

## 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 1962.

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 XV  
FÁSCICULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLXII

---

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

---

Depósito Legal, M. 126.—1958



## SECCION DOCTRINAL

# El proyecto del nuevo Código penal alemán (\*)

HANS HEINRICH JESCHKECH

Profesor titular de Derecho penal en la Universidad de Friburgo en Brisgovia

Traducido por

DOMINGO TERUEL CARRALERO

Desde el principio de siglo en todo nuevo e importante período de la historia alemana se ha tratado de realizar una reforma en el Derecho penal. El proyecto de 1913, que comprendía los trabajos de reforma del Imperio, fracasó por la iniciación de la primera guerra mundial y por su desgraciado final. El proyecto de 1927, obra de la República de Weimar, se olvida porque después de las elecciones de septiembre de 1930, los partidos radicales ocupan el poder y paralizaron sustancialmente la actividad del Reichstag. El proyecto de 1936, una solución de compromiso de los primeros años del III Reich, desaparece de la escena cuando al principio de la segunda guerra mundial tomaron el control las fuerzas más radicales del nacionalsocialismo, decididas a toda ilegalidad.

Pero las vicisitudes políticas no nos deben hacer olvidar que una importante y fundamental tarea espera ser realizada. Por esto la República Federal ha reemprendido los trabajos de reforma, completando la obra emprendida, quiere representar la Alemania democrática, purificada en el fuego del estado totalitario, de la segunda guerra mundial y de la ocupación.

El hecho de que el nuevo Código penal no pueda valer para las zonas sujetas a los soviéticos y que deba eliminar a aquella parcial unidad jurídica que todavía subsiste en el campo penal, es un mal que debemos aceptar como tantos otros, que día por día se sufren por la desgraciada división del Estado.

En todo caso el futuro Código penal debe un día unir *todos* los alemanes bajo un sistema penal justo, social, humano y eficaz.

La reforma completa del Derecho penal alemán se encuentra

---

(\*) Conferencia pronunciada en italiano el día 6 de noviembre de 1961 en el Instituto de Estudios Jurídicos del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

hoy en los umbrales de la discusión parlamentaria. La gran comisión ha preparado el proyecto del nuevo Código penal en cinco años de trabajo, del 1954 a 1959. En septiembre de 1960 lo ha hecho suyo el gobierno federal con ligeras variaciones. El proyecto, entre tanto, ha obtenido la aprobación del Consejo Federal y ha sido enviado al Parlamento. En la pasada legislatura no pudo tener lugar una detenida discusión del proyecto. El gobierno federal que debe formarse después de las elecciones del 17 de septiembre deberá presentar nuevamente el proyecto al Parlamento y su discusión será su principal tarea legislativa.

Ya que no ha habido en Alemania ningún cambio de opinión importante, yo preveo que lo fundamental del proyecto permanecerá esencialmente inmutable en el curso de las próximas discusiones parlamentarias.

Para dar una visión general del espíritu de esta obra legislativa, intentaré primero una rápida exposición de sus presupuestos filosóficos-jurídicos. Ya que el Derecho penal no sirve a fines ideológicos sino políticos, explicaré en la segunda parte de la conferencia los de política criminal y las principales medidas de este proyecto. Por último querría dar una impresión de la parte especial exponiendo las normas penales sobre la protección de la personalidad, que tienen un significado característico.

## I

En cuanto a los presupuestos filosóficos-jurídicos del Proyecto querría poner de relieve tres puntos: el principio de la legitimidad (*Rechtsstaatlichkeit*), la concepción del individuo basada sobre la libertad de querer y sobre la responsabilidad personal, y, en fin, la concepción humanitaria del Derecho penal.

1. Conviene comenzar con el concepto de estado de derecho, ya que después de lo que ha ocurrido en nuestra historia más reciente, toda obra de legislación y particularmente el Derecho penal debe legitimarse a través de una indiscutible concepción del estado de derecho. Puede encontrarse esta fundamental concepción a cada paso en el proyecto; yo quiero sólo mostrar con tres ejemplos cuán larga y decisiva sea en él esta devoción por el Estado de Derecho.

Al principio del proyecto se encuentra en el párrafo 1.º el *principio de legalidad*. Se enuncia así: «Un hecho sólo puede ser castigado si la penalidad ha sido establecida por la Ley, antes que el hecho fuese cometido.» De esto se derivan como naturales consecuencias las prohibiciones de: la retroactividad, de la analogía y la de la punición basada en el derecho consuetudinario, en caso que está sea desfavorable al imputado. El proyecto se ha preocupado

particularmente, en cuanto se refiere a las consecuencias jurídicas del delito, de limitar la libertad de apreciación del Juez.

Junto a la determinación de las sanciones el principio de legalidad exige también la precisión para la definición de los delitos a fin de que en cada uno esté ya establecido por la ley emanada del Parlamento el punto donde comienza el ilícito penal y para que la determinación de los confines entre lícito e ilícito no quede a la decisión judicial. De esta sustancialización del tipo penal se ha cuidado el proyecto de una manera especial.

También importantes causas de justificación que actualmente no están reguladas por la Ley han sido acogidas en el proyecto en claras fórmulas de exposición.

Sobre todo, el lenguaje de la ley se ha llevado a la máxima claridad conceptual y, al mismo tiempo, a través de la severa univocidad de la terminología, se ha hecho posible la máxima unidad de la interpretación.

Conforme con el principio de la legalidad, el proyecto ha acogido además importantes instituciones que la jurisprudencia ha desarrollado de forma que han alcanzado un largo uso. En la formulación de estas instituciones se ha trabajado con mucho cuidado, escrupulosidad y rigor dogmáticos. Así, en las normas sobre delitos cometidos por omisión (*Unechte Unterlassungsdelikte*), para la definición del dolo y de la culpa, para la del error, para el estado de necesidad, tanto justificante como excusante.

2. En fin, el proyecto tiene su punto de partida en un particular concepto del hombre, cuyo fundamento científico es discutido pero que después de diez años de prevalecer casi sin límites la explicación puramente causal del comportamiento humano, es reconocido como una hipótesis que puede ser sostenida por todas las ciencias que se refieren a la vida social. Y el concepto del hombre como ser provisto de libertad de decisión y llamado a la responsabilidad moral que hoy poco a poco se reafirma en la antropología, psicología, psiquiatría, y en la biología constitucional, la pedagogía y en la sociología.

La libertad se entiende no como independiente de la ley causal, sino como capacidad de motivación según representaciones éticas de valores y según el sentimiento del deber. La responsabilidad se entiende en el sentido que para el hombre no vale una mera instintividad como para el mundo animal, sino un deber responder por las propias acciones, según criterios de justicia, que están en la conciencia de cada uno.

Las consecuencias de esta representación de una personalidad dotada de libertad y de responsabilidad, abierta al sentido de las normas jurídicas y llamada a responder por la propia falta moral, son en Derecho penal, el principio de la culpabilidad y la pena retributiva.

a) El principio de la culpabilidad significa que una pena sólo

puede ser conminada si el autor es culpable, esto es, si su comportamiento le puede ser reprochado según el derecho. El que obra sin culpa no puede ser castigado. Según el principio de la dualidad puede, sin embargo, ser objeto de medidas de seguridad. Además el principio de la culpabilidad significa que ésta debe determinar la medida de la pena. Los «principios de la medida de la pena» del proyecto comienzan precisamente con la proposición: «Fundamento de la medida de la pena es la culpa del autor.»

b) La más lógica consecuencia del principio de la culpabilidad es la pena retributiva, en oposición a la pena puramente preventiva o a las medidas de seguridad fisiológicamente neutras. Es verdad que el proyecto no contiene en ningún lugar una explícita enunciación del principio retributivo. Pero si está afirmada la libertad de decisión y la responsabilidad por un defecto en la formación de la voluntad, la necesaria consecuencia es una pena que significa la compensación de la culpa a través de la reprobación social. Esta se expresa generalmente en la conminación de un mal, aunque el mal hoy no es esencial a la pena. Con la suspensión condicional se ha realizado una modificación de la pena de privación de la libertad en la cual el núcleo está constituido por la función de reprobación junto con el principio de la reeducación.

En este sentido el concepto de la retribución se puede descubrir en puntos decisivos del proyecto. De este modo el proyecto no ha llegado a un sistema de penas privativas de libertad concebido exclusivamente en función de prevención especial, pero prevé para grados diversos de culpa diversas formas de pena, y estas son el *Zuchthaus*, el *Gefängnis* y el *Strafhaft* a las cuales se añade la pena pecuniaria reformada según el sistema escandinavo.

Especialmente es característico el mantenimiento de la pena del *Zuchthaus*. Por razones de justicia retributiva permanece para los delitos más graves, como el homicidio, el robo de niños para exigir rescate, el incesto, violencia carnal, trata y comercio de esclavos, rapiña, falsificación de moneda, incendio, traición, declaraciones forzadas, violaciones de derecho, persecución de inocentes y otros casos de alta criminalidad también la reincorporación de liberados por *Zuchthaus* en sanas y normales relaciones sociales produce por experiencia particulares dificultades. Al que ha cometido un grave crimen no se le ahorra el sentir hasta el fin de su vida qué significa verdaderamente el deber responder de las propias acciones.

Una más justa medida de la pena pecuniaria será posible por la regulación prevista en el proyecto basada en jornadas, porque el número de las jornadas está establecido según la culpa, pero la medida de la suma correspondiente a una jornada está establecida según la situación económica y los ingresos del condenado considerando las relaciones personales y sus ingresos y esto de tal

modo que llegue a sufrir a causa de la pena pecuniaria sensible disminución.

3. El tercero de los grandes principios filosófico-jurídicos fundamentales del nuevo derecho penal es la concepción humanitaria. También aquí el proyecto ha tomado una posición clara como respuesta de nuestro tiempo a la dureza y crueldad carente de todo miramiento, a la falta de humanidad del Derecho penal totalitario del reciente pasado. La Ley penal no es expresión del desprecio del hombre, no tiende a la destrucción de la personalidad y no debe, de ninguna manera, ceder a la reacción popular tan fácil de desencadenar. Más bien garantiza una justicia cuyo último fundamento es el amor al hombre, que comprende y respeta la personalidad incluso la de delinquentes.

El Derecho penal no debe pronunciar un fallo irreparable para el autor de un delito. Debe dejar subsistir todavía una relación de comunidad con él. Por esto la constitución de la República Federal ha abolido la pena de muerte (art. 102). También el proyecto ha renunciado deliberadamente a la pena de muerte, no prevista ni siquiera en el Derecho penal militar.

Pero la tendencia humanitaria del nuevo Código Penal va mucho más allá de la eliminación de la pena de muerte. El proyecto renuncia también a las últimas consecuencias y rechaza por estos motivos la castración de los delinquentes sexuales peligrosos. En fin, por motivos humanitarios está reducida a diez años la primera condena a una casa de custodia. Aunque en casos excepcionales el tribunal pueda ordenar también la reclusión en casa de custodia por tiempo indeterminado «si la defensa de la generalidad lo requiere» (parágrafo 89, apartado 3). El proyecto ha renunciado también a la pena colateral de privación de derechos civiles, porque en ella se debe ver una ulterior estigmatización de la personalidad con una mancha que contrasta con la dignidad humana.

Sólo con la pena de *Zuchthaus* que es la sanción para los mayores crímenes va unida la pérdida automática de la capacidad para ejercer un cargo público y determinadas profesiones. Expresión del concepto humanitario es, además, que el proyecto prevé la posibilidad de limitar con amplitud el rigor del derecho penal en casos de fundada esperanza de mejora. Así, la suspensión condicional no está prevista sólo, como en el derecho vigente, para las penas de privación de libertad hasta de nueve meses, sino también para todas las medidas de seguridad conexas con la reclusión en establecimientos de todo tipo.

## II

Un cuadro completo del proyecto no se puede dar sólo con su posición en relación con los problemas filosófico-jurídicos fundamentales, sino también de sus fines de política criminal.

La posición filosófica y jurídica fundamental constituye la le-

gitimaci n de un Derecho penal pero los fines de política criminal perseguidos son su verdadera piedra de contraste. Y aquí se deb  ver si el legislador ha comprendido justamente los problemas del tiempo presente en el campo de la criminalidad y si está decidido a ir hacia su resolución con medios modernos. Como problema fundamental de la política criminal quiero tratar aquí la lucha contra la delincuencia precoz, contra la de los reincidentes y contra la de personas que tienen particulares defectos psiquicos.

1) La delincuencia precoz no debe ser confundida con la delincuencia juvenil. De ésta no nos ocupamos aquí, o al menos sólo en cuanto en ella se manifiesta también la delincuencia precoz. Se llaman *delinquentes precoces* a jóvenes que ya en la pubertad y en la adolescencia presentan bien determinados fenómenos de incuria, y los delitos de los cuales son síntomas precoces de una disposición criminal, que la mayor parte de las veces es de naturaleza psicopática. Cerca del 25 por 100 de estos delinquentes precoces se deslizan en una larga cadena de repetidos y cada vez más graves delitos, hasta que entre los veinte y treinta años de edad llegan al campo de la incipiente delincuencia habitual. El oportuno descubrimiento y la lucha contra la delincuencia precoz es de gran importancia para el total acierto de la política criminal. En efecto, si se recuerda la historia de la existencia de reincidentes incorregibles de edad más avanzada, resulta las más de las veces que fueron delinquentes precoces. Así que medidas tomadas a tiempo pueden preservarles de una pérdida de su personalidad, la cual de otro modo se verificará casi con certeza con todas las tremendas consecuencias para el individuo mismo y para su ambiente. Para la lucha contra la delincuencia precoz el derecho vigente no dispone todavía de medidas adecuadas. Por ello en este campo el proyecto se encuentra frente a una tarea particularmente importante.

La reclusión en casa de custodia no se aplica casi nunca en la práctica de los tribunales a persona de edad inferior a los treinta años, porque no se quiere señalar individuos jóvenes como casos sin esperanza. Aquí el proyecto toma decididamente un nuevo camino sobre el modelo del *corrective training* inglés, con la introducción de la custodia preventiva para jóvenes criminales. La medida está limitada a cinco años, debe ser ejecutada en especiales establecimientos con personal especialmente elegido y con las mejores posibilidades de educación profesional y ofrece una última y enérgica tentativa de reeducación a jóvenes condenados, después del fracaso de la cual la dirección hacia la casa de custodia es casi cierta.

2) Para la lucha contra la reincidencia el más importante presupuesto es, como se ha visto, una oportuna y eficaz intervención contra la delincuencia precoz, porque de este modo el ejército de la reincidencia es afrontado en un momento en el que apenas co-

mienza a formarse. Pero las medidas contra la reincidencia no se acabaa aquí con esto. En este campo es necesario distinguir entre la acción sobre el delincuente habitual que el proyecto más conforme con el derecho vigente llama *delincuente por tendencia* y el tratamiento de los otros reincidentes en los cuales la tendencia criminal no se ha constituido claramente.

