflamables para que no entren en contacto con lo que pueda producirlos.

Este elemento determinante no ha podido ser aislado. La exacta relación entre estos factores y la conducta irregular no ha podido ser encontrada. Unas veces aparece clara, próxima y directa, y otras lejana y mediata. Su determinación definitiva necesitará aún mucho tiempo, pero el prodigioso avance de la ciencia hace que pueda esperarse confiadamente el que se logre en el futuro.

ENDARA, Julio: «Degradazioni e devitalizzazioni nel criminali, rilevabili per mezzo del test di Rorschach»; págs. 21 a 36.

El autor, director de la revista «Archivos de Criminología, Neuropsiquiatría y Disciplinas Conexas», de Quito, empieza determinando lo que es «proyección» o versión al mundo exterior de percepciones internas y el sentido que

tal mecanismo tiene en Freud y otros autores, valorado y medido mejor que en ningún otro en los test de Rorschach que necesitan una exacta interpretación psicoanalítica. Sobre estos test la señora Orr ha estudiado los grados de degradación y desvitalización de la *imago* moderna.

Siguiendo la tabla de valoración de ésta, ha tomado como grupo de control el de cuarenta individuos normales, los ha confrontado con el de otros cuarenta de delinquentes (ladrones, homicidas ocasionales y homicidas reincidentes) y ha visto que son estos últimos los que presentan los rasgos más acentuados de desvalorización de la imagen de la madre, que en ellos no es una interior fuente de vida y elemento de estabilización, sino de angustia y frustración, estando menos degradada y desvitalizada esta imagen en los ladrones.

SCHACHTER, M.: «Su di una tematica significativa nel test di Goodenough in minori accusati di aggrissione criminale»; págs. 38 a 46.

Los dos casos son examinados por separado.

Uno de los examinados tenía quince años, sin ninguna tara, criado en buen ambiente familiar. Es un buen alumno y ha recibido instrucción, hurta un revólver a su padre y encañonando con él a una droguera trata de robarla, pero ésta le desarma y le hace huir.

El otro, de dieciocho años y seis meses es un norteafricano analfabeto, bebe frecuentemente a pesar de su religión, comprometido a atacar juntamente con otro a un tercero por una cantidad, así lo hace, dándole dos puñaladas después de hacer bebido un litro de vino y otro de cerveza. Sometido al test de Rorschach da inteligencia mediocre de gran potencia afectivo-emotiva, de tipo explosivo e irritable, pero capaz de adaptarse, aunque no bien, a las exigencias del ambiente.

Sometidos ambos al test de Goodenough, no obstante la evidente diferencia de edad, de ambiente educativo y de nivel intelectual y escolástico, los dos dan la misma respuesta, representando un hombre decapitado, que es la forma viril de agresividad en su expresión más significativa. El objeto del trabajo es llamar la atención sobre este hecho sin sacar conclusiones de él.

DOGLIANI P., INCA E. F., MICHELETTI, V.: «Considerazioni sul concetto di reazione a corto circuito»; págs. 47 a 49.

Empiezan los autores de este largo artículo diciendo que el término «reacción a corto circuito», propuesto por Kretschmer se emplea para indicar la concreción de un impulso afectivo no sometido al control de la capacidad consciente de reflexión y por ello libre de expresarse reactivamente de modo inmediato con acciones impulsivas instantáneas o mecanismos mentales profundos de tipo hipogúlico, insistiendo sobre las causas que pueden originarlos y en cómo actúan estas causas en su desenvolvimiento.

Tras este preámbulo o ambientación exponen el caso de un joven sometido a su observación con madre y hermana epilépticas, que ha sufrido varias enfermedades y ha cometido dos hurtos no perseguidos, el que acobardado al ser descubierto y perseguido al realizar un tercero, intenta huir del país acompañándole espontáneamente su novia, con la que ya sostenía relaciones íntimas, y a la que al no poder realizar la huida propone tras una noche de repetidas cópulas morir juntos, no encontrando medio de realizando la estrangula primero, y duda, finalmente desiste de realizar su suicidio, tras de besar el cadáver y entregarse llorando a los carabineros, para dormir después de la confesión.

En una tercera parte del artículo exponen el resultado de los exámenes somático, neurológico, de laboratorio clínico y psicológico, para explicar en unas consideraciones psicopatológicas el camino que le llevó a tan desgraciado suceso, una verdadera reacción a corto circuito que se inicia con el miedo a ser detenido y que cesa al besar el cadáver, volviendo entonces a ser el mismo con la reacción de entrega como autocastigo y del llanto y sueño como alivio de la tensión sufrida.

Año II.—Núm. 2. Abril-junio 1960

WOLFGANG, Marvin E.: «Análisi quantitativa dell'adattamento alla comunità carceraria; págs. 137 a 167.

La adaptación del detenido a la subcultura carcelaria ha sido materia de muchos estudios; éste, advierte el autor, tiene un doble fin: seguir como estudio preliminar del culpable, después del delito, los esquemas de adaptación de personas que han sido condenadas y encarceladas por haber cometido un homicidio y suministrar un indicio de adaptación carcelaria basado sobre un análisis empírico y cuantitativo. La investigación se hace sobre cuarenta y cuatro homicidas (nueve blancos y treinta y cinco negros) de las prisiones de Filadelfia.

Señalando la contraposición nuestra que las investigaciones anteriores han sido de tipo descriptivo, unas de orientación más psicológica y más sociológica la de otra, pero siempre desde un punto de vista cualitativo, no cuantioso, por lo que sólo pueden servir de precedente a este trabajo, pasando revista a las realizadas y haciendo resaltar los resultados obtenidos. Este es un estudio longitudinal. Para realizarlo se toma de base la estabilidad laboral, es decir, la duración o cambio en los diversos trabajos, la interrupción en ellos por mala conducta e informes de los jefes de las secciones a que están adscritos, buscando los resultados según la raza, edad, estado civil y que los examinados sean autores de simple homicidio o de homicidio complejo con otro delito, como robo, violencia carnal, etc., precedente experiencia carcelaria, inteligencia y personalidad.

Es necesario comprobar la validez del índice de adaptación a la vida carcelaria para ver si sirve para determinar la posibilidad de adaptación a la vida social, cuando la excarcelación se produzca, para lo que se debía continuar en el examen de la conducta de los individuos ya observados en las

instituciones penitenciarias a su salida de ellas formando un nuevo índice de adaptación y ver la relación entre ambos para determinar previamente el acierto o el fracaso de la liberación y servir de guía a los oficiales de las juntas de libertad bajo palabra.

MAUCH, Dr. Gerhard: «La psicoterapia dei criminali quale metodo di risocializzazione, págs. 169 a 184.

La psicoterapia de los criminales no interesa sólo a los médicos y a los juristas, sino a todos porque abre el camino a su readaptación social. La literatura sobre la materia se refiere a qué grupo de criminales ha de aplicarse, quién debe practicarla y coste del tratamiento.