Por cuanto se refiere a este último grupo el proyecto contiene, con una innovación muy notable, una disposición general sobre la reincidencia (parágrafo 61). Esta no está limitada como en el derecho vigente a determinados delitos y a idénticas o similares condenas precedentes. Para el reincidente que ya ha sido condenado dos veces por un delito doloso a una pena de privación de libertad de tres meses al menos, la pena se eleva para el tercer delito doloso a la reclusión de duración no inferior a dos meses. Así se alcanza el límite mínimo de eficacia que por general experiencia es necesario para el proceso de resocialización; de otro modo la pena de privación de libertad del *Gefangnis* principia en el mínimo de un mes; sin embargo, es de esperar que los tribunales en caso de reincidencia aumenten considerablemente sobre el límite de la duración mínima; un incentivo para ésto lo ofrece el hecho de que el límite máximo ha sido elevado al doble.

La lucha contra la reincidencia en la forma de la criminalidad parasitaria se sirve de la casa de trabajo, cuyo ámbito de ocupación está aumentado por el proyecto más que el de derecho vigente, donde está restringido a los mendigos, vagabundos y prostitutas. La reclusión en una casa de trabajo está establecido en el futuro para todos los condenados a reclusión hasta los nueve meses, si el delito deriva de aversión al trabajo o de tendencia a una vida inestable, y sin tal intervención existe el peligro de ulteriores delitos por la misma causa.

Contra la delincuencia por tendencia, el proyecto prevé como el derecho vigente como arma principal el internamiento en casa de custodia. La aplicación de esta medida está por una parte limitada en su esfera por la detención preventiva para jóvenes criminales, pero por otra parte se facilita su aplicación por el Juez según diversas disposiciones. De tal modo la reclusión en casa de custodia será en lo sucesivo en relación con los delincuentes adultos por tendencia no una excepción como en la práctica actual.

En todo caso la justicia penal deberá hacer uso más frecuente de esta medida de seguridad de lo que hace ahora, si la lucha contra la delincuencia por tendencia peligrosa debe ser conducida eficazmente. El proyecto ofrece para esto las necesarias ocasiones.

Una nueva e importante medida de seguridad contra el reincidente, que, sin embargo, puede aplicarse también para el delincuente por tendencia, es la *libertad vigilada* (1). Tiene tanto un fin de

(1) Aunque como se verá la institución que se describe tiene más parecido con la sumisión a la vigilancia de la autoridad del C. P. del 48-50

mejora como un fin de seguridad, prevalece, sin embargo el fin de seguridad social. Se puede considerar la libertad vigilada como una suspensión condicional controlada más rigurosamente, en la cual el control sea ejercitado con la máxima energía y con fuertes intervenciones en la libertad personal; sin embargo, es al mismo tiempo una especie de «custodia ambulante». La dificultad fundamental para su ejercicio la constituye el hecho de que los dos fines de la seguridad social y de la eficaz ayuda para la mejora del autor hacia una vida ordenada y conforme al derecho pueden llegar a contraponerse. La duración de la libertad vigilada es de dos a cinco años. Está caracterizada especialmente por las prescripciones sobre la conducta que inciden profundamente en la libertad personal. Estas son establecidas por el Juez.

La justa aplicación de la libertad vigilada deberá llevar en la práctica a un conocimiento siempre al día del domicilio y conducta del reincidente por parte de la policía y al mismo tiempo impedir la comisión de nuevos delitos. Los sujetos a ella deben estar advertidos por la policía, que si bien no tienen ningún porvenir en el camino del delito deben contar con la reclusión en casa de custodia si cometen otro. En estas condiciones deben estar dispuestos a aceptar la ayuda que se les ofrece y a seguir espontáneamente las prescripciones del Juez, que están controladas por la policía. De esta manera se da a la policía una importante tarea de prevención.

3) El campo de los criminales físicamente defectuosos coincide en gran parte con el de los delincuentes por tendencia, porque la mayor parte de los reincidentes incorregibles manifiestan rasgos psicopáticos. Sin embargo, el problema del tratamiento de personas defectuosas físicamente, con referencia a la elección de las sanciones apropiadas, debe ser tratado separadamente en el Derecho penal.

Es notable, sobre todo, que el proyecto, contrariamente a una redacción precedente, no reconoce los casos de psicopatía y nervioso en grado elevado como causa de exclusión de la capacidad de culpabilidad. La imputabilidad está excluida sólo por la enfermedad mental, fuerte perturbación de la consciencia o idiotez (párrafo 24). Las perturbaciones psíquicas graves que no constituyen enfermedades en sentido médico son consideradas sólo como causas de imputabilidad atenuada.

También el criminal gravemente neurótico como igualmente el delincuente sexual con fuertes anomalías de emotividad, permanecen, por consiguiente, penalmente responsables, y sólo son in-

---

(art. 24, 26, 42, 79) y con la medida de seguridad también llamada de sujeción a vigilancia de la Ley de Vagos (7.º del artículo 4.º) que a nuestro vigente sistema de Libertad Vigilada, empleamos este término por fidelidad gramatical al empleado en el texto traducido, una vez hecha esta salvedad.



ternados en las casas de custodia caso de peligrosidad, pero son castigados siempre. Para toda esta categoría de personas el proyecto contiene, sin embargo, una nueva regulación, basada en una casa de custodia que debe ser establecida según el modelo danés u holandés y que se puede imaginar como un camino intermedio entre establecimiento penal y casa de curación y custodia. Debe descargar los hospitales psiquiátricos de delincuentes no enfermos mentales, pero gravemente defectuosos psíquicamente, y al mismo tiempo llevar a éstos a un tratamiento pedagógico y terapéutico adecuado con una disciplina de establecimiento penal.

### III

También la parte esencial del Código Penal ha sido transformada completamente por el nuevo proyecto. La gran comisión ha dedicado tan intensa atención y cuidado a la parte especial que contiene las particulares normas penales como a la parte general. La composición de las normas penales que deben pertenecer al núcleo central del derecho penal es un espejo del estado del derecho y de la cultura actual del pueblo alemán. No todas las normas penales sancionadas de la parte especial integran la imagen de las formas que la realidad jurídica y social asume en concreto —sería excesivo el quererlo afirmar— muchas expresan más bien exigencias ético-sociales, que la Comisión ha considerado como imprescindibles para una sana evolución del pueblo alemán tan gravemente castigado por el destino histórico.

La parte especial contiene toda una serie de capítulos muy interesantes en los cuales se refleja claramente la situación característica de la República Federal, así, por ejemplo, el Derecho Penal Político, donde son reconocibles las enormes dificultades que afligen a la Alemania dividida y en la zona bajo la ocupación soviética privada de libertad.

El relativo vigor de las disposiciones para la defensa del honor, de la familia y de la moralidad, con las cuales se procura hacer frente a los fenómenos de decadencia moral de nuestro tiempo; el derecho penal de la circulación, en el cual está contenido un problema nuevo del todo de naturaleza técnica y jurídico-moral; todos estos serían argumentos dignos de ser tratados en este lugar.

Yo querría dar a ustedes ahora una visión de conjunto de las disposiciones penales para la defensa de la esfera de la personalidad, porque no encuentran comparación con el derecho vigente.

Característico es ya el título del capítulo: «Violación de la esfera personal de la vida y del secreto», en el cual se expresa el reconocimiento de un nuevo bien jurídico hasta ahora poco considerado. Está constituido por la dignidad humana y por la libertad del ámbito privado del individuo. Estas aparecen por primera

vez en el derecho penal germánico como bienes particulares a defender, de altísimo valor e individual.

Una defensa penal del secreto epistolar y profesional, de la tranquilidad doméstica y del honor, naturalmente ha existido siempre.

Lo que es nuevo es la especial regulación de toda esta materia y la extensión de la tutela penal en las distintas figuras del delito.

La amenaza contra la esfera personal es de temer desde diversos puntos de vista. Es máxima en el estado totalitario, que interviene sin consideraciones en la vida privada de los ciudadanos y que no le atribuye el valor de un bien jurídico digno de tutela. Pero también en la democracia la esfera de la personalidad está en peligro ante todo a causa del perfeccionamiento de los medios de invasión en la vida privada. El aumento de difusión de la prensa, incluida la información fotográfica, la producción de minúsculos aparatos fotográficos, de instrumentos microscópicos para la grabación de las conversaciones, de aparatos de alta sensibilidad para la escucha, el desarrollo de la cirugía del cerebro con la posibilidad de profundas transformaciones de la personalidad, la fecundación artificial practicada en muchos países y otras, hacen conocer de qué se trata cuando se habla de defensa de la personalidad.

Una innovación de fundamental significado es la introducción del delito de *indiscreción* (párrafo 182). En lo sucesivo será castigado el que en público haga una afirmación lesiva del honor, o capaz de disminuir el prestigio social, sobre la vida privada o familiar de otro, independiente de que el hecho afirmado sea verdadero o falso. Sobre la verdad de la afirmación no puede hacerse prueba alguna, ni siquiera si el ofendido lo pide. El delito de indiscreción contrasta notablemente con la tradicional disciplina de la defensa penal del honor en Alemania.

A través de las normas penales sobre la difamación sólo está defendido el merecido prestigio de los particulares en la comunidad y no en el buen nombre inmerecido; por eso está admitida la prueba en todos los casos de la verdad de los hechos difamatorios afirmados. Esta conduce, si se logra, a la solución en cuanto la difamación no sea ínsita en la misma forma empleada. En el delito de indiscreción la prueba de la verdad está, sin embargo, excluida. En él están igualmente prohibidas y castigadas declaraciones que disminuyan solamente el prestigio social, como, por ejemplo, que el padre de alguien ha estado preso o loco, mientras la difamación subsiste solamente si se hacen declaraciones que lesionen el honor, es decir, el valor ético mismo de la personalidad.

Por otra parte el proyecto ha puesto dos importantes limitaciones al delito de indiscreción que si son necesarias limitan notablemente su contenido. La declaración debe haber sido hecha sin razón pausable. Esto significa que está castigado sólo la referencia a cuestiones privadas y familiares, lesivas del prestigio de otro y

hechas esencialmente con fines sensacionales o amenos. Además debe tratar de una afirmación que no toque al interés público. Esto significa que está tutelada sólo la vida privada o familiar de aquellas personas que no están de alguna manera bajo las luces de las candilejas.

Si el delito de indiscreción se refiere sobre todo a la imprenta con sus posibilidades técnicas modernas de la crónica directa y de la fotocronica, la norma penal sobre la «violación de la discreción de la palabra» considera la autorización abusiva de nuevos descubrimientos técnicos. Castiga para lo futuro la grabación no autorizada de discursos ajenos pronunciados sin publicidad, así como está castigado la audición mediante dispositivo acústico de discursos no destinados al que los escucha, y no pronunciados en público.

Entrambas cosas son hoy posibles de forma totalmente secreta por medio de dispositivos microscópicos de alta sensibilidad, como son hoy fabricados por la industria en gran cantidad y siempre con mayores perfeccionamientos. En lo sucesivo, la grabación de conversaciones de negocios o la audición de conversaciones telefónicas de los empleados de una sociedad por parte del director, serán admitidas sólo con el consentimiento de la parte interesada. Para esto no hay dificultad.

Finalmente en la reforma sobre procedimiento penal, que al gobierno federal ha enviado el Parlamento, se consigna la prohibición de introducir aparatos televisivos en las salas de justicia. Tal manifestación de publicidad ha encontrado en el reciente pasado, con ocasión de procesos sensacionales, mucho interés para el público, pero también ha suscitado la indignación de todos los juristas que se preocupan seriamente de que la sala de justicia no se transforme en un teatro. El proyecto del gobierno federal no avanza bastante en este sentido, pues igual que la retransmisión radiofónica o televisiva en las salas de justicia, debe ser prohibida la fotocronica y esto también y especialmente en el momento de la lectura de la sentencia, que el proyecto, cediendo incomprensiblemente a las grandes fuerzas de la información pública, quiere exceptuar de la prohibición.

La técnica moderna puede y debe ser dejada libre en su desarrollo por el Derecho Penal. Es un grandioso resultado de la investigación humana dominada por la exigencia de la verdad y del conocimiento. Todo descubrimiento técnico, que sea posible, debe ser y será hecho, sería una preocupación sin sentido que el jurista quisiese poner freno al desarrollo de la ciencia de la naturaleza sólo porque con él están conexos peligros para la humanidad y particularmente para la esfera personal.

Más bien nos servimos todos de la técnica para superar miseria, enfermedad y atraso, y es la tarea del jurista el reconocer y eliminar los peligros que están conexos con la técnica y además promover por sus medios la investigación de la naturaleza y del

espacio, para crear una justa e inteligente organización de los resultados de la investigación científica.

El jurista llega a ser de este modo el compañero del investigador de la naturaleza, como en la época de los grandes descubrimientos geográficos los juristas españoles que querían proteger la población del Nuevo Mundo de la destrucción y de la explotación, fueron los más importantes compañeros de los navegantes.

# Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Fiscal de la Audiencia de Pontevedra

SUMARIO: Introducción.—1. El actuar humano como base del delito: las doctrinas causal y final de la acción.—2. La revisión crítica de la teoría del delito llevada a cabo por los finalistas: puntos de ataque y controversia.—3. La teoría del delito y sus elementos desde el punto de vista de los finalistas: A) el contenido sustancial del delito; B) el contenido voluntario de la acción; C) la acción dolosa y la acción culposa; D) las omisiones; E) la doctrina del tipo; F) la antijuricidad; G) la culpabilidad; H) las cuestiones del dolo, la culpa y el error.—4. Conclusiones críticas finales.

La crisis conceptual del delito acusada en los años inmediatamente anteriores a la última guerra, no se centró sólo en su contenido esencial (1), sino que alcanzó aún en mayores proporciones a su concepto formal, a su definición jurídica. Esta definición se había fijado más en la forma que en la realidad natural del hecho ilícito penal. El delito como actuar humano que se desarrolla en sociedad, se había abandonado a la Criminología. Al Derecho no le interesa el *ser*, sino el *deber ser* de las conductas. Pese a ello, en la definición del delito, centrada en una enumeración de caracteres o elementos componentes, había algo más que una referencia formal, ya que cada uno de esos elementos constituía un concepto pleno de significado y cuya naturaleza no siempre era de fácil determinación. De ahí que al ponerse en disputa el significado y contenido esencial de tales caracteres del delito la controversia repercutiera sobre la definición que, aún permaneciendo la misma en su forma lexicográfica, sufría cambios constantes en su significado conceptual. Pues aunque en principio hubiese un general consenso en cuanto a los caracteres que ha de reunir el hecho ilícito sancionado con pena, que se construye a partir de BELING (2) sobre la

---

(1) Vid. CONDE-PUMPIDO: *La crisis del contenido sustancial del delito*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1960, fasc. IV, págs. 385 y siguientes.

(2) BELING: *Die Lehre von Verbrechen*, 1906. Aunque los conceptos de antijuricidad, culpabilidad y punibilidad eran constitutivos del concepto de delito en Alemania desde BOHEMERO (*Elementa Jurisprudentia Criminalia*, 1732), el mérito de la introducción del concepto de tipicidad pertenece a BELING y a su difusor, M. E. MAYER.

base de los caracteres o elementos (3) fundamentales de la acción, antijuricidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad, a la hora de establecer las relaciones entre ellos existentes y determinar el verdadero significado y esencia de cada uno las divergencias son tales que podríamos decir que, aún partiendo de una base aparentemente unitaria —la definición del delito como acción típicamente antijurídica y culpable—, se obtienen sistemas penales diferentes.

Así ocurre con la moderna doctrina llamada de la *acción finalista*, en la que, aún admitiéndose por su iniciador, WELZEL (4), aquellos esenciales elementos, desde el momento en que se formula un nuevo concepto del primero —la acción— los otros —antijuricidad, tipo, culpabilidad— sufren una transformación en su contenido y vienen sometidos a nueva elaboración. A la exposición y análisis de esas nuevas posiciones, que por la extensión que han adquirido son merecedoras de atención y estudio, dedicamos este trabajo.

1. El primero y fundamental elemento de la definición del delito, el que ha de “servir de punto de arranque del sistema” y el que ha de “soportar sobre sí los atributos-valores de la *antijuricidad* y la *culpabilidad*” (5), es la *acción*, esto es, el actuar de un hombre.

Para el sistema penal tradicional, *acción* es acto humano entendido en sentido “causal”, esto es, manifestación de la voluntad de un hombre ligada a un resultado dañoso por una relación lógico-natural de causalidad. Este concepto causal de la acción es esencial tanto para la teoría general del delito como para la construcción de las figuras de delitos concretos de la Parte especial. En efecto, concebido el delito como ataque a un bien jurídico, en cuya lesión o puesta en peligro consiste el resultado penado en la ley, se hace necesario, como base material de la imputación de tal resultado al sujeto, que este sea factor causante del mismo. Podríamos decir que la construcción causal de los delitos se asienta en los dos pilares de la lesión de un bien jurídico y la contradicción del acto con el Derecho objetivo. Y como ambas concepciones eran las dominantes en el momento de la promulgación de los Códigos penales del siglo XIX, la mayor parte de los tipos en ellos previstos están formulados causalmente y con meras descripciones objetivas. Sólo como reminiscencia de anteriores épocas dominadas por el subjetivismo ético-religioso, a que en otra parte aludi-

---

(3) No es éste el momento de entrar a discutir si se trata de elementos del delito como concepto jurídico o caracteres del hecho ilícito penal, esto es, del hecho sancionado con una pena.

(4) WELZEL: *Derecho penal. Parte general*. Trad. al castellano de Fontán y Friker, Buenos Aires, 1956. En general, hasta donde nos lo permita la necesidad de seguir fielmente la evolución del pensamiento de WELZEL, y en atención a los lectores de habla castellana, procuraremos hacer las citas de la doctrina de este autor en relación a esta obra.

(5) Cfr. MEZGER: *Tratado de Derecho penal*. Trad. de Rodríguez Muñoz, Madrid, Edit. Rev. de D.º priv., 2.ª ed. t. I, pág. 190.

mos (6), se entremezclan con aquéllos algunos tipos subjetivos, que precisamente serán los que sirvan de punto de partida para nuevas concepciones de la acción.

Se nos presenta, pues, dominado el sistema penal por el llamado *dogma causal o dogma de la causación*, según el cual: a) el prototipo del hecho ilícito penal está representado por una modificación del mundo exterior; b) esa modificación ha de consistir en la lesión de un bien jurídico; y c) el nexo físico entre el autor y el resultado es puramente de causa a efecto. Así aparecen causalmente concebidos tanto los delitos de acción como los de omisión (incluso aquellos de comisión por omisión, en los que el carácter pasivo del acto se cohonesta difícilmente con la activa idea de la causalidad de un resultado); tanto los delitos de lesión como los de peligro (incluso los de simple prohibición, en los que el peligro para un bien jurídico solamente es concebible en abstracto); y tanto aquellos en que la causación del resultado era querido por el sujeto (tipos dolosos) como aquellos otros en que se producía independientemente de esa voluntad e incluso de su previsión (culpa inconstiente).

Ése concepto de acción tenía la pretensión de constituir un concepto natural, ser el resultado de una observación experimental y acotar una parcela de la realidad para hacerla soporte de la valoración jurídica. De ahí las referencias hírontes que soñan hacerse a “la mutación del mundo exterior”, como contenido objetivo del acto, y a la “manifestación de voluntad”, como contenido subjetivo. Aunque a continuación, con notoria incongruencia, se reconocieran como acciones conductas humanas que no provocaban alteración del mundo externo, ni exigían un ejercicio expreso de la facultad volitiva: nos referimos a las omisiones y a los actos instintivos o habituales.

En cuanto a las omisiones, si bien pueden constituir también una conducta voluntaria, difícilmente pueden considerarse como una alteración del mundo exterior. La corporalidad de la omisión ha sido problema que originó mucha literatura penal y que no pudo ser resuelta más que recurriendo a su aspecto negativo del acto debido o acto esperado. Pero al fundamentar el delito de omisión “desde fuera (externa, normativamente)” (7), se negaba el carácter del concepto de acción y se introducía en él un concepto “potencial” que ya no pertenece al mundo natural del “ser”, sino al terreno axiológico del “deber ser”. La omisión queda reducida a una mera relación entre la voluntad y la violación del Derecho, sin que aparezca en ella la corporalidad que se pretende. El recurrir, ante la ausencia de actividad física, a la acción realizada en vez de la esperada o a esa misma acción esperada, sólo existente en el mundo del “deber ser”, hace más patente que en la omisión no hay acción sensible en sentido natural.

En lo que hace a los actos instintivos o habituales, son considera-

---

(6) Vid. § 1 del trabajo citado en la nota 1.

(7) MEZGER: *Op. cit.*, pág. 288.

dos como acción, pese a que se ejecutan como mera reacción a un estímulo externo, sin necesidad de que intervenga conscientemente la voluntad. Para explicar el carácter voluntario de estos actos, como de los constitutivos de culpa inconsciente y aun de ciertas omisiones puras, se habla de "noluntad", esto es, el funcionamiento de la voluntad que "puede" impedir el acto, inhibiéndolo, y no lo impide (8). También aquí aparece una referencia al terreno extranatural de lo potencial (9).

Por último, para el concepto tradicional de acción era suficiente la volición del acto, sin que fuera precisa la del resultado; esto es, el mero hecho de querer, no el contenido de ese querer. Esa volición del resultado, ese contenido del querer, sólo eran trascendentes en el momento posterior del juicio de culpabilidad.

A las ya clásicas objeciones de RADBRUCH (10) sobre ese concepto de acción se agregan posteriormente las críticas y revisiones del dogma causal.

Unas, como la de HELLMUTH MAYER (11), quedan reducidas a minar su señorío y a destacar la insuficiencia de la concepción causal para comprender el verdadero contenido de los tipos. Sin entrar ahora en el detalle de los puntos en que basa su crítica, señalaremos como conclusión fundamental, de las afirmadas por H. MAYER, que "el sencillo delito de acción no puede ser concebido simplemente como proceso de causación, esto es, como un proceso compuesto por un resultado y una causación voluntaria del mismo, porque existen numerosas e importantes posibilidades de causación que no caen bajo la imagen que el uso normal del lenguaje y la tradición jurídica vinculan al verbo elegido para la descripción legal de un delito doloso. Así, no bastan, por ejemplo, cualesquiera de las posibilidades de causación de la muerte para constituir el tipo de *matar*: "el que desencadena una

(8) Vid. CAMPISI: *Rilevati sulla teoria dell'azione finalistica*, Padova, 1959, pág. 12.

(9) Vid., para confirmar esto, MEZGER: *Op. cit.*, pág. 283: "El querer no pertenece a la esencia de la omisión." También aquí se recurre a la acción esperada.

(10) Sabido es que RADBRUCH negó la posibilidad del concepto de acción como categoría superior que abarque los delitos de acción y los de omisión, afirmando que el sistema penal aparece ya dividido en dos partes a partir del concepto de acción en sentido *natural*. Esta escisión alcanza a la totalidad del sistema: acción-omisión; dolo-culpa. Por eso la acción no sirve como base para esas parejas de "conceptos alternativos". Y si bien la dualidad dolo-culpa puede superarse mediante "una definición de culpabilidad apropiada", la dualidad acción-omisión implica un contraste insuperable, pues la omisión es por sí una "negación de la acción", por lo que hacer y no hacer (A y no A) no pueden ser abarcadas por una categoría superior. De ahí que el concepto de acción sea un instrumento inútil en Derecho penal y deba ser sustituido por el de "realización del tipo" (Cfr. RADBRUCH: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904).

(11) Cfr. H. MAYER: *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, 1936, § 19. Las citas del texto corresponden al ap. VI. n. 1, en las págs. 184 y ss.



huelga general o una huelga en una rama fundamental para la vida —cita como ejemplo— causa la muerte de enfermos y niños y no puede menos de preverlo así, pese a lo que, en ningún lado se le acusa de homicida... En las descripciones típicas más complejas del *sus-traer*, del *jurar*, etc., el dogma causal se veda a sí mismo. Por el contrario, el tipo abarca también omisiones. Pero no todo el que omite impedir la modificación es castigado también como autor." (Señala previamente cómo los esfuerzos realizados para una construcción causal de las omisiones han fracasado, y cómo la teoría de la acción exigible es un mero arbitrio para poder castigar, caso a caso, los supuestos de comisión por omisión —cuya impunidad resultaría intolerable: "en realidad lo que ocurre —dice— es que los Tribunales afirman el deber jurídico de actuar cuando creen necesitar de su apoyo, y lo niegan cuando quieren absolver al procesado".)

De más amplios vuelos, pues pretende sustituir el dogma causal y el tradicional concepto de la acción por nuevas concepciones, es la crítica formulada por HANS WELZEL (12) como base para la construcción de su doctrina de la acción finalista.

Para ese autor, el concepto naturalístico de la acción según el que la esencia del acto descansa en una alteración del mundo exterior provocada por la voluntad, independientemente de que la voluntad lo haya querido o simplemente previsto, es tan sólo el fruto de una concepción mecanicista de la vida, propia de la mentalidad positivista del siglo XIX. La filosofía positivista, enfrentándose al idealismo hasta entonces en boga, especialmente en Alemania, niega valor a la metafísica, reduciendo el objeto de la ciencia a la realidad natural, cuyo desarrollo y modo de presentarse a la observación del hombre está presidido por la relación causa-efecto, esto es, mecánicamente (13). Surge así el dogma causal, que se aplica por igual a las ciencias naturales, a las sociológicas, a las históricas y a las jurídicas.

En el campo del Derecho penal encuentra eco esa corriente en el positivismo italiano y en la escuela sociológica de V. LISZT. Este, sobre todo, aplica la tesis a la teoría de la acción, concibiendo ésta como el resultado de un paralelogramo de fuerzas, cuyo vector se dirigirá indefectiblemente en la dirección de la mayor magnitud: el móvil más fuerte prevalecerá necesariamente. "Hablar de una volición del resultado sólo puede inducir a errores" (14). Con esto se relaciona el concepto material de "corporalidad" de la acción, en la que el resultado

(12) H. WELZEL: *Kausalität im Handlung* in "Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft", 1931, vol. 51, pág. 703 y s. s.; *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, 1935; *Das Grundgefüge der verbrecherischen Handlung*, in "Zeitschrift", 1958, pág. 502 y s. s.; *Studien zum System des Strafrechts*, in "Zeitschrift", vol. 58, págs. 431 y s. s. Cfr. también su "Derecho penal", cit. págs. 39 y siguientes.

(13) WELZEL: *Naturalismus und Wertphilosophie*, págs. 25 y ss.

(14) Cfr. V. LISZT: *Tratado de Derecho penal*, trad. esp. de Asúa, 1919, tomo II, págs. 286 y ss.

es siempre "un cambio del mundo exterior" (LISZT, loc. cit), lo que conduce incluso a tratar de configurar físicamente el delito de injuria como un movimiento de las cuerdas vocales que, a través de las ondas aéreas, provoca en el tímpano un movimiento parejo.

A esa concepción mecanicista del mundo del Derecho, que prescindía en absoluto de la idea del "yo", como portador de una capacidad de elección, se opone el argumento de una realidad psicológica según la que el "yo" no es mero sujeto pasivo del conflicto causal y está sometido al motivo más fuerte, sino que, al contrario, es sujeto activo en esa lucha de las motivaciones, en la que decide a través de la operación del "juicio". A través del juicio se hace posible la eliminación del automatismo y la "reflexión" como anticipación mental de las posibilidades de actuación, con sus consecuencias y valoración de las ventajas e inconvenientes de la elección. El conflicto causal se convierte en un conflicto mental, en el que la decisión corresponde al yo. Sólo así resulta posible el Derecho penal, como imputación de la acción a su autor, ya que si todo el obrar fuera la ineludible consecuencia de unos factores causales no habría modo de distinguir la integridad mental de la inimputabilidad (15).

En consecuencia, se hace preciso superar ese concepto mecanicista de la acción, superación que llevan a cabo los neokantianos: La acción, jurídicamente hablando, no es sólo una realización natural de la voluntad humana, sino *algo más*, que es precisamente lo que evita que pueda confundirse con aquellos acontecimientos que carecen de valor para el Derecho. Ese *algo más*, ese "quid pluris" que es lo que da a la acción su sentido jurídico, viene dado por el hecho de que la voluntad de una acción jurídicamente relevante debe ser relevante ella misma, es decir, debe estar dirigida a provocar una consecuencia jurídica, una modificación en el campo del Derecho, y, a la vez, el portador de esa voluntad debe ser legalmente capaz de querer aquella modificación jurídica. En este sentido, los actos de los incapaces son tan irrelevantes jurídicamente como las manifestaciones de voluntad sin dirección jurídica: cuando un hombre mentalmente sano decide levantarse antes de la aurora, para poder admirar la salida del sol, su acto resulta tan ajeno a la voluntariedad de provocar una modificación jurídica como el acto de un loco que decide prender fuego a la casa de un vecino: ninguna de esas decisiones afectan al campo del Derecho (16).

Se traslada así el requisito del "cambio en el mundo exterior", del "mundo natural" al "mundo del Derecho". La modificación en el mundo exterior ha de ser modificación prevista por el Derecho y fruto de una voluntad jurídicamente capaz. Esto y no otra cosa constituye los elementos de la "imputación jurídica", que viene a ser la operación que determina si un obrar humano es o no acción en el sentido jurídico (BINDING, loc. cit.)

(15) Cfr. WELZEL: *Naturalismus*, cit. págs. 26 y ss.

(16) Cfr. BINDING: *Die Normen*, II, págs. 91 y ss.

Pero el concepto normativo de la acción, si bien no cae en el error de la teoría naturalista de distinguir la voluntad de su contenido, corre el riesgo de caer en el extremo opuesto de no ver como obrar humano más que el actuar relevante jurídicamente. Resulta así un concepto de acción específico y no general, formal y no sustancial. Se concibe como acción sólo una determinada especie de los actos humanos, y se prescinde del contenido sustancial del obrar, para atender al formalismo de su subsunción en una norma. Llevando al extremo la concepción normativa, resultarían equiparados el acto de un incapaz, el acto sin destino jurídico y el caso fortuito: todos ellos carecen de relevancia jurídica.

Para escapar de tal formalismo, que es el mayor riesgo de la doctrina normativa, es preciso no prescindir del concepto prejurídico de acción como obrar humano, que debe ser subsumible en la norma jurídica en su integridad: la voluntad, la dirección de esa voluntad y el cambio jurídico querido y provocado.

El neokantismo jurídico parte del error de considerar la realidad natural como una realidad caótica (17). Sobre esa realidad se encuentran los valores que son los ordenadores del "dato directo". Sólo a través de esos valores adquiere sentido la realidad, que se ve transformada por ellos. Resulta así que entre el dato y el valor existe una relación de objeto-predicado, en lo que el objeto valorado pertenece a la realidad ontológica y la valoración a la esfera ideal, constituyendo el conjunto un objeto que RICKERT diría "pleno de significado".