No pudiendo iniciar al principio de su actividad de médico de prisiones el tratamiento con la psiquiatría clásica, afronta el problema con la psicología también clásica, encontrando en su empleo desde la sonrisa a la repulsa, empezó con sus colaboradores a aplicar la psicoterapia, desarrollándose como hipótesis de trabajo una «psicoterapia clínica de los detenidos».

Como demostración de los resultados, expone el caso de un herido de guerra en la pierna izquierda, con anquilosis de la articulación tibio-básica, con pie en posición equina, con anquilosis parcial de la rodilla, fractura de fémur, atrofia extendida, irregularidad en el riego sanguíneo de la pierna y el pie, osteomielitis en la pierna derecha, toxicómano, estreñido crónico, e impotente que sólo podía moverse con muletas.

Su vida desde 1943 en que fué herido, a 1956 fecha en que tenía treinta y cinco años, transcurre entre hospitales y cárceles, por haber sido condenado seis veces; arrestado la séptima fué condenado a cuatro años de cárcel; sometido a tratamiento se logra la desaparición de la irregularidad circulatoria en la pierna izquierda y del estreñimiento; rechaza la ayuda que antes pedía para asearse y no se pasa el día en la cama como antes; sustituye las muletas por el bastón, que acaba abandonando, empleándose gustoso en trabajos duros y acepta el aparato ortopédico que había rechazado.

Se empieza entonces la segunda fase del tratamiento, dirigida a su readaptación. Puesto en libertad se busca como alojamiento una casa de reposo, superando las primeras amarguras sufridas al gestionar el cobro de su pensión de guerra, buscar trabajo y una mayor instrucción, cosas que logra iniciando con un brillante examen sus estudios de arquitectura, con lo que termina su readaptación.

Tomando este caso de ejemplo saca ya las consecuencias generales: la psicoterapia debe ser extendida a todos los grupos de delinquentes; las probabilidades de éxito están en relación con el grado de sensibilidad respecto a la pena y con el de aceptación del tratamiento por parte del sujeto; los aspectos jurídico, terapéutico y social profesional del proceso de readaptación social deben alternarse antes y después de la liberación, pues sin medidas de asistencia social post-carcelarias la terapia está destinada al fracaso.

La consecuencia que seguramente ha de impresionar más al profano es

que el empleo de la psicoterapia ha de resultar económicamente ventajosa. En el caso tomado de modelo calcula que lo que ha costado su no empleo es de 39.600 marcos, mientras su empleo costó 3.000, además de que de no haberse empleado los gastos de hospitales y cárceles sin contrapartida alguna, hubiesen seguido aumentando.

ANCEL, Marc: «La difesa sociale e il trattamento psichiatrico dei delinquenti»; págs. 185 a 198.

Este artículo es la adaptación a la forma de tal, de una comunicación dirigida por el prestigioso magistrado francés, portavoz y en gran parte creador de lo que se llama la «Nueva Defensa Social» al Coloquio Europeo sobre el tratamiento psiquiátrico de los delincuentes, que tuvo lugar en Copenhague en los días finales de marzo y primeros de abril del año 1959.

El derecho penal es más antiguo que la ciencia psiquiátrica y más aún que la criminología, que no nace hasta el pasado siglo, desconoció primeramente la existencia de esta ciencia. Sólo acepta, al principio, el informe psiquiátrico para determinar la responsabilidad o irresponsabilidad del acusado, le da un mayor auge la admisión de estados —sonambulismo, histerismo, embriaguez, etc.— próximos a la demencia. Ambas ciencias las considera sólo auxiliares del derecho penal, es el tratamiento de los menores delincuentes y la aparición de nuevos problemas como el empleo del detector de mentiras, el narco-análisis y el examen psico-analítico lo que les da un gran relieve.

Gracias al peritaje psiquiátrico tiene lugar el primer encuentro entre el médico y el juez; sobre todo en los casos de pena de muerte los defensores tratan de encontrar un perito que diagnostique la demencia del procesado. Cuando se admiten estados mentales próximos a la demencia se asen a esta posición en busca de una atenuación de la pena, se pide al médico que dé la dimensión matemática de la anormalidad, una mitad, un tercio, etc., que se niegan a dar; se produce el reproche de dejar a la sociedad sin defensa contra estos enfermos que son precisamente los que suponen un mayor peligro para ella. Garófalo enuncia claramente el concepto de peligrosidad y se habla ya de defensa social.

La nueva defensa social nace en 1945 al crearse en Ginebra un centro de defensa social con un fin universal y humanitario, que atienda a ella sin olvidar la libertad del individuo y la dignidad humana; las reformas deben dejar de ser esporádicas y ha de instituirse un sistema tendente a la persecución del delito y a la adaptación del delincuente, sin que esto quiera decir que la pena sea abolida, ni suprimida la justicia penal con sus garantías, para lo que es necesario la estrecha colaboración de criminólogos y juristas, dejando el Derecho penal su espléndido aislamiento, el dualismo entre penas y medidas de seguridad debe ser superado, la investigación de la personalidad del delincuente y la elección de las medidas necesarias para la readaptación social deben hacerse con espíritu de equipo, aunque sea el Juez el que tome la decisión definitiva.

BARNES, Harry Elmer: «El caso di Caryl Chessman»; págs. 231 a 242.

Como concesión a la actualidad de entonces y probablemente por razones de cortesía, este trabajo sobre el «bandido de la luz roja», de un estudioso californiano, en el que su escaso interés científico está compensado por su amenidad de reportaje o crónica periodística de aquel apasionante proceso.

* * *

Estos números de la revista, como los que ya dimos cuenta en este ANUARIO (fascículo III de 1959 y I de 1960) exponen, porque es el fin primordial de su publicación, sendos casos de los observados en la Clínica Criminológica de Roma-Rebibbia, redactados por el Dr. Fontanesi, el del primero, con la colaboración del Dr. Rizzo, sobre un individuo de diecisiete años que primero había ejercido violencia carnal sobre un niño de cuatro años y a los 20 días de su liberación había estrangulado a otro de siete para que no gritase mientras lo violaba, y el segundo con la colaboración del Dr. Bellanova que, como los anteriores, trabaja en la mencionada Clínica, sobre el autor de un parricidio que cometió, ayudado por un compinche, sobre un hermano mayor para sustituirle en la explotación de un puesto de verduras.

D. T. C.

Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale

(1961. Fascículo I; págs. 32 y ss.)

CORDERO, F.: «Prove illecite nel processo penale».

Se refiere el autor al problema que plantea la distinción de lo lícito y lo inadmisibles en el rito probatorio, es decir: cuándo una conducta antijurídica, dentro o fuera del proceso aporta, sin embargo, datos o elementos de juicio para la decisión del juez. Entre otros ejemplos cita Cordero los casos de documentos sustraídos delictivamente; testigos cuya razón de ciencia es consecuencia de la comisión de un delito; antecedentes obtenidos por medio de la violencia, o la coacción, o por incumplimiento del deber de guardar secreto.