Con ello el neokantismo, aunque se presente como la antítesis del positivismo, viene a resultar su complemento. Pues si bien de un lado, al colocar los valores en una esfera ideal que está más allá del dato objetivo, realiza una rotura entre el mundo de la vida real y el mundo de la ciencia (una "Labenfeindschaft"), de otro lado no logra superar el empirismo naturalista, porque el ser "preteórico" que constituye la base o apoyo del mundo de los valores es, en definitiva, la misma realidad natural de los positivistas (18), con lo cual se corre el riesgo de olvidar aquella realidad psicológica a que antes se aludía y concebir el resultado de la acción, en cuanto "cambio del mundo exterior", de un modo puramente causal que prescinda del contenido de la voluntad, esto es, del fin buscado por el agente.

Para WELZEL, ese concepto mecanicista de la acción, para el que el contenido subjetivo y teleológico de la voluntad carece de significado, equipara al hombre a las ciegas fuerzas de la naturaleza. Pero lo que caracteriza al hombre es precisamente la posibilidad que tiene de prever las consecuencias de su actuar, por lo que puede interferirse en la sucesión causal de la naturaleza, alterándola, a fin de conseguir un objetivo (19). "Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal

(17) WELZEL: *Naturalismus*, págs. 41 y ss.

(18) Cfr. WELZEL: *Naturalismus*, pág. 71.

(19) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, págs. 39 y 40

forma que dirige el acontecer causal exterior hacia el objetivo y lo sobretermina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es *vidente*; la causalidad es *ciega*."

"Un ejemplo facilitará la comprensión. Cuando un rayo mata a un hombre que trabaja en el campo, el suceso responde al hecho de que entre el hombre y la nube se había originado la máxima tensión eléctrica, que produjo la descarga. Esta descarga hubiera podido originarse lo mismo entre otro objeto alto y la nube. Que fuera precisamente el hombre, estaba causalmente condicionado en la cadena infinita del acontecer; pero tal acontecer no estaba dirigido finalmente a ese objetivo. Completamente distinto es lo que ocurre con las acciones humanas: quien quiere asesinar a otro, elige conscientemente los factores causales y los dispone de modo de alcanzar el fin predeterminado. Aquí la disposición de las causas está dirigida hacia el logro del objetivo: comprar el arma, averiguar la oportunidad, ponerse al acecho, apuntar y apretar el gatillo; todos estos son actos ordenados de acuerdo con un plan total y dirigidos hacia un objetivo."

La finalidad es, pues, un concepto ontológico, como lo es la causalidad. No se trata de una teoría fruto de la razón, sino de una estructura del "ser" apreciable sensiblemente (20). Lo que hace prevalente la finalidad frente a la causalidad es, precisamente, el hecho de que el hombre pueda anticipar la consecuencia posible de su actuar causal en un concreto ámbito, pudiendo, en consecuencia, dirigir y gobernar sus acciones en el mundo. De ahí que si bien la causalidad resulta apropiada para la comprensión de la sucesión de fenómenos que se producen ciegamente, mecánicamente, en cambio, aquellos otros accedimientos que por ser obra humana son provocados videntemente, gobernados por la posibilidad de previsión, sólo pueden ser comprendidos sustituyendo la idea de la causalidad mecánica por la de la finalidad.

El delito, como obra humana, es también una acción con objetivo, una *acción finalista*. Ahora bien, basándose la finalidad en esa capacidad de la voluntad de prever las consecuencias de la interferencia del obrar en la cadena causal, para dirigirla conforme a un plan hacia la consecución de un objetivo, es evidente que esa "voluntad consciente del objetivo, que dirige el acontecimiento causal, es la espina dorsal de la acción finalista" (21). Dicho en otras palabras: el dolo ("vorsatz") (22) se traslada de la culpabilidad a la acción, entra a formar

(20) WELZEL: *Um die finale Handlungslehre*, 1949, pág. 7.

(21) Naturalmente que, como en otro lugar señala WELZEL (*La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, cit. pág. 6), la plasmación finalista del resultado se da sólo "dentro de ciertos límites, no de un modo absoluto, no poseyendo el hombre una total previsión y dominio del futuro".

(22) El penalista español no debe olvidar lo subrayado por RODRÍGUEZ MUÑOZ (*La doctrina de la acción finalista*, cit. pág. 37, nota 26 y *Consideracio-*

parte del "Tatbestand" y, por consiguiente, de la "antijuricidad tipificada". Esa pertenencia del dolo a la acción es la característica fundamental de esa doctrina, hasta el punto que se llega a afirmar que sólo puede ser considerado finalista "quien incluye el dolo en la acción injusta" (23).

Aunque se han pretendido destacar las influencias hegelinas en esa teoría final de la acción, influencias recibidas a través de la obra de LARENZ sobre la doctrina de la imputación en HEGEL (24), es lo cierto que tiene una más profunda tradición filosófica, como confiesa el propio WELZEL (25): "Desde que Aristóteles (*Ética Nicomachae* 7, 11, 12, b) había definido por primera vez la estructura de la acción por medio de la finalidad, esta intuición se impone en el Medioevo. sobre todo por obra de Santo Tomás, y permanece generalmente reconocida hasta Hegel. Solamente por la abusiva invasión de las ciencias mecánicas naturales en la ciencia del Derecho, que tiene lugar al final del siglo XIX, inténtase hacer también de la acción un proceso causal externo." Y no vale decir, como GRISPIGNI (26), que se trata de algo banal y ya de antiguo aceptado y conocido, ya que es mera repetición del viejo adagio del "gimnasio": *omne ens intilligens agit propter finem*. Una cosa es conocer esa vieja máxima de aristotélica inspiración y otra reconocer que ella implica consecuencias determinadas y concretas para la dogmática del Derecho penal (27).

2. La crítica de la doctrina causal y la defensa de la doctrina final de la acción apóyase no sólo en la concepción filosófica de la voluntariedad como actuación de un fin, sino en una revisión dogmática del sistema penal tradicional, especialmente en lo que hace a la clásica distinción de la antijuricidad y la culpabilidad como elementos independientes —objetivo y subjetivo, respectivamente— del delito.

Los puntos en que se centra la revisión crítica son los siguientes:

---

*nes sobre la doctrina de la acción finalista*, cit. pág. 214) respecto al concepto desvalorizado o neutro del dolo en el Derecho Penal germánico: "Vorsatz" es sinónimo de intención por lo que sirve igual para designar el "dolo" de una acción maliciosa y el de una acción pura. De ahí que las consecuencias del traslado de ese "dolo" a la teoría de la acción, tenga menos trascendencia para el sentido axiológico de la acción y el propio contenido desvalorativo de la culpabilidad, que si el concepto manejado fuera el romanizado de "dolo malo" propio de nuestras concepciones doctrinales.

(23) Así, NITSE: *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 11.

(24) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, primero en las *Notas al Tratado de MEZGER*, cit. (pág. 190), y luego en *La doctrina de la acción finalista. Lección inaugural del curso 1953-54*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valencia, pág. 32.

(25) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica della dottrina finalistica dell'azione*, in *Rivista italiana di Diritto penale*, 1951, pág. 7.

(26) F. GRISPIGNI: *La sistematica del reato nella piu recente dottrina tedesca*, Apéndice al *Diritto penale*, vol. II.

(27) Precisamente responde WELZEL a Grispiigni que bien quisiera que la doctrina final fuera banal y obvia "porque entonces serían imposibles todos los malentendidos que encuentra en gran número" (*loc. cit.* en la nota 25).

a) La doctrina de los elementos subjetivos del injusto que partiendo de HEGLER (28) llevará a descubrir cómo, en determinados delitos, no puede reconocerse la tipicidad del acto sin una referencia a la intención o fin del autor (29). Todavía más eficaz será el reconocimiento de la existencia de tipos concebidos en sentido final, puesta de relieve por von WEBER (30), quien arrancando de una posición fundamentalmente de Derecho positivo, divide los tipos de la parte especial en "tipos causales" y "tipos finales". Los primeros se agotan en la producción del resultado, sin que el legislador haya resaltado la voluntad del sujeto activo (el homicidio, p. ej., en que el tipo es "causar la muerte"); los segundos contemplan hipótesis en las que el agente actúa con una especial voluntad de lograr un determinado resultado, y en los que esa finalidad es penalmente relevante, independientemente de que el resultado se produzca o no (por ej., en los casos de resistencia a la autoridad).

Sentada la afirmación de que existen delitos en los que la antijuricidad no es concebible sin momentos subjetivos o tendenciales, basta desarrollar el argumento para comprender que en esos tipos a la antijuricidad debe pertenecer no sólo la intención específica del agente (el ánimo de lucro, p. ej., en el hurto), sino, igualmente, *el dolo*, del que ese ánimo forma también parte. En efecto, la intención de apropiarse de una cosa de otro es incompatible con un actuar no doloso: ánimo de lucro y dolo se confunden en el hurto y no pueden separarse (31). De donde se debe concluir que en los delitos con elementos subjetivos de la antijuricidad el dolo pertenece ya a la acción y al tipo del injusto (32).

Esa argumentación es extendida por NIESE (33) a los tipos "causales" sobre la base del reconocimiento de elementos subjetivos en las diversas causas de justificación que acotan negativamente la antijuricidad. En todos los casos en que la ley exige para apreciar el estado de necesidad, p. ej., que el sujeto actúe "para" evitar un daño o un peligro (§§ 228, 904 del B. G. B.) o con una específica finalidad de "defensa" (§ 53 del C. p. alemán) (34), la ley hace depender la jus-

(28) HEGLER: *Die Merkmale des Verbrechens*, in *Zeitschrift*, 36.

(29) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., pág. 8.

(30) V. WEBER: *Grundriss des Tschechoslovakischen Strafrechts*, Praga, 1929; *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935; y *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.<sup>a</sup> ed., 1948. Así, por ej., "perseguir la pieza", "ofrecer resistencia", "abusar deshonestamente", etc.

(31) Lo que, por cierto, era intuído ya por los clásicos cuando para referirse a esa peculiar finalidad del agente que integra los llamados "elementos subjetivos" del injusto o del tipo, empleaban la expresión de "dolo específico".

(32) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., pág. 8.

(33) Cfr. NIESE: *Finalitat*, cit., págs. 17 y ss.

(34) La cuestión es también clara en nuestro Derecho, en el que el estado de necesidad exige obrar "para evitar un mal propio o ajeno" (art. 8, circ. 7) y en el que la finalidad de defensa, como requisito de la causa de justificación de defensa legítima, puede inducirse a través de la exclusión que en la circ. 6 se hace de móviles extraños (que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo).

tificación de la conducta de determinados elementos subjetivos. Por lo que, dado el entrecruzamiento de los tipos delictivos con los elementos subjetivos de justificación, tampoco cabe prescindir del elemento final en los tipos objetivos.

Ninguno de los argumentos esgrimidos contra esto es fundamental:

En primer lugar, se ha alegado que la mayor parte de los tipos están constituidos causalmente y los tipos finales son excepción, argumentación que, por cierto, no hace más que reconocer la fuerza del razonamiento de WEBER y NIESE. Con más profundidad, RODRÍGUEZ MUÑOZ (35) reproduce aquí la objeción que ya opuso a la crítica de H. MAYER al dogma causal: "La causalidad —dice— no es ciertamente bastante para explicar satisfactoriamente *por sí* la propia índole del injusto de los tipos legales. Pues los tipos representan *algo más* que la simple producción causal de un resultado lesivo de un bien jurídico. Pero en los tipos legales que exigen la producción causal de un resultado aunque ciertamente *no sólo* eso, ¿será lícito o siquiera posible prescindir de la causalidad? La contestación ha de ser necesariamente negativa si se entiende —como indudablemente es cierto— que la causalidad, si bien no es en tales casos condición suficiente, sí es condición necesaria." Pero tampoco ese razonamiento es definitivo desde el momento que GALLAS (36) se encarga de hacer comprender la posibilidad de cohonestar una formulación causal de los tipos, con la teoría final de la acción, cuando advierte que el resultado del actuar humano "no deja tampoco de ser un suceso *causal*, porque el transcurso del acontecer no se produzca *ciegamente*, sino gobernado por la voluntad, que marca sus fines, y sea *superdeterminado* de modo final".

BOCKELMANN (37) parte en su crítica de otro punto de vista: el que la finalidad no domina la totalidad de la acción. Al rechazar la pertenencia del dolo a la acción antijurídica, subraya que en esos tipos finales o con contenido subjetivo, la finalidad, que es immanente a la actividad descrita en la ley, abarca nada más que un sector de la conducta. Y así, el sentido subjetivo del "perseguir la pieza" no se extiende meramente al aspecto objetivo de que esa persecución ocurra en un coto ajeno, el sentido final del ánimo de lucro no tiene por qué abarcar la circunstancia objetiva de la "ajeneidad de la cosa". Pero como, a su vez, señala GALLAS (38) "hay que reparar que la prohibición está limitada también a la caza en coto extraño y a la sustracción

(35) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, in ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1953, página 224. Más simpatía y comprensión muestra en su *Lección inaugural*, cit. (cfr. págs. 137 y 138).

(36) W. GALLAS: *La teoría del delito en su momento actual*, Publicaciones del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, 1959, pág. 46.

(37) BOCKELMANN: *Über das Verhältnis vom Taterschaft und Teilnahme*, 1949, págs. 26 y ss.

(38) GALLAS: *Op. cit.*, pág. 48.

de una cosa ajena, y que por ello sería arbitrario asignar al ámbito del injusto la finalidad encaminada directamente al acto, y atribuir, en cambio, al ámbito de la culpabilidad la ulterior diferenciación de la finalidad, correspondiente al sentido de la prohibición".

Pero es que, además, si en alguna tipificación concreta el dolo del tipo no coincide con la finalidad del agente, ello no basta para afirmar, como hace BOCKELMANN (op. cit., pág. 30 y s.), que aunque la acción prejurídica sea finalista, la acción que el Derecho tiene en cuenta para su valoración está concebida en forma no final. Y no sólo porque, según nuestro refrán popular "una golondrina no hace verano", esto es, la presencia de algún tipo en el que se dé una desviación de la finalidad no basta para derogar una doctrina que es aplicable a la generalidad de los casos, sino también porque la concepción positivista de la omnipotencia del legislador está ya superada y nadie puede seriamente afirmar que aquél era libre para la construcción de los conceptos jurídicos, sino que, al contrario, como responde WELZEL (39), está vinculado en ciertos puntos inderogables que le obligan a aceptar la estructura ontológica del "ser". Si el legislador incrimina acciones humanas, habrá de aceptarlas en su esencia tal cual son.

b) Si alguna duda quedara sobre el carácter final de la acción, incluso en los tipos descritos objetivamente, el concepto de la tentativa es utilizado para despejarlas. La doctrina tradicional ya había reconocido aquí que la determinación delictiva del acto tentado no era un elemento de la culpabilidad, sino de la antijuricidad, ya que al no realizarse el tipo completo, es a la intención del agente a la que habrá que recurrir para conocer cuál es el delito que se intentó cometer. De donde el dolo es también aquí, indudablemente, un elemento de la acción y del tipo de injusto. ¿Si cuando A dispara contra B y falla hablamos de homicidio frustrado, atendiendo al propósito incumplido del agente, por qué habremos de cambiar todos los términos trasladando ese propósito de la acción a la culpabilidad por el hecho de que el tiro haya sido certero? (40). Como señala NIESE (41), todo delito, aun el consumado, pasa por la fase incumplida de la tentativa, y en todos esos casos, el paso de la tentativa a la consumación se produce no en el lado interno o contenido de la acción del agente, sino en el externo o resultado. Si nada cambia, pues, en la acción, y en la tentativa es menester concebir el dolo como formando parte de la acción, a la acción debe seguir perteneciendo aunque el delito se consume. En otras palabras, la consumación, al afectar sólo al resultado, no puede cambiar la esencia psicológica del acto.

También en este terreno se ha procurado negar la validez de la

(39) WELZEL: *Um die finale*, cit., pág. 10.

(40) Cfr. WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., págs 8 y 9, y *Derecho penal*, cit., págs. 45 y 46.

(41) NIESE: *Op. cit.*, págs. 21 y 22.



argumentación finalista. MEZGER (42) lo ha intentado sobre la base de distinguir entre "resolución" y "dolo". En la tentativa lo que da tinte a la acción es la "resolución", que no se convierte en dolo, como quieren los finalistas. Pero esa distinción no parece viable en la dogmática penal germánica, donde, como se ha señalado, no cabe distinguir, dados los términos del § 43 del C. P. alemán, la "resolución" y el "dolo" como cosas distintas. Lo cierto es que el argumento basado en la concepción de la tentativa en el Derecho positivo alemán es el más fuerte de los finalistas (43) y conserva su eficacia al trasladarlo a otros derechos positivos, pues, en general, la tentativa sólo cabe configurarla con referencia a la finalidad de la acción (caso típico de nuestro Derecho es el de la distinción entre abusos deshonestos y tentativa de violación: el elemento objetivo coincide, es en el elemento finalista donde radica la diferencia).

c) Tampoco respecto a los tipos culposos es satisfactoria la teoría causal de la acción, pues, según ella, esos tipos deberían ser cumplidos por toda lesión de bienes jurídicos causada por un acto de voluntad. Si en el delito culposo sólo se quiere la acción, pero no el resultado, y la antijuricidad radica en la producción no querida, pero culpable, de la lesión de un bien jurídico, siempre que se diera tal lesión, como consecuencia de una acción humana voluntaria, deberían atribuirse a ella las características de tipicidad y antijuricidad. Pero el Derecho no puede prohibir sin más toda lesión de un bien jurídico, so pena de hacer imposible la vida social, vida social que implica riesgos y daños inevitables. "No una lesión de bienes jurídicos, a secas, sino solamente una lesión de bienes jurídicos que parta de un acto de voluntad de *determinada índole*, cumple el tipo de los delitos culposos; es decir, un acto de voluntad que no aporta el mínimo de dirección finalista objetivamente necesario en el intercambio para evitar lesiones de bienes jurídicos" (44). La cualidad negligente de la manifestación de voluntad es imprescindible para que pueda hablarse de un *tipo* y de *antijuricidad* de la acción.

d) Descendiendo al terreno de la culpabilidad, los defensores de la doctrina de la acción finalista hacen fuerza en la incapacidad de la doctrina tradicional para resolver el concepto de culpabilidad. La concepción psicológica —"relación psíquica entre el agente y el resultado"— enfréntase a la normativa —"juicio de reproche sobre el contenido psíquico del delito"—, pero si bien la primera encuentra el escollo de la culpa inconsciente (falta aquí el lazo psíquico necesario entre el autor y el resultado ilícito), la segunda muéstrase inconsecuente al hacer recaer ese juicio de reproche sobre la concurrencia o

(42) MEZGER: *Moderne Wege der Strafrecht dogmatik*, 1950.

(43) Cfr. RODRÍGUEZ MUÑOZ: *Consideraciones*, cit., pág. 230, y *La doctrina de la acción finalista*, cit., pág. 147.

(44) WELZEL: *Derecho penal*, pág. 46.

no del dolo, ya que existen acciones dolosas que no son reprochables al agente (45), como, p. ej., las realizadas en estado de necesidad (46).

Es bien cierto que, de admitirse la concepción normativa de la culpabilidad, es menester inclinarse ante la necesidad de radicar el dolo de ese concepto de culpabilidad. Son inconsecuentes los que, como JIMÉNEZ DE ASÚA (47), aceptan la concepción normativa de la culpabilidad y se revuelven contra WELZEL por pretender extraer el dolo de esa culpabilidad a la que, según aquéllos, pertenece. Si la culpabilidad ha de ser un juicio, y un juicio normativo, no debe confundirse con los elementos psíquicos del delito que *sólo pueden ser, entonces, objetos de aquella valoración*. Creemos que o se acepta un concepto naturalístico del delito, y entonces la culpabilidad sólo puede ser un concepto psíquico, como psíquicos son sus dos elementos componentes (imputabilidad y dolo o culpa), o se acepta un concepto normativo, y entonces será menester distinguir el juicio de reproche personal (la culpabilidad) de los objetos sobre los que aquél se formula, que por elemental principio lógico han de estar fuera de tal juicio. En este sentido, sólo los finalistas son consecuentes, y uno de sus méritos radica precisamente en hacer posible una concepción de la culpabilidad de gran pureza normativa al privarle de aquel carácter "centáurico" (parte normativo y parte psicológico) que la presencia del dolo le otorgaba (48). El objeto de reproche en el juicio de culpabilidad no es ya el dolo, sino el actuar del sujeto, la *totalidad* de su acción, que sufre un desvalor a consecuencia de la decisión del sujeto de actuar la realización de un injusto típico.

e) Por último, la doctrina encontró dentro de la dogmática germana un fuerte apoyo en la necesidad de acoplar los "tipos inculpables" dentro del sistema penal (49). Con la reforma de los §§ 42 b y

(45) Nuevamente hemos de recordar aquí la naturaleza "aséptica" del dolo ("vorsatz") en derecho alemán.

(46) Cfr. WELZEL: *La posición dogmática*, cit., pág. 9.

(47) L. JIMÉNEZ DE ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, Edit. Losada, Buenos Aires. Cfr. t. III, § 1.056 y T. V, 1.516 y 1.538 Si se observa la definición de la pág. 92, véase aún más lo contradictorio de la posición de ese autor, como la de todos aquellos que hacen de la culpabilidad una suma de elementos, unos normativos ("reproche que se hace al autor") y otros naturales ("al que le liga un nexo psicológico"). Difícil es obtener un concepto que es suma de elementos heterogéneos. Pero la sorpresa llega al máximo cuando se ve que, en definitiva ASÚA tiene del dolo un concepto final ("pretendiendo con su comportamiento un fin"). Luego, al tratar del "momento de la culpabilidad" (pág. 261), la posición normativa del autor se tambalea.

(48) CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 35.

(49) La conexión de la teoría finalista de la acción con los "tipos inculpables" ha sido objeto de polémica. GRISPIGNI (*La sistemática del reato nella più recente dottrina tedesca*) ha afirmado que aquella doctrina nace como una tentativa de explicar dogmáticamente los delitos de los inimputables. A ello ha contestado WELZEL (*La posizione dogmática*, cit.) que esa cuestión estaba muy lejos de su pensamiento filosófico de superar el naturalismo reinante en derecho penal, y que los delitos de los enfermos mentales constituyen un problema mar-

330 a, al admitirse el castigo de las "acciones conminadas con pena" ("mit Strafe bedrohte Handlung") cometidas por inimputables (menores, o enajenados, o sujetos en estado de embriaguez), se hace necesario explicar en qué consiste la culpabilidad de tales sujetos, en cuyos actos, según la doctrina imperante, no podría existir culpabilidad al faltar su base personal: la imputabilidad del sujeto activo del delito. Para salvar la dificultad se habla entonces de un "dolo natural", esto es, un actuar intencional, con lo que el fin de la acción, el actuar finalmente, pasa a primer plano. El inimputable puede, desde luego, actuar finalmente, proponerse un objetivo en su acción, luego es capaz de dolo y de ser autor de un delito (50). Todavía se presenta más clara la necesidad de concebir la acción con sentido final en el caso del § 50, reformado en 1943, según la cual resulta que el cómplice del delito de un inimputable es igualmente responsable, dándose así a la participación una accesoriedad mínima. Aquí el actuar finalmente parece decisivo para fundamentar la culpabilidad del partícipe que no realice la conducta objetiva tipificada en la ley y, sin embargo, responde por ella (51).

3. Veamos ahora las consecuencias que esa doctrina finalista de la acción introduce en la teoría general del delito y en cada uno de sus caracteres tradicionales, aprovechando la oportunidad para destacar los puntos en los que se ha centrado posteriormente la crítica, y examinar el acierto o desacierto de ésta.

A) En el plano del contenido material del delito, pretende la permanencia de la valoración *ético-personal* del delito, sobre la base de la concepción hegeliana del Derecho, ya señalada. El propio WELZEL (52) afirma que "la evolución de la doctrina finalista de la acción debe ser

ginal del derecho penal del que se ocupó, desde el punto de vista de la doctrina finalista, MAURACII.

(50) Ya señala MAURACII (*L'evoluciones della dogmatica dell reato nell piu recente diritto penale germanico*, in Riv. it. dir. pen., 1949, pág. 648) que "con ocasión de la controversia en torno a los §§ 42 b) y 330 a) del Código penal, la praxis ha propugnado siempre un *Tatbestand* animado por la voluntad".

(51) GALLAS (*Op. cit.*, págs. 50-51) pretende extraer de este punto un argumento no sólo en pro de la teoría finalista de la acción, sino también de la concepción del delito como conjunto. "Quien reconozca—dice—que al dolo le corresponde una significación final, y también, por lo tanto, que la exigencia del dolo hace de la figura de delito—como conjunto, en todo caso—un tipo de acción, se hallará aquí ante esta ineludible alternativa: o admitir la participación en una conducta atípica, y, por lo tanto, una participación sin autoría, o tener que reconocer que ya el tipo de injusto es tipo de acción." Ya antes había puesto de relieve que una interpretación final se impone en los casos en que ciertas consecuencias jurídico-penales se derivan de la comisión no culpable de un acto punible. "En todos estos casos, una concepción que vea tan sólo en la finalidad un elemento perteneciente a la culpabilidad, llevaría a renunciar no sólo a la exigencia de culpabilidad, sino también a la de tipicidad del delito." (Lo subrayado es nuestro.)

(52) WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., pág. 5.

encuadrada en la corriente del esfuerzo tendente a situar en el puesto que le corresponde la función ético-social del Derecho penal". Y eso se pone más de relieve en cuanto una de las bases de la acción finalística, desde el punto de vista de la doctrina de WELZEL, es que "para el concepto de injusto no basta el hecho del resultado: la modalidad de las acciones no tolerables están en el centro del interés penalístico" (loc. cit.).

En este sentido, se nota en la teoría el impacto de las doctrinas alemanas de la escuela de Kiel, si bien, y como señala GALLAS (53), parece haberse conseguido en el sistema de la acción finalista una síntesis de las aspiraciones de la dirección personal y la teleológica. "Como realización del *querer*, la acción entendida en sentido final pasa a constituir el punto de partida adecuado para los elementos personales del injusto; como *realización* del *querer*, radica en ella, a su vez, un momento causal capaz de constituirse en el elemento portador del resultado injusto, a saber, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico."

Esta posición explica las simpatías que esa nueva doctrina despierga en muchos de los penalistas germánicos que, como GALLAS, ven en ella un camino para conservar lo que de su posición primitiva estiman inalterable. Pero de esa misma concepción ética del Derecho y por razones que ya destacamos en otro lugar (54), podría derivarse un argumento en contra de ella si no fuera porque en la práctica la doctrina de la acción final no implica necesariamente el abandono del punto de vista de la lesión de un bien (el resultado del delito, concebido como tal lesión, puede ser el objetivo de la acción final), mientras que desde nuestro punto de partida no podríamos apurar el argumento contrario a la lesión del deber, en cuanto bastaría para destruir su fuerza señalar que ese deber puede ser entendido no ética, sino jurídicamente, tal como hemos precedentemente señalado (55). En tal sentido, estrictamente *jurídico*, podría admitirse ese destaque del elemento subjetivo del delito, que es característica de la doctrina finalista de la acción. De otro lado, aunque la teoría finalista de la acción al oponerse a la teoría causal, tiende a restar importancia al resultado y a resaltar la voluntad delictiva como punto central del delito (56), lo que puede traer como consecuencia un menosprecio del bien jurídico, en cuya lesión o puesta en peligro debe consistir el contenido esencial

(53) GALLAS: *La teoría del delito*, cit., pág. 10.

(54) *La crisis del contenido sustancial del delito*, cit., §§ 2 y 5.

(55) Pretendemos ser objetivos en esta exposición y crítica. Pero la ausencia de ánimo polémico no nos impide remarcar, una vez más, que no podemos admitir la noción de deber moral como centro del derecho penal, y que si hablamos de deberes nos referimos a deberes jurídicos, es decir, obligaciones que nacen de las normas de derecho jurídicamente coactivas (esto es, en el fuero externo, no en el interno) y alterativas (en la conducta enfrentada a los demás, no en la íntima volición).

(56) Cfr. CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 22.

del delito (57), ese peligro es más aparente que real, pues, bien mirado, la aceptación de la doctrina finalista de la acción lo más que podría provocar sería no la disminución de la importancia del bien jurídico como eje central del concepto de delito, sino la transferencia del límite de relevancia desde la consumación de la lesión del bien (concepto más puramente causal) a la puesta en peligro del mismo (concepto más puramente final y para el que la finalidad es precisamente esencial, ya que la idea de peligro encierra una anticipación del resultado).

B) Vemos, pues, cómo, frente al concepto tradicional de acción, en el que lo interesante para considerar el acto como producto del hombre estribaba en ser resultado de un querer, prescindiendo de lo que era querido, el concepto de acción final trae a primer plano, precisamente, el contenido o dirección de la voluntad. Ambas posiciones están de acuerdo en que el delito es un acto del hombre, y como tal, fruto de la voluntad, pero la tradicional se detiene ahí, mientras que la finalista va más allá, y al considerar que la característica de la condición hombre no es el querer, sino el querer previendo algo, trasladada al terreno de la acción el elemento subjetivo del delito. El dolo, entendido como querer desvalorizado (vid. ut suprac, nota 11), pertenece a la acción. Esta es la fundamental diferencia y sobre la que se centra, como vimos, la controversia. Por lo demás, pueden seguir estudiándose aquí las tradicionales cuestiones problemáticas de la ausencia de acción por vicio o ausencia de la voluntad, con la ventaja de manejar un concepto de lo voluntario de límites más precisos que permite diferenciar mejor los actos queridos de los actos corporales involuntarios. Por el hecho de que muchos de nuestros movimientos corporales están automatizados, la dirección finalista de una acción no es restringida por el hábito, sino ayudada: el caminar es también una actividad dirigida finalmente, pese a que no nos sea preciso dirigir cada paso en particular como en nuestra primera infancia.

Ahora bien, en esa dirección a un fin la acción comprende no sólo la voluntad finalista, sino todo aquello a que esa se extiende, es decir, todas las consecuencias que el autor debe realizar para la obtención del objetivo. De donde resulta que la voluntad finalista abarca:

- 1) El objetivo que se propone alcanzar.
- 2) Los medios empleados para ello; y
- 3) Las consecuencias secundarias, que están necesariamente vinculadas con el empleo de los medios.