En todos estos casos, el autor se pregunta si el juez puede formar su convencimiento en virtud de estas pruebas que presuponen conductas no solamente ilícitas, sino también punibles o también si pueden o no servir de base como punto de partida para ulteriores investigaciones, teniendo en cuenta que en la hipótesis de una inadmisibilidad de esta prueba, la solución tanto puede influir de modo favorable como desfavorable para el inculpado con la posibilidad de cerrar la puerta a una posible sentencia absolutoria.

Para establecer sus conclusiones, Cordero, estudia sucesivamente el des-

envolvimiento procesal de la prueba penal en algunos de sus aspectos; el llamado negocio jurídico procesal y su posible nulidad como consecuencia de vicios de la voluntad; la inadmisibilidad de medios de prueba obtenidos por actuaciones que lesionan derechos constitucionalmente garantizados pasando a referirse luego a la experiencia en el derecho anglo-americano, y a los distintos supuestos que pueden presentarse en la práctica.

Como conclusión, el autor de este trabajo establece que, en su opinión, la inadmisibilidad de una prueba por motivación ilícita no ha de extenderse a las sucesivas que se practiquen por derivación de ella; y con respecto a las obtenidas ilícitamente, deben admitirse si el resultado de las mismas favorece al reo, ya que «la constatación de la inocencia es asunto demasiado importante para ser sacrificado a los ídolos del Procedimiento».

VALENTÍN SILVA MELERO

PAISES NORDICOS

Nordisk Kriminalistisk Arsbok 1959

«Anuario de la Asociación de Criminalistas Nórdicos»; Ivar Haeggströms Bok tryckeri AB, Stockholm, 1961.

El presente anuario contiene un resumen de los temas discutidos en las reuniones celebradas, en el año 1959, por la Asociación de Criminalistas de Finlandia, Suecia y Noruega. El fin de esta publicación es presentar un compendio de dichas discusiones.

La Asociación de Criminalistas de Finlandia celebró su XXV Aniversario en la reunión anual del 10 de abril de 1959. El Presidente de la Asociación, Profesor Brynold Honkasalo, dió con este motivo una conferencia en la que recordó el origen y actividades de la Asociación durante los pasados años.

El tema para la reunión era «Métodos de Protección de la Juventud en la lucha contra la delincuencia juvenil». Inició el coloquio el consejero señor *Aarne Tarasti*. Comenzó por señalar la diferencia entre el fin de las medidas de castigo y las de protección social. En el primer caso es necesario considerar el efecto general de la intervención, al mismo tiempo que su aspecto educativo y, en el segundo, las medidas a tomar en virtud de la ley de «Protección a la Infancia» que apuntan únicamente a la reeducación de los jóvenes delincuentes. El señor Tarasti señaló igualmente que, de acuerdo con dicha ley, las autoridades encargadas de la protección de la juventud tienen tanto el derecho como el deber de aplicar las medidas necesarias para el cuidado del delincuente joven, independientemente de la penalidad que haya de aplicársele.

El señor Tarasti expuso seguidamente la labor que las Comisiones de Protección de la Juventud deben realizar en su lucha contra la delincuencia: En primer lugar figura el cuidado y educación de los jóvenes menores de dieciocho años, así como la realización de encuestas oficiales y asegurar

la vigilancia de los jóvenes delincuentes puestos en libertad condicional. Esta demostrado que esta misión de vigilancia es difícil y entraña gran responsabilidad. El orador acentuó la especial dificultad que la Comisión encuentra, en ocasiones, de disponer de vigilantes adecuados.

Respecto al cuidado del adolescente, del que la Comisión es responsable, se dispone de diversos medios de acción. Pueden procurarles trabajos, empleos, colocarles en instituciones apropiadas para su cuidado físico, moral o mental. Pueden someterlos a vigilancia y, en casos especiales, colocarles en una casa particular o en un reformatorio.

El señor Tarasti añadió que la mejor manera de conseguir que las actividades de la Comisión tuviesen provecho, sería encaminar los esfuerzos hacia una labor preventiva. A este fin se conseguiría una gran mejora si las Comisiones nombrasen a un número suficiente de vigilantes; igualmente sería beneficiosa una estrecha colaboración entre las Comisiones y alguna Organización Juvenil. Además, se debería, también desarrollar una colaboración entre las Comisiones por un lado y la Policía y autoridades jurídicas y penales, por otro. El señor Tarasti concluyó diciendo que para conseguirlo sólo serían necesarios algunos cambios de orden administrativo, sin tener que recurrir a promulgar nuevas leyes, lo cual presentaría mayores dificultades.

El Profesor *Bruno A. Salmiala* resumió seguidamente una encuesta dirigida por el Instituto Penal de la Universidad de Helsinki. El fin de esta encuesta era investigar entre el número total de casos tratados por estas Comisiones de Protección de la Juventud durante el período 1955-57, aquellos realizados por menores de dieciocho años, culpables de actos delictivos, o que fueran detenidos en estado de vagabundeo o embriaguez (sin llegar a la transgresión de la ley antialcohólica). La mayoría de estos casos en un 88 por 100, aproximadamente, fueron calificados de infracción.

De estos infractores, el 33 por 100 eran menores de trece años; el 24 por 100, se hallaban entre los trece y catorce, y el 43 por 100, entre los quince y diecisiete. El número de casos había aumentado cada año.

De estas infracciones, el 72 por 100 habían sido robos, el 3 por 100 ofensas contra la moral y el 2 por 100, atracos y «gamberrismo».

En los informes suministrados por la Comisión de Protección de la Juventud, se vió que en una proporción de un 32 por 100 de estos casos, no se había tomado medida alguna contra los infractores. Y en el 75 por 100 de casos en que se tomó alguna medida, ésta resultó ser una simple advertencia.

En la opinión del Profesor *Salmiala*, había motivos para pensar que una simple advertencia no es suficiente (se emplea muy a menudo y a la ligera) y que en una gran parte de estos casos se deberían tomar medidas más eficaces.

Otras medidas que se aplicaron fueron la vigilancia de protección, que se prescribió en un 14 por 100 y separación del medio familiar en un 9 por 100. A la vista de estos números el Profesor *Salmiala* confirmó la opinión de que la vigilancia es uno de los medios más eficaces de protección de la in-

fancia y juventud, siempre que los vigilantes tengan capacidad y competencia para realizar su misión.

En los casos en que se impone la separación del niño de su ambiente familiar, la experiencia demuestra que lo mejor para el niño es colocarlo con una buena familia. El Profesor Salmiala comentó que esta forma de protección tan beneficiosa se pudiese aplicar en pocos casos, lo cual era de lamentar. Un informe de la Comisión indicó que sólo en un 8 por 100 se había conseguido colocarlos de esta manera.

El Profesor resumió su impresión general diciendo que las actividades de las Comisiones no habían sido suficientemente eficaces. La curva ascendente de la delincuencia juvenil, dijo, es alarmante y es indispensable que toda la sociedad coadyuve en esta obra de protección social, de una manera urgente.