WEIßEL concreta todavía más (58): "La voluntad finalista de la acción es la voluntad de concreción, que abarca todas las consecuencias respecto de las cuales el autor conoce que están necesariamente vinculadas con la obtención del objetivo, y las quiere realizar por ello. Sólo en relación con estas consecuencias de la acción comprendidas

(57) Vid. *La crisis del contenido*, loc. cit.

(58) Cfr. WEIßEL: *Derecho penal*, pág. 41; *La posición dogmática*, páginas 14 y 15.

por la voluntad de concreción, hay un nexo finalista de la acción. Una acción es finalista solamente en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad; en lo referente a los resultados propuestos por la voluntad de concreción, es sólo causal.”

La dirección final no se refiere, pues, tan sólo a la voluntad de un fin sino también al conjunto de las consecuencias de la acción anticipadas con el pensamiento. La formación penal de WELZEL le conduce aquí a ampliar el propio concepto de HEGEL que excluía de la acción todo lo que fuera ajeno al fin: sólo las consecuencias previstas por la voluntad del autor en relación al fin pertenecerían a la acción (59). Con esta tesis de HEGEL el dolo eventual no encontraría adecuado encaje en el finalismo, que por esencia excluiría las consecuencias condicionadas propias de aquél. Pero WELZEL, con la admisión de las consecuencias accesorias vinculadas al medio empleado, obvia el inconveniente.

Sin embargo, ello constituye un punto débil en donde se ceba la crítica: Si se hace entrar en el concepto de finalidad las consecuencias necesariamente vinculadas al acto, se abandona la estructura ontológica de la acción, tal como debiera ser entendida en sentido finalista. “El concepto de acción final —dice CAMPISI (60)— sufre una ampliación que no se compagina ni con su nombre; ni con las expresiones de HARTMANN y de HEGEL; ni con la formulación inicial de WELZEL: la acción alcanza adonde llega la concreta capacidad del querer y una inteligente regulación de su devenir causal.” Estamos ante el eterno problema de las consecuencias no queridas del acto. El dolo indirecto, el dolo eventual, la culpa consciente, constituyen una gama de conceptos que en todas las doctrinas han obligado a formulaciones marginales, más o menos conseguidas. Pero siendo conceptos de Derecho penal, y, por tanto, con un contenido normativo que les es propio por esencia, nada se opone, a nuestro juicio, a que sean utilizados para ampliar, en el sentido señalado por WELZEL, el prístino contenido ontológico de la acción final. No cabe olvidar que con frecuencia ha de ser la tipificación legal, esencialmente normativa, la que agregue a la responsabilidad por el acto la responsabilidad por las consecuencias accesorias del mismo.

C) Como claramente se deduce de lo expuesto, especialmente de la inclusión de la voluntad final en la acción, esa doctrina está construida con la vista puesta en los delitos dolosos. La acción finalista es

(59) Punto éste ya destacado por ENGISCH (*Der finale Handlungsbegriff*, en los *Escritos en honor de Kohlrausch*, págs. 153 y ss.) y aprovechado para señalar que Welzel se encuentra ante el dilema de formular un concepto de acción que no sólo excluye la culpa, sino también ciertos casos de dolo, cuando el resultado consista en efectos “ciegos” accesorios o lejanos, desligados del fin; o de traicionar sus propios principios, pues si se incluyen en la acción todos los resultados, tanto los buscados como seguros, como los previstos meramente como posibles, esa acción de finalista no tendrá más que el nombre.

(60) CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 41.

una acción dolosa. ¿Cómo resolver, entonces, el problema de la acción en los delitos culposos? Problema éste que es el mayor escollo con que ha tropezado la doctrina de la acción finalista, que ha obligado a WELZEL a sucesivas correcciones del sistema y que aún no ha sido resuelto a gusto de todos, por lo que, a falta de mejores argumentos, se ha centrado en él toda la crítica de los opositores.

El pensamiento de WELZEL, en cuanto a la acción culposa, ha pasado por los siguientes estadios:

a) 1938-1940. La acción culposa es una forma "minuciada" (61) o "raquífica" de acción, esto es, una desviación de la actividad humano final, una modalidad defectuosa del obrar voluntario. En los delitos culposos el resultado es causal-ciego, pero la circunstancia de haber sido evitable con una actividad final más correcta es lo que eleva ese acontecer por encima de un simple proceso natural integrándolo en el concepto de acción. "Mientras que en la acción dolosa la finalidad es factor configurador del proceso acción, en la culposa es sólo momento de referencia" (62)..

b) 1949. La acción culposa y la acción dolosa son dos formas independientes de acción. La acción propiamente dicha, la acción en sentido estricto, es la acción dolosa. La culposa sólo es acción en sentido lato. Es una acción finalística que tiene consecuencias no finalistas, pero evitables con una conducta finalista. A causa de la imprudencia con que se practica la acción finalista (limpiar un fusil, p. ej.), las consecuencias no finalistas (el fusil se dispara y alcanza a un hombre) se imputan como culpables al agente (63).

c) 1951-1952. Abandónase la escisión formal del concepto de acción. La acción final es solamente la acción dolosa. Las formas culposos no se estudian como figura de acción, sino dentro del examen de los tipos: la culpa constituye una forma de tipificación; no hay acciones culposas, sino imprudencias tipificadas. Estos tipos culposos comprenden acciones que, en lo que hace a sus consecuencias causales, no presentan el mínimo de dirección final exigida por el tráfico jurídico. En ellos las consecuencias finales de la acción (en sí lícitas) son irrelevantes para el Derecho penal, por lo que no están descritas en el tipo, mientras lo están las consecuencias dañosas no finales, que son las únicas relevantes jurídicamente. "El tipo de injusto de los delitos culposos exige siempre la lesión de un bien jurídico o, por lo menos, su puesta

(61) Utilizamos la voz "minuciada" por ser la empleada desde las primeras traducciones de la obra de Welzel por Rodríguez Muñoz. Creemos, sin embargo, más expresiva y clara la traducción de "raquíficas" que en el texto usamos también como sinónimo.

(62) WELZEL: *Grungefuge*, cit., y *Der allgemeinen Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1.<sup>a</sup> ed., 1940, págs. 23 y 24.

(63) WELZEL: *Das deutsche Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1949.

en peligro; pero ni una ni otra pueden ser producidas finalísticamente, sino sólo causalmente." Y "el disvalor de la acción en los tipos culposos consiste en la omisión de una dirección finalista mejor, impuesta por el Derecho con miras a evitar lesiones de bienes jurídicos" (64).

d) 1957. Torna la culpa a la doctrina de la acción. Son acciones culposas aquellas acciones finales que tienen consecuencias accesorias no finales, esto es, puramente causales, que podían evitarse con una mejor dirección final de la acción en la elección y aplicación de los medios (incluyendo el propio movimiento corporal). La acción culposa es siempre también una acción final y sólo puede explicarse partiendo del concepto de acción finalista: el tipo de acción de los delitos culposos se compone de un resultado y una acción final que causan ese resultado en forma no dolosa, pero adecuada a tal resultado. La lesión o peligro de un bien jurídico y la no observancia del cuidado exigido por el ordenamiento son dos momentos que integran el injusto de los delitos culposos. El disvalor de la acción, juntamente con el disvalor del resultado (y no sólo éste) son aquí decisivos. Y *culpa* es el defecto de la dirección de la voluntad en la elección y aplicación de los medios en relación con la medida mínima de dirección final exigida por el tráfico (65).

Hasta qué punto esta última posición de WELZEL ha logrado superar todas las objeciones que le han sido opuestas, y hasta qué punto esas objeciones, aun siendo correctas, son suficientes para invalidar la doctrina finalística de la acción, son cuestiones distintas (66).

El acento de las objeciones se hace recaer sobre el hecho de que la doctrina de WELZEL no puede explicar satisfactoriamente la causación culposa (SCHÖNKE, NAGLER, ASÚA) (67), con lo que el sistema aparece ya desde su arranque escindido en dos: la acción dolosa (final) y la culposa (causal ciega); o sobre el error metodológico, puesto de relieve por MAIHOFER (68), según el que las concepciones de WELZEL llevan a anticipar en la doctrina de la acción conceptos pertenecientes

(64) WELZEL: *La posizione dogmatica*, cit., págs. 12 y 13, nota 5; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 2.<sup>a</sup> ed., 1952, § 4. Vid. también *Derecho penal*, cit., págs. 135-137.

(65) WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 3.<sup>a</sup> ed., 1957, páginas 6, 7, 30 y ss.; *Das deutsche Strafrecht*, 6.<sup>a</sup> ed., 1958, págs. 32, 36, 111 y ss.

(66) Ya señaló WELZEL (*La posizione dogmatica*, nota 14) que "la doctrina finalista de la acción no ha surgido perfecta, como Atenea del cerebro de Jove, sino que ha sido necesario y es necesario todavía una fatigosa labor para perfeccionarla liberándola de toda objeción y de todo respecto dogmático". Si esa doctrina nos proporcionara una más perfecta visión del delito, de su génesis y del sistema jurídico para su sanción, constituiría ya un avance que no podría entorpecerse por la acusación de duplicar el concepto de acción, acusación que, de otro lado, parte de los partidarios de un sistema lleno de contradicciones y duplicidades.

(67) SCHÖNKE: *Kommentar*, III, antes del § 1. NAGLER: *Leipziger Kommentar*, Introducción. ASÚA: *Tratado*, vol. III, § 1.056; vol. V, § 1.538.

(68) MAIHOFER: *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, página 48.



a la del tipo (si la distinción dolo culpa se manifiesta como modalidad de tipificación) o a la de la culpabilidad (si la acción culposa se concibe como una acción finalista defectuosa, ya que ese defecto o inobservancia de un "mínimo de diligencia" es un dato normativo para apreciar el disvalor subjetivo de la conducta, valorable sólo en el juicio de culpabilidad). Más concretamente, MEZGER (69) afirma que no basta con decir que el que actúa culposamente hace *algo* final, porque aquí de lo que se trata es de si la finalidad que existe en la acción culposa está dirigida al resultado que la ley considera antijurídico, y el propio WELZEL confiesa que no es así. Por tanto, resulta que en el delito culposo, "la parte penalmente *esencial no es finalista*".

Más importante es, todavía, otra objeción venida del propio campo del finalismo. NIESE (70) afirma que la finalidad es un concepto actual, fáctico, que existe o no existe. Por ello si, como hace WELZEL, se pretende centrar el disvalor de los delitos culposos en una "evitabilidad con un actuar final" se traiciona el concepto de finalidad, pues una "posible finalidad" no es tal finalidad, si no el implícito reconocimiento de que el sujeto a quien se acusa de haber *podido* actuar finalmente, lo que realmente hizo fué *no actuar finalmente* ni respecto a la producción del resultado ni respecto a su evitación. Por ello es erróneo considerar la culpa como una modalidad de la acción (actuar), todo lo más cabrá desplazar el reproche por la actuación final deficiente al terreno de la culpabilidad (deber actuar).

Ya vimos cómo WELZEL ha ido modificando su doctrina para salvar los sucesivos escollos. En parte intenta acallar todas esas objeciones cuando afirma (71): "la acción finalista expresa dos cosas: 1) que toda acción humana tiene una estructura finalista, vale decir, se dirige a sí misma, de acuerdo con los medios, vueltas, consecuencias secundarias, mentalmente anticipadas; 2) que las normas del Derecho penal *necesariamente* se estructuran sobre esta construcción finalista de la acción, o *prohibiendo* una dirección finalista determinada (hacia un resultado no deseado), o *imponiendo* una dirección finalista determinada (la aplicación de una medida mínima de dirección finalista, para evitar resultados no deseados). Las normas, con respecto a la prohibición, se lesionan mediante acciones que concretan la dirección finalista *prohibida* hacia el resultado no deseado; las normas referentes a la imposición, mediante acciones que *no* concretan la medida mínima de direc-

(69) MEZGER: *Kurz-Lehrbuch*, 3.<sup>a</sup> Auf. 1951, págs. 44 y 45.

(70) Cfr. NIESE: *Finalität*, págs. 40 y ss. Téngase en cuenta que este autor mantiene dentro del finalismo una posición propia cuya exposición detallada excedería los límites de este trabajo; pero que en esencia viene a quedar reducida a considerar la acción ontológicamente, esto es, con su contenido final, idéntica tanto en los delitos dolosos como en los culposos, dejando para el estudio de la tipicidad la distinción entre unos y otros: en los delitos dolosos la tipificación se hace teniendo en cuenta la finalidad (el *dolo* es, pues, finalidad jurídicamente relevante) y en los culposos la tipificación prescinde de la finalidad (que deviene así, en ellos, jurídicamente irrelevante) (Vid. infra, la nota 116).

(71) Cfr. WELZEL. *Derecho penal*, págs. 471-78.

ción finalista, para evitar resultados no deseados. En los delitos dolosos, la relación finalista, con el resultado penalmente esencial, es *no debida* (prohibida), pero *concretada*. En los delitos culposos, la relación finalista, penalmente decisiva para evitar el resultado no deseado, es *debidada*, pero no *concretada*. Lo injusto de los delitos culposos consiste en que *falta* a la acción finalista *real* la medida mínima *impuesta* de dirección finalista que hubiera impedido la lesión de los bienes jurídicos. La falta de respeto a la finalidad impuesta en la acción finalista real, y no la mera lesión causal de bienes jurídicos, es "la parte penalmente esencial en el hecho culposo". Es decir, que también el hecho culposo estructura la "parte penalmente esencial —vale decir, la lesión de la medida mínima impuesta en dirección finalista— sobre la peculiaridad ontológica de la acción humana, como proceso finalista de dirección. Sin esta legalidad ontológica específica de la estructura de la acción no se puede comprender en absoluto el delito culposo".

La lectura de lo anteriormente transcrito demuestra que no es del todo justa la objeción de CEREZO (72), quien tras afirmar que tras los últimos retoques de WELZEL el concepto final de la acción no coincide ya más en su valor funcional para los delitos culposos con el concepto causal de la acción, con lo que se supera la objeción de RODRÍGUEZ MUÑOZ, señala que al hacer recaer el disvalor de la actividad final *también* sobre las consecuencias causales que quedan fuera de la acción final (el resultado, en los delitos culposos) contradice los principios fundamentales de la doctrina, porque, según éstos, la causación de un resultado, como tal, no puede ser prohibida, sino que el Derecho puede vetar tan sólo las acciones que sean dirigidas a producir finalmente un resultado o las que crean un peligro, esto es, las que llevan consigo la posibilidad (peligro) de causar ese resultado. Pero —argüimos nosotros—, ¿qué otra cosa, si no una acción final que lleva consigo la posibilidad (peligro) de causar ese resultado es la acción culposa definida por WELZEL como aquella acción finalista *real* a la que falta la medida mínima de dirección finalista impuesta por el Derecho para impedir la lesión de bienes jurídicos causada? Es indudable que la última formulación de WELZEL salva la mayoría de los escollos hasta ahora opuestos a su doctrina. Sólo el resultado concebido siempre como puro factor causal, continúa siendo un elemento perturbador que no acaba de encontrar su justo lugar en la sistemática del delito culposo, impidiendo que la doctrina de WELZEL consiga su ansiada perfección.

En definitiva, la idea de potencialidad ha sido ampliamente manejada por la anterior dogmática, no sólo dentro de la culpabilidad (deber o poder actuar), sino dentro de la propia culpa (la previsibilidad es meramente potencial) y de la comisión por omisión (la acción esperada y la acción exigible —*pero no realizadas*— son también concep-

(72) J. CEREZO: *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, en *Anuario de D. p. y C. p.*, 1959, fasc. III, páginas 568-569.

tos potenciales) (73). Por lo que ciertamente tampoco puede sorprendernos que, para resolver el problema de las omisiones desde el punto de vista de la acción final, haya de recurrirse igualmente a una postura potencial, como ahora veremos.

D) La acción entendida en sentido final es claramente comprensible en su aspecto activo (comisión). Pero también la omisión habrá de ser configurada finalmente. La dificultad está en los delitos propios de omisión, ya que en los de omisión impropia (o comisión por omisión) precisamente la *finalidad* puede explicar mejor que la *causalidad* el porqué al agente se le hace responsable de su no hacer, que sólo en sentido *negativo* (omisión de una causa exigible) puede ser conectado causalmente con el resultado antijurídico, mientras que la finalidad hace comprensible el porqué del reproche de esa omisión que tiene como fin precisamente el lograr que se produzca el resultado antijurídico, con una previsión y elección de los factores causales. Hasta qué punto la finalidad puede ser funcional en los delitos de comisión por omisión lo prueba e. que precisamente NIESE (74) los utiliza como argumento al señalar que sólo desde el punto de vista de la acción finalista pueden considerarse iguales las conductas de dos personas que actuando opuestamente (una haciendo y otra omitiendo) han llegado al mismo resultado. En estos delitos de omisión impropia el elemento subjetivo siempre ha sido fundamental.

Pero veamos cuáles son los puntos en litigio:

En cuanto a los delitos de omisión propia, en principio parece que continúa vigente la afirmación de RADBRUCH de que el sistema penal aparece escindido de arriba abajo en dos partes, puesto que, al contrario de lo que ocurre con la acción, que exige un querer y un movimiento corporal, en la omisión falta ese movimiento e incluso podría ser concebida sin voluntad (un hacer es siempre fruto de la voluntad, un no hacer no precisa ser querido) (75). Por ello en la omisión no

(73) Observemos cómo, en cierto modo, WELZEL, al configurar la imprudencia como una deficiencia de la finalidad ulterior, hace recaer el acento de la antijuridicidad de estos delitos en un momento omisivo, que recuerda la teoría de SÁNCHEZ TRJERINA de la "omisión espiritual". El propio WELZEL señala que "en este sentido el tipo del injusto de los delitos, culposos contiene, como a menudo se ha observado (v. gr., por RADBRUCH y por GOLDSCHMIDT) un momento de omisión que permite poner en paralelo, en diferentes puntos, los delitos culposos con los delitos impropios de omisión" (*Das neue Bild*, § 4). Igualmente MEZGER reconoce el parentesco entre la culpa y la omisión, pues ambas consisten en un *no hacer algo exigido* (*Kurtz-Lchrbuch*, pág. 168). También otros partidarios del finalismo, como CAMPISI (*op. cit.*, págs. 47 y ss.) buscan en la equiparación de la culpa a la omisión, a través de la idea de "omisión de cuidado" o "de atención", la solución para justificar que el concepto final de acción culposa contenga elementos potenciales y normativos que extravasan el puro concepto ontológico de acción.

(74) NIESE: *Finalität*, pág. 20.

(75) RODRÍGUEZ MUÑOZ (*Consideraciones*, cit., pág. 224) señala en este sentido que si la doctrina de la acción finalista se limita sólo a destacar el elemento personal en la acción, "no cree que sea equivocado el decir que la nueva doc-

hay más abstracto natural que el contenido de voluntad de esa omisión (76). Luego, *ontológicamente*, es la finalidad o voluntad lo que da sentido a la omisión. Y *jurídicamente*, el sistema tradicional al hacer descansar el contenido antijurídico de la omisión en la acción exigible (por imperativo del ordenamiento jurídico), viene a reconocer no ya el sentido potencial del concepto, sino también que el contenido de voluntad es ya *esencial* en el instante de la antijuricidad: una omisión, un no hacer, que no tienda a incumplir lo ordenado, no es nada, jurídicamente hablando.

GALLAS (77) ha llevado a cabo un estimable esfuerzo para extender todas las consecuencias y condiciones de la doctrina de la acción finalista a los delitos de omisión dolosa. Señala que si bien, consistiendo esos delitos en "la no ejecución de una acción, parece faltar aquí desde un principio la finalidad, y con ella, el punto de partida para el desplazamiento del dolo al ámbito del injusto, es precisamente en la negación de una acción donde encuentra su base la antijuricidad de esos delitos. En definitiva, como señala ese autor, "del omitente se espera una conducta de determinado contenido final". Es evidente que al valorar la omisión se atiende no sólo a la *posibilidad* física de que el agente ejecute la acción cuya ausencia se pena, sino también la *posibilidad intelectual de tomar la decisión* de quererla, "o sea, haberse representado como fin voluntario realizable la acción ordenada o bien habérsela podido representar, con el debido esfuerzo de sus facultades psíquicas (atención, memoria, etc.)". Aquí, pues, "el juicio jurídico de disvalor es una finalidad *imaginada* y la ausencia de esa finalidad".

Vemos así cómo también los finalistas, al igual que los causalistas, recurren aquí a una idea "potencial", en cuanto la desaprobación jurídica sólo puede recaer sobre el no actuar de aquel que tuvo la *posibilidad* de referir a sí mismo la acción ordenada, de comprender el alcance de la orden o la trascendencia de la acción omitida para evitar el resultado antijurídico. Pero, en definitiva, a lo que se llega es a la afirmación de que también "en los delitos dolosos de *omisión* el *dolo*

---

trina no ha contribuido de manera apreciable a la resolución de aquel problema previo y general que tiene planteado la doctrina del delito" (el de la dualidad acción-omisión).

(76) Cuando DAL'ORA, v. gr., afirma que en el no hacer hay algo natural susceptible de valoración, por cuanto el hecho de que el sujeto ha omitido una conducta puede constatarse empíricamente, al igual que el hecho de realizar una conducta (*Condotta omissiva e condotta permanente nella teoria generale del reato*, 1950, págs. 11 y ss.) sufre un espejismo, porque olvida que para poder afirmar que alguien omite voluntariamente (y la acción, aún en sentido negativo, es voluntad) hemos de establecer un juicio comparativo entre el no hacer y un hacer imaginario estableciendo previamente el contenido de la voluntad del agente, así como cuál sería la acción que *debía* haber realizado el sujeto.

(77) Cfr. GALLAS: *La teoría del delito en su momento actual*, cit., §§ II, III y IV. Siguiendo fiel a viejas ideas entremezcla aquí inicialmente el autor los conceptos clásicos de antijuricidad y culpabilidad. Sólo posteriormente intenta la distinción, (Vid. § IV, 5.)

tiene ya para el tipo de injusto una significación constitutiva, no como elemento de una finalidad actual, sino como supuesto de una finalidad esperada" (78).

Pero es que incluso, y ya en el terreno de los delitos de omisión impropia, no vemos inconveniente en reconocer la existencia de una finalidad actual, cuando el sujeto, con su dominio "vidente" del futuro, elige el no actuar, el no intervenir en la sucesión causal, como medio para la consecución del objetivo final. El Derecho, como ordenador de conductas, unas veces prohíbe y otras ordena. Pero el contenido antijurídico del acto del sujeto que incumple (haciendo) la prohibición y del que incumple (no haciendo) la orden, es el mismo, pues en uno y otro caso se contradice el Derecho. E igualmente contradice el Derecho quien para incumplir la prohibición elige la inactividad, cuando previamente sabe que de tal inactividad se deducirá el evento prohibido (79).

E) La acción así entendida ha de ser forzosamente "acción típica" en cuanto que sólo ella sirve de base a una valoración jurídica-penal (80). El tipo es, para WELZEL, la "materia" sobre que cae la prohibición de las leyes penales, esto es, la descripción objetiva de la acción prohibida. Si, en principio, todo delito es un acontecimiento individual-temporal, el tipo ha de abarcar todos los acontecimientos de la misma clase, para lo que tiene que prescindir de las características puramente individuales de cada delito real: debe ser abstracto (81).

Pero el concepto del "Tatbestand" o tipo sufre aquí una nueva orientación al establecerse una equivalencia entre "Tatbestand" y acción. El concepto es así ampliado desde el momento que el "Tatbestand" es una acción (en sentido final) a la que el legislador penal da el sello de la tipicidad (82). Ello implica necesariamente la introducción del dolo propio de la acción en el tipo, con lo cual éste pierde su carácter netamente objetivo. "Fundamento real de todo delito es la objetivización de la voluntad en un hecho externo" (83). Esto constituye el tipo objetivo, tipo objetivo que no es, de ninguna manera, algo

(78) GALLAS, Op. cit., pág. 56.

(79) Deliberadamente utilizamos aquí el vocablo "evento" y no "resultado", para eludir toda posible asociación de ideas con la causalidad.

(80) En este sentido, se señala, sin embargo por GALLAS que, frente al concepto de acción típica, que debe tomarse en sentido *concreto*, como conducta específica descripta en el tipo delictivo, al concepto general de acción la queda la función puramente negativa de integrar en el ámbito de la teoría del delito el medio adecuado para conocer la cualidad de actuar o no actuar. En otras palabras, su valor funcional o sistemático es señalar en qué casos existe y en qué casos no acción, por concurrir o faltar alguno de los requisitos generales: el movimiento corporal o la voluntariedad. (Vid. para esto y para la aceptación o repulsa o de esa distinción, op. cit. pág. 23 y nota 41.)

(81) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, pág. 59.

(82) Cfr. MAURACH, Op. cit., pág. 650.

(83) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, pág. 71.

exterior desligado de los elementos psíquicos subjetivos del acto, sino que, por el contrario, no puede ser comprendido sin la tendencia de voluntad que anima e impulsa la acción. Y así puede decir WELZEL (loc. cit.) que "el tipo objetivo no es objetivo en el sentido de ajeno a lo subjetivo, sino en el sentido de lo objetivado.

Pero es que, además, ese concepto estricto del "tipo objetivo", o aspecto exteriorizado de la acción típica, no es más que uno de los múltiples conceptos de "Tatbestand" (84). Este, en su sentido más amplio, se utiliza como sinónimo de "tipo total" o, lo que es lo mismo, "la totalidad de los presupuestos de la punibilidad". Y dentro de este tipo total se distingue "el núcleo de lo injusto", que es el tipo en sentido más estricto, o sea, las características propias de un concreto delito que lo diferencian de todos los demás (tipicidad) y que contiene un tipo objetivo y otro subjetivo. El primero referido al aspecto fáctico de la acción (hecho, elementos objetivos del autor —"funcionario", p. ej.—, las modalidades de la ejecución y el resultado) y el segundo al final (dolo y elementos subjetivos del autor).

El tipo total abarca, pues, ese "hecho del injusto" —con sus dos elementos, objetivo y subjetivo—, la culpabilidad y las condiciones de punibilidad (allí donde la concreta especie de delito las exija) (85).

Mejor que nadie expresa GALLAS (86) cómo el actual concepto de tipo puede ser interpretado en varios sentidos: "Por una parte, puede ser entendido en sentido *total*, simplemente como tipo (87), relacionándolo con el contenido de punibilidad de la figura delictiva, en el que todavía no se han separado los aspectos de injusto y culpabilidad. Pero además ese concepto puede ser referido exclusivamente, ya a las características del injusto, ya a las de culpabilidad de la figura delictiva, distinguiendo de este modo entre *tipo de injusto* y *tipo de culpabilidad*. Si finalmente se vuelven a unir las características configuradas de injusto y culpabilidad, resulta un *tipo conjunto*, cuya diferencia del tipo entendido en sentido total consiste tan sólo en que aquél concibe la figura delictiva como conjunto de características previamente diferenciadas en su aspecto de injusto y de culpabilidad."

Para comprender aún mejor el valor pleno o total que la tipicidad, como característica del delito, adquiere en esa doctrina conviene te-

(84) Preferimos utilizar la palabra alemana, para evitar el confusionismo en que se puede caer al manejar la traducción castellana de "tipo", a la que desde un principio se le dio una acepción que tiende a imbuirle un sentido difícilmente conciliable con lo que en el texto se expone. Algo que debe tenerse en cuenta al leer las traducciones castellanas de obras germánicas, es que al traducir "Tatbestand" por tipo, éste último vocablo adquiere un sentido ambiguo, ya que "Tatbestand" no siempre es sinónimo de hipótesis legal abstracta y objetiva.

(85) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, cit., págs. 61 y ss.

(86) GALLAS: *La teoría del delito*, cit., págs. 45-44.

(87) Téngase en cuenta que GALLAS defiende la equiparación entre tipo y figura delictiva, entendiéndolo que "el tipo está integrado por el conjunto de los caracteres constitutivos de la respectiva especie de delito" (Op. cit., págs. 36 y 39-40).

ner en cuenta que esa característica de tipicidad se refiere, no ya al elemento objetivo de la conducta, sino a la conducta total, en su doble aspecto externo u objetivo e interno o subjetivo (88). El delito es, por un lado, injusto culpable y por otro típico. La tipicidad es, pues, la forma de presentarse ese injusto culpable "sin que el carácter objetivo del término *tipicidad* deba inducirnos a creer que nos encontramos frente a una cualidad complementaria, ante un tercer elemento que se agrega al injusto y a la culpabilidad" (89).

F) En el terreno de la antijuricidad se establece por WELZEL (90) la distinción entre los conceptos de antijuricidad e injusto. "Antijuricidad es una característica de la acción y, por cierto, la relación que expresa un desacuerdo entre acción y orden jurídico. En cambio, lo injusto es la acción antijurídica en su totalidad; por tanto, el objeto, *junto* con su predicado de valor, es decir, la acción misma valorada y declarada antijurídica". La antijuricidad es, pues, una característica, una relación axiológica, general y única dentro del ordenamiento jurídico total (91); mientras que lo injusto es un sustantivo, el *objeto* de esa valoración, y, por tanto, múltiple, como múltiples son las acciones antijurídicas. "Por esa razón hay ciertamente injusto específicamente penal (distinto de lo injusto de derecho civil, p. ej.); pero ninguna antijuricidad específicamente penal."

La antijuricidad, aunque entendida también en sentido objetivo, es decir, como juicio de valor llevado a cabo desde "el orden social jurídico", sufre también el impacto finalista, puesto que siendo el objeto que ha de ser valorado (la acción) una unidad compuesta de elementos objetivos y subjetivos "a afirmación de que la antijuricidad es un juicio de valor objetivo (generalmente, válida) no contiene la afirmación de que el objeto de la antijuricidad debe ser un substracto *objetivo* (del mundo exterior), a pesar de que ambas afirmaciones son mezcladas frecuentemente". Con ello se resuelven las dudas que puedan plantearse en torno al carácter objetivo y subjetivo de la antijuricidad. Esta es un predicado *objetivo* de valor, aunque por recaer también sobre elementos subjetivos (voluntad, finalidad, dolo) pudo en algún momento concebir-

(88) Por un momento y para evitar posibles equívocos utilizamos aquí el término *conducta* --en lugar de *acción*-- como más expresivo para la comprensión de lo que en el contexto decimos.