El orador comentó encomiásticamente que el Comité de Protección de la ciudad de Helsinki había trabajado afanosamente por introducir mejoras eficaces, lo que le coloca en un plano superior al resto de Finlandia; sin embargo, insistió en que la protección en forma de vigilancia no se aplica en la medida necesaria.

Mrs. Sara Björman-Carlsson, primera secretaria (Suecia), dijo que en su país iba a ser presentado un proyecto nuevo de ley, en un futuro inmediato. La nueva ley concedía a las Comisiones de Protección Juvenil una mayor libertad de acción, tanto en cuestión de medidas de prevención a tomar, como aislamiento del medio familiar, medidas contra los jóvenes «asociales», etc. En resumen, que las Comisiones tendrían más amplio poder en la elección de medidas para realizar su misión.

Mrs. Björkman-Carlsson dijo que las Comisiones no siempre intervienen con la energía necesaria respecto a los jóvenes delincuentes. Hay algunos motivos que pueden haber contribuido a este estado de cosas. Por ejemplo, además del hecho que la Ley de «Protección a la Infancia», da unas medidas insuficientes, existe el de que las Comisiones no disponen del personal necesario. También es un gran inconveniente para la rápida intervención el escaso número de plazas disponibles en las Escuelas de Protección. Sin embargo, dijo que en la actualidad, se están tomando serias medidas para remediar estas deficiencias.

Después habló brevemente sobre las reglas a seguir en estas Escuelas de «Training». No existiendo planes de método «short, sharp, shock», se iba a intentar a título de ensayo, dar a ciertos alumnos un tratamiento de corta duración. El curso en estas Escuelas supondrá así un tratamiento y vigilancia intensos, un ritmo rápido de trabajo, ejercicio físico y sería seguido de un intenso tratamiento post-escolar. Terminó haciendo resaltar la importancia de las medidas profilácticas, las cuales deben tomarse con la mayor urgencia.

* * *

La Asociación de Criminalistas de Suecia celebró su reunión anual el 24 de abril de 1959. Con esta ocasión el Profesor Rudolf Sievert (Hamburgo) dió una conferencia sobre «Los problemas con relación al arresto del delincuente juvenil» por su introducción en el derecho penal de la República Federal Ale-

mana. Comenzó su conferencia señalando las ventajas e inconvenientes que presenta esta clase de castigo, así como las modificaciones introducidas en dicha Ley. En la actualidad esta Ley emplea tres modos de arresto: arresto parcial, arresto de corta duración y arresto de larga duración. Examinando los casos en que esta medida es aplicada, el Profesor Sieverts la señaló como oportuna ya que, por un lado la intervención judicial es necesaria y, por otro, suficiente tanto como sanción por el delito como de reeducación del infractor.

Es generalmente aplicada a casos de imprudencia, inobservancia de reglamentos o delitos debidos a un exceso de vitalidad, por fanfarronería, caprichos fantasiosos, o cualquier otra manifestación propia de la edad de la pubertad. Delitos debidos a falta de juicio o puramente impulsivos. Estos pequeños delitos, si no encuentran algo que los frene o impida, pueden con facilidad agravarse. Los arrestos, en el caso de que sean de cierta duración, se llevan a cabo en Instituciones especiales para estos casos, fallados por el Tribunal de Menores, y en otros de menos duración, por un Tribunal de primera instancia.

El arrestado deberá ser aislado y sólo de una manera excepcional podrá tener contacto con otros detenidos. La parte más importante de este castigo, en su aspecto educativo, serán las conversaciones personales mantenidas entre el detenido y la persona encargada de llevar a cabo la sentencia.

El profesor Sieverts dió a conocer algunos datos sobre esta forma de castigo, y comentó la situación que ocupa en la actualidad. Señaló que algunas de estas Instituciones tienen un área tan extensa, que los detenidos han de recorrer un largo camino desde sus casas. Son necesarias más Instituciones y que éstas contengan de 20 a 40 celdas. Debieran existir Instituciones especiales para los sentenciados a «free-time arrest».

Respecto a los ejecutores de estas sentencias, el Profesor Sieverts mantuvo la opinión de que es imprescindible emplear como personal a educadores. Los jueces no tienen este detalle en cuenta al dictar este tipo de sentencia, y desde luego, la preparación en la actualidad de los guardianes es muy deficiente. También está demostrado que la medida aplicada aislando al detenido, es mucho más eficaz que cuando es efectuada en grupos.

Para que el arresto haga efecto, añadió el Profesor Sieverts, es preciso que su ejecución siga a la sentencia con la rapidez que sea posible. Sin embargo, se han dado casos en los que, por falta de espacio, han pasado dos, tres y hasta cinco meses desde que la sentencia fué pronunciada.

El Profesor Sieverts concluyó diciendo que, aunque en un principio él había sido refractario a tomar esta medida contra los delincuentes jóvenes, se había dado cuenta que el arresto, cuando lo es oportunamente aplicado, da resultados satisfactorios y que, por tanto, disienta con los que abogaban por su supresión para los jóvenes delincuentes.

En conexión con la conferencia del Profesor Sieverts, se mantuvo un coloquio sobre el tema «Tratamiento de corta duración para delincuentes jóvenes». El señor *Carl Holmberg*, consejero adjunto al Tribunal de Estocolmo, tomó la palabra y expresó los conceptos que sobre esta cuestión adoptó la Comisión del Código Penal, en su propuesta para una ley protectora hace algunos años.

Dijo que en Suecia, no hay nada equivalente al «jugendarrest» alemán,

y que esta Comisión no proponía nada que equivaliera. Respecto a los delincuentes más jóvenes, aquellos menores de dieciocho años, la Comisión consideraba que toda competencia debiera descansar en las autoridades de Protección Juvenil. Respecto a los delincuentes jóvenes que hubieren de recibir trato penal, la Comisión opina que se deben de tomar medidas educativas y no aquellas que tienen por objeto únicamente el castigo. Ello implica la exclusión de sentencias de detenciones de corta duración (short-term).

La Comisión propone que el Tribunal cuando dicta sentencia de libertad vigilada (probation) debe al mismo tiempo ordenar un tratamiento de dos meses en una Institución. El fin de esta privación de libertad no está encaminado tanto a la reeducación del muchacho, como a la forzosa interrupción de su actividad delictiva y a la reflexión de darse cuenta de la peligrosa situación en que se encuentra. Esta idea presenta de novedad, no el tratamiento en sí, sino la combinación de tratamientos de arresto de muy corta duración, seguida de libertad vigilada, siendo el primero una preparación al segundo. La Comisión concede una importancia primordial a que al período pasado en una institución debe seguir siempre un período de libertad vigilada, o sea, según el proyecto, un tratamiento deberá seguir al otro, siempre que se trate de delincuentes jóvenes por supuesto.

Respecto al programa a seguir dentro de las instituciones, la Comisión no propuso ningún método específico para los detenidos. El infractor arrestado será confiado a una institución abierta o cerrada, según se considere adecuado. El período de corta duración servirá principalmente, para ejercer una influencia psicológica y pedagógica, de manera que el delincuente mismo vea la necesidad de refrenarse hacia lo delictivo en el futuro. Es necesario señalar que no se trata de la introducción del «short», sharp, shock». En cuanto a las instituciones, serán parecidas a los demás establecimientos penitenciarios. Sin embargo, habrá una diferencia en el orden interior: la de que los infractores por primera vez no serán colocados con los reincidentes.

El señor Holmerg habló entonces de los infractores de quince y diecisiete años, y se preguntó si la renuncia a prosecución no había sido demasiado prodigada. Estudió la posibilidad de aplicar a estos jóvenes algunos de los tratamientos aplicados a los de dieciocho años. Añadió que ya se piensa en hacer pruebas de someter a períodos muy cortos, seleccionando, de entre los infractores encomendados a los Organos de Protección Escolar, aquellos que necesitaban un período corto de vigilancia en una institución.

El señor Erik Christensen, de la Universidad de Dinamarca, dijo que no se es muy propenso a sancionar a los jóvenes delincuentes con penas privativas de libertad. Sin embargo, últimamente han sido aplicadas en casos en que se creyó necesario por prevención o desde el punto de vista de represión de fraudes y robos reiterados de coches principalmente. La privación de libertad de corta duración es frecuentemente motivada por razones de enjuiciamiento, pero a la vez conserva su carácter penal.

El señor Fredrik Bruun, juez (Finlandia), opinó que en muchas ocasiones una detención corta es mucho mejor que la imposición de multas que tantas veces son causa de nuevas infracciones. Un tratamiento de corta

duración podría servir como pena intermedia entre la prisión condicionada y la incondicionada, que funcionase de tal manera que, el infractor condenado incondicionalmente, podría salir por recomendación del Tribunal, después de un período cortísimo de arresto corto, pero suficiente para que cause una sensación que reprima al joven infractor.

El señor *Torsten Eriksson*, jefe de Sección, comparó las estadísticas de reincidencias entre Alemania y Suecia, y dijo que no había grandes diferencias. En Suecia no existe el arresto para jóvenes delincuentes; los casos similares son tratados estando el infractor en libertad. El señor Eriksson dijo que debemos tender hacia los tratamientos cortos, hasta por motivos puramente económicos, además de por otras razones. Señaló que las penas privativas de libertad estaban poco a poco transformándose en tratamientos.

El señor *Hans Norell*, juez, consideró que en Suecia existe una cierta prevención hacia el arresto de los jóvenes. Adecuadamente organizada la detención de los infractores, resolvería en gran parte las dificultades con relación a la detención de corta duración (short term). Pero, en este corto período por detención, es necesario insistir en que el infractor debe de ser mantenido aislado.

El señor *Maths Heuman*, procurador general cerca del Tribunal Supremo, dijo que es necesario llenar el hueco existente en el sistema de sanción jurídica de la protección escolar, entre el tratamiento de un centro escolar de protección, por un lado —el cual consiste en una detención de nueve o diez meses— y la libertad vigilada por el otro.

La reunión anual de la Asociación de Criminalistas de Noruega, se celebró en Oslo, el 13 de noviembre de 1959. El tema a discutir era «Sistemas de sanción para infractores de catorce a dieciocho años». El profesor *Knud Waaben* fué quien mayormente llevó la dirección. Empezó por exponer dos problemas que han sido causa de dificultades en Noruega, en estos últimos años. Se trata del aumento de casos de delincuencia juvenil, y de la blandura e ineficacia de sanciones aplicadas, las cuales en su mayoría han sido una declaración de culpabilidad y acaso una advertencia.

Sin embargo, dijo que en Dinamarca no había sufrido un aumento alarmante: el término medio se mantenía, sin grandes cambios, desde el final de la guerra hasta 1956. Aumentó ligeramente en 1957; aumento que por fortuna no continuó en 1958.

Respecto a las medidas tomadas se vió que, tanto en Dinamarca como en Noruega y en una proporción de 95 por 100 se había prodigado la «renuncia a persecución» (waiving prosecution). Ello significa que las medidas que se aplican, no son determinadas por los Tribunales, sino por otros órganos. En este aspecto se advierte una diferencia entre la aplicación de las leyes en Dinamarca y Noruega. En Noruega, las autoridades toman esta medida y luego confían a una Comisión de Protección Juvenil la medida que se deba aplicar a los jóvenes delincuentes que no han sufrido procesamiento, mientras que en Dinamarca, el Ministerio Público emplea, cuando lo cree necesario este sistema, con la condición de que las autoridades de

Protección Juvenil impongan determinada medida o medidas a los jóvenes infractores.

Seguidamente el profesor Waaber preguntó cuantos delincuentes tenían necesidad de otra sanción que no fuera una advertencia. En su opinión en Dinamarca otra sanción más drástica no sería necesaria más que en un 2/3 de los casos, todos ellos de naturaleza bien distinta, desde los casos relativamente simples hasta los realmente complejos o de reincidencias. El orador manifestó que, a su juicio, las necesarias colaboraciones entre el Ministerio Público y el Organó de Protección Juvenil, presentaban bastantes ventajas sobre el sistema noruego. Añadió que se está estudiando una reforma radical que implica la introducción del Tribunal de Menores.

Respecto a las medidas tomadas por los Organos de Protección Juvenil en Dinamarca, parece que el internamiento en forma de reclusión en una institución, se tomó en un 25-30 por 100 de casos y la vigilancia en libertad, en un 70-75 por 100. El profesor Waaben dijo que se puede dirigir una crítica al sistema danés, en su carencia de recursos prácticos. También tocó el tema de la relación entre la protección a la juventud y las sanciones penales; preguntó si se deben usar con más frecuencia las multas, arrestos en escuelas-prisiones, o condenas condicionales. En Dinamarca la respuesta general, tanto entre juristas como teóricos, es negativa.

El fundamento estriba en que ninguna de estas penas es apropiada para resolver los problemas planteados por los delincuentes jóvenes, ni el orden preventivo lo aconseja como oportuno. Respecto a las multas, el profesor Waaben dijo que asumen el carácter de advertencia calificada y que son la sanción más frecuentemente aplicada en robos de vehículos de motor.

El profesor Waaben no se mostró partidario de un aumento de penas privativas de libertad, aunque en algunos casos sea necesario una corta condena en celda de jóvenes en los que claramente se ve un desdén a las advertencias o vigilancia. El profesor Waaben está dispuesto a admitir que, en casos así, es oportuna esta medida, pero siempre con la convicción de que este tratamiento es inapropiado en términos generales.

No es sólo un perjuicio psicológico el que reciben, sino también una especie de pérdida de respeto hacia estas sanciones que les privan de libertad y que les empujan a creer que la sociedad está en contra de ellos. Si se insiste en que este aumento de sanciones privativas de libertad debe llevarse a cabo, ¿nos atreveremos a asegurar que sabremos discernir en qué casos la medida será aplicada con oportunidad?

El profesor Waaben señaló que las actividades en las escuelas-prisiones habían tenido un destacado éxito. Se habían ganado la confianza de los Tribunales, así como de otros órganos interesados en ello, es sanción principalmente aplicada a jóvenes mayores de dieciocho años. Especialmente en estos últimos años ha sido numerosa para los algo más mayores que esta edad, mientras que han decrecido las penas privativas de libertad.

En la edad de quince a diecisiete años esta pena fué aplicada en veinte casos en todo el año. Además se pone de manifiesto que los Organos de Protección alcanzan el nivel que tienen estas escuelas-prisión. Terminó repi-

tiendo que lo que Dinamarca necesita es una mayor extensión de recursos prácticos para la Protección infantil y juvenil.

El Profesor *Ivar Strahl* (Suecia) dijo que aunque los Organos de Protección de la Juventud y los de Protección Penal tuviesen tantos recursos como necesitaran, no significaba que el uno pudiese tomar el lugar del otro respecto a los jóvenes delincuentes. En principio, hay una clara diferencia entre la protección social y la protección penal. La primera se funda en el examen de la medida que se debe tomar; la segunda, sobre la importancia del delito en sí, de manera que a cada delito corresponde a una pena prevista y cuya intensidad ha sido establecida por los legisladores. Sin embargo, debido a modernos desarrollos, es evidente que se ha operado un gran cambio en la administración de la Justicia Penal.

El principio de protección social que supone el examen de la medida a adoptar se ha introducido en la jurisprudencia criminalista. Sin embargo, en Suecia, hablando en términos generales, persiste la creencia de que tras un acto delictivo, viene una sanción rutinaria, salvo en casos que motiven penas especiales. La cuestión de la línea divisoria entre la protección juvenil y la penal está resuelta en Suecia por un flexible sistema que descansa en el acierto y buen sentido de las autoridades en los distintos casos. El supuesto de que a una infracción seguirá un castigo, no se mantiene cuando se trata de menores de dieciocho años. El Profesor Strahl, comentó el problema del tratamiento «short term», privativo de libertad. Según él, sería posible realizar algo en este aspecto, en el cuadro de administración de la Protección de Jóvenes. Se busca conseguir no sólo un beneficio preventivo particular, sino general, colocando al joven delincuente en un Centro, atendido antes de ser sentenciado. Una de las ventajas de esta medida es que la intervención ocurre sin dilación.

La señora *Inkeri Anttila* dijo que, en Finlandia, la renuncia de prosecución no se aplica con gran frecuencia. En cambio, sí lo es la sentencia condicional: el 80-90 por 100 de sanciones privativas de libertad se hacen condicionadas. Algo que está en contra de la ampliación del uso de estas medidas es la necesidad de asegurar que las garantías de legalidad no se vean amenazadas. Una sanción judicial que atenta a la libertad personal es muy grave, y no debe ser tomada sino bajo plena seguridad de imparcialidad objetiva.

La señora Anttila añadió que era muy discutible si la privación de libertad a largo periodo —medida tomada en la actualidad— era beneficiosa. Una detención larga en una Institución podía ser perjudicial.

El señor *Andrea Aulie*, Procurador General, puso de manifiesto algunos defectos en el trato dado a los jóvenes delincuentes en Noruega. No considera necesario un aumento de medidas para los delincuentes, sino más bien se mostró partidario de aplicar las de protección a la juventud.

Sin embargo, dijo, se debía aplicar más frecuentemente el internamiento en las escuelas-prisiones (*arbeidsskole*). De acuerdo con la Ley, solamente por motivos especiales se aplica a los infractores menores de dieciocho años. Como consecuencia, esta sentencia es rara vez aplicada. Seguidamente, el señor Aulie comentó la manera que los Organos de Protección tienen de re-

solver estos problemas. En general, realizan su misión francamente bien, pero tampoco es raro encontrar casos en que su actuación ha sido caracterizada por una inercia, casi apatía. Hay casos de jóvenes delincuentes convertidos progresivamente en delincuentes profesionales sin que las Autoridades hayan hecho nada por evitarlo. Y no hay ningún método, en las Comisiones, que consista en abstenerse de intervenir. Lo que realmente hace falta, añadió, eran Instituciones para los desadaptados de diecisiete y dieciocho años, algunos de cuyos casos se resolverían sacándoles del ambiente donde viven y colocándoles en otro más favorable.

El señor *Ragnvald Sogn Johansen*, Jefe de Sección de la Comisión de Protección Juvenil de Oslo, dijo que la proporción anteriormente mencionada (de medidas tomadas en un 20 por 100) no era exacta. En muchas ocasiones las Comisiones dan pasos en este sentido que no pueden calificarse de medidas. Y siempre existe un contacto entre el infractor y su casa. El orador dejó bien sentado que, si no se toman todas las medidas, no es por falta de voluntad, sino por falta de recursos.

...*Ornulf Odegard*, Médico, abordó el problema de la condena condicional y de la renuncia a prosecución y dijo que la regularidad en seguir un sistema de sanciones presentaba dos ventajas: primeramente, la gente reaccionaría más fácilmente de la manera deseada y, por otro lado, el sentimiento de seguridad en las autoridades aumentaría. Si se dice a un joven delincuente que una renuncia a prosecución significa que a la siguiente infracción será procesado, esta advertencia deberá, sin lugar a dudas, llevarse a cabo en la siguiente transgresión.

El señor *Odegard* terminó diciendo que los jóvenes delincuentes pueden sufrir un choque grave en el caso de una detención larga. Un médico, dijo, raramente aconsejará un tratamiento de uno o más años de duración, a no estar convencido de la ineficacia de aplicar otro más corto.

J. S. O.

NOTICARIO

COLOQUIOS SOBRE LA INFRACCION TRIBUTARIA

La Mutualidad del Cuerpo de Inspectores Técnicos de Timbre viene organizando desde hace algunos años unas Semanas de Estudios de Derecho financiero. La IX versión de estas Semanas, que tuvo lugar durante los días 9 al 16 de enero del año en curso, ha ofrecido particular interés, desde el punto de vista de nuestra disciplina, por haberse celebrado durante ellas unos coloquios, que ocuparon dos días, sobre la *Infracción tributaria*.

Las ponencias presentadas fueron las siguientes: Fernando SÁINZ DE BUJANDA, *Nota sobre la naturaleza jurídica de la infracción tributaria*; Joaquín RUIZ GIMÉNEZ, *Infracción fiscal y estructura política*; Antonio DE LUNA, *La doctrina de las leyes meramente penales y la evasión fiscal*; José LÓPEZ BERENGUER, *La infracción tributaria: concepto, naturaleza, clases y consecuencias*; Vicente TORRES LÓPEZ, *Nota sobre las causas de las infracciones tributarias*; César ALBIÑANA GARCÍA QUINTANA, *Nota sobre el ordenamiento español ante el fraude tributario*; Rafael ACOSTA ESPAÑA, *Normas sobre infracciones tributarias en el Derecho alemán*; Félix DE LUIS, *Las infracciones tributarias en el ordenamiento fiscal de los Estados Unidos*; José LÓPEZ BERENGUER, *La infracción tributaria en el Derecho positivo belga*; José Luis DE JUAN Y PEÑALOSA, *Naturaleza de las infracciones tributarias en el Derecho francés*.

Siendo el del ilícito fiscal un tema casi no tratado por la doctrina española, no puede menos de subrayarse la importancia que reviste el que un grupo de estudiosos, en que se reúnen teóricos y prácticos del Derecho, haga frente a estos problemas con tan voluminosa aportación.

El problema que debe preocuparnos como penalistas es el de la naturaleza jurídica de la infracción tributaria: ¿Constituye ilícito penal? Desde luego el hecho simple de que el problema haya de plantearse así está ya poniendo de manifiesto que el penalista tiene un puesto *proprio iure* en este tipo de investigaciones. Por ello, sorprende que a estas jornadas no fuera invitado ningún penalista. La sorpresa es aún mayor si se tiene presente que uno de los ponentes, el profesor SÁINZ DE BUJANDA, apuntó la tesis de que la infracción tributaria tiene naturaleza penal, y que el Derecho penal tributario, como parte del Derecho punitivo general, habrá de absorber la teoría jurídica de la infracción, elaborada, tras muchos esfuerzos, por nuestra disciplina. Fue la ponencia del profesor de la Universidad de Madrid la que, por su interés innegable, originó un coloquio más animado.

De todas maneras, debemos felicitarnos de que la doctrina española empiece a preocuparse por el tema que, probablemente por su complejidad, ha venido siendo, según decíamos, prácticamente olvidado en nuestra Patria.

**DON MARINO BARBERO, EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA**

El profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad salmantina, don Marino Barbero Santos, colaborador de este ANUARIO, pronunció el 5 de mayo, en dicha Universidad, una conferencia sobre el tema *Nuevas formas de la delincuencia de menores*, en la que hizo un acabado análisis de la transformación verificada en la estructura de la familia que ha producido la crisis de la autoridad paterna y las disensiones en el ejercicio de la patria potestad. En España, donde la familia continúa siendo, en gran medida, una institución a la antigua usanza, la delincuencia de menores no constituye un problema demasiado grave.

Examinó, asimismo, las características de esta especial delincuencia, con referencia a casos concretos: robo de vehículos de motor que en algunos países alcanza el 25 por 100 de la criminalidad de menores; ejecución de actos delictivos en grupo; irrupción en el mundo delincencial de menores pertenecientes a familias de las clases más elevadas; vandalismo; delitos sin motivo aparente; delincuencia sexual, etc.

II CONGRESO ESPAÑOL DE MEDICINA LEGAL

Han transcurrido casi veinte años desde la celebración del I Congreso Español de Medicina Legal, cuyo éxito e importancia está todavía en el recuerdo de todos.

Desde entonces los Médicos Forenses españoles no han dejado de elaborar en su campo de actividades, tan complejo y lleno de responsabilidad, quedando su actuación plasmada en reuniones, actuaciones judiciales y trabajos de investigación.

Ha llegado el momento en que se ha considerado necesario recoger el fruto disperso de esta gran labor, intercambiando personalmente ideas y conceptos no sólo con los compañeros de especialidad, sino con los de ciencias afines.

A tal objeto va proyectado el II Congreso de Medicina Legal, que tendrá lugar en Barcelona, durante los días 4 al 7 de octubre de 1961. Aspiramos a que a este llamamiento acudan no sólo médicos y juristas, sino hombres de muy distintos saberes, que aportarán sus conocimientos en bien de una mayor eficacia en la difícil labor científica y asesora del médico legista.

El largo plazo temporal que separa ambos Congresos es una garantía del denso contenido de las materias a tratar.

PROGRAMA

Martes, día 3 de octubre :

A las 17,— h. Cocktail de bienvenida.

Miércoles, día 4 de octubre :

A las 10,— h. Misa en la Catedral.
Plática deontológica.
11,30 h. Sesión inaugural.
13,— h. Cocktail ofrecido por las Autoridades locales.
16,— h. Comunicaciones libres.
18,— h. I PONENCIA: AUTOPSIA MEDICO-FORENSE NEGATIVA.
20,— h. Fin de la sesión.

Jueves, día 5 de octubre :

A las 9,30 h. Comunicaciones libres.
10,— h. Mesa Redonda: Disponibilidad «post mortem» del cuerpo humano.
12,— h. Conferencia Magístral.
13,— h. Cocktail ofrecido por las Autoridades locales.
16,— h. Comunicaciones libres.
16,— h. Comunicaciones sobre el tema: «Aborto provoca- do en medicina social».
18,— h. II PONENCIA: RECLUSION INVOLUNTARIA DEL ENFERMO MENTAL.
20,— h. Fin de la sesión.

Viernes, día 6 de octubre :

A las 10,— h. Excursión a Montserrat.
13,— h. Salve en la Basílica.
14,— h. Comida en el Hotel Abad Cisneros.
17,— h. Asamblea y Sesión administrativa de la Asociación Nacional de Médicos Forenses.
18,30 h. Regreso a Barcelona.

Sábado, día 7 de octubre :

A las 10,— h. Comunicaciones libres.
10,— h. Coloquio: Baremos de porcentaje de pérdida au- ditiva. Aplicación médico-legal.
12,— h. Mesa Redonda: Accidentes de tráfico.
16,— h. III PONENCIA: NUEVOS FARMACOS TO- XICOS DE USO TERAPEUTICO.
18,— h. Fin de la sesión.
22,— h. Cena de clausura en el Hotel Ritz.

INDICE GENERAL

Fascículo II

SECCION DOCTRINAL

En torno a la inseminación artificial en el campo penal, por EUGENIO CUELLO CALÓN	195
Consideraciones técnico-jurídicas sobre la "sustracción de menores", por MANUEL COBO	207
El hurto de los productos de un daño cometido por el propio dañador, por GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO	233

SECCION LEGISLATIVA

La nueva Ley venezolana de Tránsito Terrestre, por PASCUAL ME-NEU MONLEÓN	255
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la aportación culposa y determinación de autor, por JUAN DEL ROSAL... ..	264
Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1960, por JOSÉ M. ^a GONZÁLEZ SERRANO	269

CRONICAS EXTRANJERAS

Cohecho y soborno, por ANTONIO CAMAÑO ROSA	281
---	-----

REVISTA DE LIBROS

D'AGOSTINO, A.: "La condotta susseguente al reato", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	310
ANCONA, Leonardo: "Agustín Gemelli, egregio psicólogo", por Domingo Teruel Carralero	311
ARANZADI: "Legislación penal.—Legislación vigente y Jurisprudencia", por Juan del Rosal	312
BATTAGLINI, Giulio: "Fecondazione artificiale e adulteri", por Eugenio Cuello Calón	313
BRASIELLO, T.: "I limiti della responsabilità per danni", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	314
BRICOLA, Franco: "Dolus in re ipsa (Observazioni in tema de oggetto e di accertamento del dolo)", por Manuel Cobo	315
CASTRO, Alfonso de: "De potestate legis poenalis libri duo", por Francisco González Navarro	316
CONTIERI, Enrico: "La congiunzione carnale violenta", por Manuel Cobo	317
MCCLINTOCK, F. H., WALTER, M. A. y SAVILL, N. C.: "Attendance Centres", por José Sánchez Osés	318
DATTILO, Bruno: "Insufficienze dell'attuale organizzazione della giustizia criminale e preventiva e prospettive legislative di immediata attuazione", por Domingo Teruel Carralero	322
DUBLINEAU, Jean y HIVERT, P.: "Sur quelques problèmes nouveaux posés la psychopathologie pénitentiaire", por Domingo Teruel Carralero	323
DUS, Angelo: "Teoria generale dell'illecito fiscale", por Francisco González Navarro	323
GAETANO FOSCHINI: "Reati e pene", por Valentín Silva Melero	325
GIANNITI, F.: "I reati della stessa indole", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	326

Indice general

	Páginas
GRAVEN, Jean: "Les instructions générales du Code pénal suisse sur l'accomplissement des peines privées de liberté", por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	327
HENTIG, Hans Von: "Estudios de Psicología Criminal", por <i>César Camargo Hernández</i>	329
MIDDENDORFF: "Sociología del delito", por <i>César Camargo Hernández</i>	330
PALLADINO, Alfonso: "Introduzione allo studio della pena", por <i>Manuel Cobo</i>	332
PISANI, Mari: "La tutela penale delle prove formate nel processo", por <i>Valentín Silva Melero</i>	332
PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	333
RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel: "Doctrina penal del Tribunal Supremo", por <i>Juan del Rosal</i>	335
NÚÑEZ, Ricardo C.: "Derecho penal argentino", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i>	335
ROSAL, J. del: "Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo", por <i>Gonzalo Rodríguez Mourullo</i>	337
SECHI, Luigi: "Diritto penale e processuale finanziario", por <i>Francisco González Navarro</i>	339
SHABTAI, Rosenne: "6.000.000 acuser", por <i>Pascual Meneu Monleón</i>	340
SPINELLI, Giuseppe: "Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie", por <i>Francisco González Navarro</i> .	344
STRATENWERTH, Günter: "Das rechtstheoretische problem der "Natur der Sache", por <i>Manuel Cobo</i>	346
VASSALLI, Giuliano: "L'art. 95 della legge bancaria", por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	347
VIADA Y LÓPEZ PUIGSERVER, Carlos: "Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo", por <i>Manuel Cobo</i>	348

REVISTAS DE REVISTAS

A l e m a n i a

GOLTDAMMER'S ARCHIV FÜR STRAFRECHT. — Febrero-marzo 1961, por <i>Valentín Silva Melero</i>	350
ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT,—72. Bol. 1960, H. 3-4, por <i>José Cerezo Mir</i> ...	351

E s p a ñ a

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Julio-diciembre 1960, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	362
---	-----

F r a n c i a

ETUDES PENITENTIAIRES. — Octubre 1958, septiembre 1959, julio 1960, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	366
REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Octubre-diciembre 1960, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	370

I t a l i a

CUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Enero-marzo, abril-junio 1960, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	372
RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE. 1961. Fascículo I, por <i>Valentín Silva Melero</i>	377

P a í s e s N ó r d i c o s

NORDISK KRIMINALISTISK ARSBOK.—1959, por <i>José Sánchez Osés</i>	378
NOTICIARIO	387

Alfonso de: "De potestate legis poenalis libri duo", por *Francisco González Navarro*; CONTIERI, Enrico: "La congiunzione carnale violenta", por *Manuel Cobo*; MCCLINTOCK, F. H.; WALTER, M. A., y SAVILL, N. C.; "Attendance Centres", por *José Sánchez Osés*; DATILO, Bruno: "Insuficiencias dell'attuale organizzazione della giustizia criminal e preventiva e prospettive legislative di inmediata actuación", por *Domingo Teruel Carralero*; DUPLINEAU, Jean, y RIVERT, P.: "Sur quelques problèmes nouveaux posés la psychopathologie pénitentiaire", por *Domingo Teruel Carralero*; DUS, Angelo: "Teoria generale dell'illecito fiscale", por *Francisco González Navarro*; GAETANO FOSCHINI: "Reati e pene", por *Valentín Silva Melero*; GIANNITI, F.: "I reati della stessa indole", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; GRAVEN, Jean: "Les instructions générales du Code pénal suisse sur l'accomplissement des peines privées de liberté", por *Domingo Teruel Carralero*; HENTIG, Hans Von: "Estudios de Psicología Criminal", por *César Camargo Hernández*; MIDDENDORFF: "Sociología del delito", por *César Camargo Hernández*; PALLADINO, Alfonso: "Introducción allo studio della pena", por *Manuel Cobo*; PISANI, Mari: "La tutela penal de las pruebas formales en el proceso", por *Valentín Silva Melero*; PRIMERAS JORNADAS DE DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DE LA GUERRA, por *Domingo Teruel Carralero*; RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel: "Doctrina penal del Tribunal Supremo", por *Juan del Rosal*; NÚÑEZ, Ricardo C.: "Derecho penal argentino", por *Antonio Quintano Ripollés*; ROSAL, J. del: "Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; SECHI, Luigi: "Derecho penal e processuale financiero", por *Francisco González Navarro*; SHABTAI, Rosenne: "6.000.000 acuser", por *Pascual Meneu Monteón*; SPINELLI, Giuseppe: "Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie", por *Francisco González Navarro*; STRATENWERTH, Günter: "Das rechtstheoretische problem der "Natur der Sache", por *Manuel Cobo*; VASSALLI, Giuliano: "L'art. 95 della legge bancaria", por *Domingo Teruel Carralero*; VIADA Y LÓEZ-PUIGSERVER, Carlos: "Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo", por *Manuel Cobo*.

Revista de Revistas 350

Alemania: *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, febrero, marzo 1961, por *Valentín Silva Melero*; *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72. Bol. 1960, H. 3-4, por *José Cerezo Mir*; ESPAÑA: *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre 1960, por *Domingo Teruel Carralero*; FRANCIA: *Etudes Pénitentiaires*, octubre 1958, septiembre 1959; julio 1960, por *Domingo Teruel Carralero*; *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, octubre-diciembre 1960, por *Domingo Teruel Carralero*; ITALIA: *Cuaderni di Criminologia Clinica*, enero-marzo, abril-junio 1960, por *Domingo Teruel Carralero*; *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961. Fascículo I, por *Valentín Silva Melero*; PAÍSES NÓRDICOS: *Nordisk Kriminalistisk Arsböck* 1959, por *José Sánchez Osés*.

Noticario 387

Suscripción anual: España, 170,— pesetas
Extranjero, 275,— pesetas

Número suelto: España, 80,— pesetas
Extranjero, 100,— pesetas