(89) Cfr. GALLAS, Op. cit., pág. 28. Una aclaración ulterior lleva a distinguir el tipo en sentido *material* (manifestación del contenido de injusto y culpabilidad de la concreta infracción) y en sentido *formal* (configuración positiva de la conducta materialmente típica). El valor funcional de esta distinción radica en la afirmación de que el tipo material no puede extenderse más allá de los límites trazados por el tipo formal.

(90) WELZEL: *Derecho penal*, págs. 58 y ss.

(91) Existe aquí una conexión con el concepto de la antijuricidad como característica total del delito, esto es, como su esencia, en cuanto acto ilícito, esencia que abarca al total contenido de la conducta, que habían señalado ya ROCCO, ANTOLISEI y, en general, la doctrina italiana.

se sea subjetivamente por una confusión entre lo valorado (elemento subjetivo) y la valoración (predicado objetivo de ese elemento subjetivo).

En cuanto a la forma de determinarse la antijuricidad del acto concreto, consérvese la fórmula de la regla excepción: "Quien actúa de manera adecuada al tipo, actúa, en principio, antijurídicamente". Pero existe una doble excepción de ese principio general: "la primera la da la conducta socialmente adecuada, que impide, desde un principio, por su normalidad social, que la adecuación típica indique la antijuricidad (92); la segunda está fijada por los fundamentos de justificación que eliminan la antijuricidad *indicada*, en virtud de determinadas situaciones excepcionales" (93).

Se vuelve, pues, a la tipicidad, *indicio* o "ratio cognoscendi" de la antijuricidad, pese a todos los reparos que a la fórmula se habían ya opuesto anteriormente. GALLAS intentará una solución intermedia diciendo que si bien la tipicidad importa "sólo un indicio refutable de la prohibición del acto concreto, el hecho muestra el contenido material del injusto típico propio de la respectiva especie de infracción" (94), o lo que es lo mismo, pero expresado en una terminología más tradicional, la tipicidad es la "ratio essendi" de la antijuricidad del acto descrito en la ley, pero sólo la "ratio cognoscendi" de la antijuricidad del acto concreto, subsumible en la hipótesis legal. Aparece aquí de nuevo el eterno dualismo formal-material.

(G) Como es lógico, dado el desplazamiento del dolo al terreno de la acción, es en materia de culpabilidad donde la acción finalista introduce mayores cambios y libra la más dura batalla.

Ante todo, la doctrina de la acción finalista pretende salvar este sector de la doctrina penal de la precariedad, diversidad y artificiosidad en que había caído. La culpabilidad psicológica y la normativa luchan por imponer sus respectivos puntos de vista y los intentos de conseguir un criterio uniforme fracasan en alguno de los múltiples aspectos que la variedad subjetiva del delito impone:

La culpabilidad psicológica, como lazo psíquico entre el agente y su delito, basada en la voluntad o en la previsión, naufraga, como ya dijimos, al llegar al terreno de la llamada culpa inconsciente, y son varios los intentos de RADBRUCH (95) para elevar la culpabilidad de un

(92) El concepto de adecuación social es de trascendental importancia. "Socialmente adecuadas son todas las actividades que se mueven dentro del marco de los órdenes ético-sociales de la vida social, establecidos a través de la historia". Así, la explotación de un ferrocarril es socialmente adecuada, aunque cree un riesgo y haya necesariamente de centrarse en ella con la inevitable producción de muertes y lesiones. En todas las acciones socialmente adecuadas, un resultado típico no indica antijuricidad, porque esa conducta es socialmente normal. (Cfr. WELZEL, Op. cit., págs. 63-66 y 88-89.)

(93) WELZEL, Op. cit., págs. 86 y 89.

(94) GALLAS, Op. cit., pág. 34.

(95) RADBRUCH: *Über den Schuldbegriff*, in "Zeits. ges. Strafrechtswiss.", vol. 24, 1904; págs. 344 y ss. Sabido es que contra la tesis normativa, alega este



plano normativo a otro más puramente psicológico, que siempre desembocan en la necesidad de reconocer una doble culpabilidad: la dolosa y la culposa. En cuanto al intento de lograr normativamente una base unitaria que sirva de apoyo a esas dos diversas posiciones anímicas, en el campo de la culpabilidad, sobre la base de un juicio de reproche llevado a cabo desde el punto de vista del deber de obrar de cierta manera impuesta por el derecho objetivo, que origina a partir de FRANK la corriente dominante de la culpabilidad normativa, encuentra los obstáculos del carácter ultrapersonal de ese juicio (la manida objeción de ROSENFELD de que la culpabilidad no puede radicar en la cabeza de otro) y de la existencia de elementos *objetivos* de la culpabilidad, de difícil encaje en un concepto de reprochabilidad que descansa en cierto modo en la idea de deber; y vuelve otra vez a encontrar el escollo de la culpa, especialmente la culpa inconsciente a la que no faltan quienes, como KOHLRAUSCH (96), nieguen por ello toda nota de culpabilidad. Característico intento de solución del conflicto que la culpabilidad plantea por su falta de definición y claridad, es la tesis de KONTOROWICZ que pretende reducirla a mera condición subjetiva de punibilidad (97).

Dado lo inseguro de las bases sobre las que la culpabilidad se asentaba, no era difícil introducir en la polémica un nuevo punto de vista sustrayendo de su campo al dolo y reduciendo la culpabilidad al mero juicio de disvalor del sujeto, desprovisto de contenido psicológico, centrado en una fórmula que podría ser reducida a "obrar en forma distinta a como se debía y podía haber obrado". En definitiva, se le reprocha al sujeto no haber omitido la acción antijurídica. La culpabilidad adquiere así el más puro sentido normativo: disvalor de la conducta por su desviación del patrón normativo tipo y sin referencias al contenido subjetivo del objeto valorado. Córrase con ello el riesgo de convertir el juicio de culpabilidad en algo con más valor formal que sustancial, desprovisto de aquel reproche sobre la subjetividad del acto que ha sido consustancial en aquellos ordenamientos jurídicos que, como el nuestro, han conservado un concepto valorizado del dolo penal, equiparado al "dolus malus" romanista, e integrado en la idea de "voluntad maliciosa". (Hasta qué punto podría incorporarse a nuestro sistema penal tal concepto de culpabilidad requeriría una sostenida investigación que extravase los límites de este trabajo. Basta de momento con señalar la dificultad.)

---

autor que con el juicio de culpabilidad normativo nada se agrega que no esté ya contenido en el de imputación, que él defiende.

(96) KOHLRAUSCH: *Die Reform des Strafgesetzbuch*, 1910, I, pág. 194.

(97) Cfr. KONTOROWICZ: *Tat und Schuld*, págs. 5 y ss. y 19 y ss. En definitiva, viene a decir, si la antijuricidad objetiva señala el contenido ilícito del acto, y el hecho que contrasta con la norma es ilícito aunque no esté presente la culpa, la existencia de ésta no añade más que un requisito preciso para que la pena sea impuesta.

La culpabilidad, según WELZEL (98) "es reprochabilidad", esto es, un juicio de disvalor. Su *objeto*, es decir, lo que se reprocha, es la formación de voluntad antijurídica, sea que la voluntad de acción se dirija *dolosamente* a la ejecución de un tipo, sea que no aporte la medida mínima de dirección final impuesta jurídicamente, en el caso de una causación no dolosa de un resultado ilícito. "El objeto de la reprochabilidad es, por consiguiente, la voluntad de acción dolosa o no diligente". En sentido estricto la culpabilidad es, pues, la reprochabilidad, esto es, la nota específica del acto que lo hace "culpable"; en sentido amplio, "culpable" es el acto mismo, esto es, la voluntad junto con su característica desvalorativa.

Presupuesto de la culpabilidad es la "autodeterminabilidad", esto es, la imputabilidad o "capacidad de culpa". Esta capacidad es característica del sujeto, y se da o no en el caso concreto con independencia de si aquél actúa o no en forma adecuada al Derecho. La imputabilidad existe aun cuando el sujeto no obre culpablemente: pero no puede decirse que obre culpablemente quien, aun obrando antijurídicamente, por su falta de capacidad, no pudo conocer o querer un comportamiento adecuado al Derecho, es decir, no fué imputable.

Pero el punto original de la doctrina radica en el valor reconocido al dolo y a la culpa en el terreno de la culpabilidad. Afírmase que por pertenecer a la acción no son parte constitutiva (forma o elemento) de la culpabilidad, sino objeto del reproche de culpabilidad. Lo que se reprocha al sujeto no es el conocimiento, previsión o consciencia de la antijuricidad del acto, sino que se hace el reproche porque el autor pudo conocer la antijuricidad del acto y, por consiguiente, abstenerse de realizarlo. Estamos en plena concepción normativa de la culpabilidad, formulada, como dijimos, en sus más puras y lógicas consecuencias.

Sin embargo, la distinción entre dolo y culpa conserva relevancia penal en cuanto *objeto* del reproche: Cuando se trata de acción dolosa, el reproche cae sobre la decisión de cometer el hecho; cuando la acción es culposa, se formula el reproche sobre su autor por no haber evitado el resultado mediante una actividad entendida finalísticamente. Como dice otro de los seguidores de esta tendencia, MAURACH (99), "en el hecho doloso, la acción alcanza el efecto deseado o, en último caso, aceptado. En el hecho culposo, la acción alcanza el efecto deseado, indiferente para el Derecho; pero, por efecto de una desviación, determina otro que es prohibido y penado" (100).

(98) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, págs. 148, 168 y ss. y 175 y ss.; y *La posizione dogmatica*, cit., págs. 9 y 10.

(99) MAURACH: *Op. cit.*, pág. 651.

(100) Como se ve, en los casos de imprudencia podría decirse que lo que se castiga es el haber puesto unos medios inadecuados para conseguir el propósito querido y lícito, pero adecuados para conseguir el resultado no querido e ilícito. En este contraste propósito lícito-resultado ilícito, podría centrarse toda una teoría de diferencias entre el acto doloso (propósito y resultados ilícitos y coincidentes), tentado o preterintencional (propósito y resultado ilícitos y

El juicio de culpabilidad se centra aquí en torno a una desviación de la conducta, a un obrar incorrecto del autor, que pudiendo actuar de acuerdo con el Derecho, actúa antijurídicamente. Ese *poder* se daría regularmente en la comisión dolosa; pero faltaría —y también, por tanto, la culpabilidad—, y con carácter general, cuando el sujeto hubiera actuado en circunstancias de inimputabilidad, ya “in concreto”, si a pesar del actuar doloso no hubiera tenido la posibilidad de reconocer el injusto de su hacer, ya, por último, cuando ante la especial situación de hecho no se hubiera podido exigir de él un actuar adecuado al Derecho (101). La necesidad de fundamentar la culpabilidad en esa idea de “poder” mejor que en la de “deber” (102) es razonada sobre la base de que una “culpabilidad considerada desde el punto de vista individual, tan sólo puede fundamentarse sobre el poder individual. El del deber es un criterio general y grosero, que es incompatible con el concepto de culpabilidad” (103). Y si bien el deber tiene su valor funcional en el terreno de los delitos dolosos, especialmente en el área de la exigibilidad, en el campo de la culpa sólo cabe la idea de poder, ya que la indagación de la culpabilidad de los delitos culposos, dice MAURACH (loc. cit.), culmina en esta interrogación: ¿el agente ha puesto el grado de diligencia que *de él* se podrá pretender en la situación concreta? “Resulta así que a diferencia del dolo, el de la culpa es siempre un concepto normativo.”

Pero como ese camino, más psicológico y natural que jurídico, del “poder” actuar, corre el riesgo de desembocar en una concepción no normativa de la culpabilidad, y, sobre todo, tiende a confundir los juicios de antijuricidad y culpabilidad, al perder la distinción tradicional entre “deber” y “poder”, GALLAS cree encontrar otro punto de partida normativo en el hecho de que “quien se decide libremente en contra del Derecho, manifiesta una actitud que contradice la que el orden jurídico-

---

no coincidentes en menos o más) y el acto imprudente (propósito lícito y resultado ilícito no coincidente).

(101) Cfr. GALLAS: *La teoría del delito*, pág. 61. Téngase en cuenta, sin embargo, que no todos los seguidores del finalismo están conformes con esa composición trielemental de la culpabilidad, imputabilidad, consciencia de antijuricidad e inexigibilidad. Es más, frente a la posición tradicional, WELZEL reduce los elementos a los dos primeros y radia la exigibilidad de su concepto de culpabilidad.

(102) Señala GALLAS, sin embargo, cómo, siendo el concepto de “deber” el mismo, para culpabilidad y antijuricidad, la falta de ese “poder” no puede excluir el “no ser debido” de la decisión de la acción, pues de otro modo, junto con la culpabilidad, faltaría también la antijuricidad. Se ve, pues, que la culpabilidad, después de haber perdido la voluntad de la acción como objeto de valoración que a ella sólo correspondía, pierde también el punto de partida normativo que —al menos según la teoría imperante— había poseído (sobre la base de dicha voluntad). Córrese así el riesgo de que, falto de toda base o referencia objetiva, el juicio de culpabilidad no pueda ser fundamentado como un juicio jurídico de *deber*, independiente del juicio de antijuricidad (*op. cit.*, pág. 62).

(103) Cfr. MAURACH: *L'evoluzione della dogmatica*, cit., págs. 653 y ss.

reclama del sujeto justo y consciente", con lo que la culpabilidad viene a ser reprochabilidad del acto en atención al ánimo (*Gesinnung*) jurídicamente desaprobado que se realiza en él" (104). Afloran aquí concepciones éticas, y una sobrevaloración del elemento subjetivo, que parecen reminiscencias de épocas superadas. Concepciones éticas que son remarcadas por MAURACH cuando dice (loc. cit.) que con el juicio de culpabilidad "se juzga a un hombre que ha hecho un mal uso de un don que le fué concedido ---la capacidad de entender y de querer--- y que, con ello, no sólo se ha alejado de la norma de conducta media, sino que también ha descendido de aquel potencial "yo mejor", que tiene su fundamento en la capacidad citada".

Pero aún hay más: esa concepción de la culpabilidad, necesariamente conectada con la actitud de un sujeto concreto (el autor de la acción), se presenta incompatible con la clásica construcción trielemental de la culpabilidad: imputabilidad, dolo o culpa y ausencia de causas excluyentes. Se hace observar, especialmente por MAURACH (op. et loc. cit), que la imputabilidad del agente ha de ser determinada concretamente en cada sujeto, y la concurrencia de dolo o culpa es también problema concreto, sin que valgan esquemas o generalizaciones; en cambio, en las circunstancias llamadas de inculpabilidad (estado de necesidad, obediencia debida, violencia o intimidación) la investigación recae sobre elementos objetivos y generales, al margen de la auténtica subjetividad del agente. "Nadie se pregunta ---dice---, en la hipótesis de estado de necesidad, si el sujeto concreto ha hecho uso de toda la necesaria fuerza psíquica de resistencia; nadie se preocupa en la hipótesis del mandato antijurídico, de saber de qué tipo fueron los efectos psicológicos sobre el inferior cuando aquél le era dirigido: basta la constatación del hecho objetivo ---el peligro propio del estado de necesidad o la efectiva emanación de la orden que debe ser obedecida--- para excluir en el agente la culpabilidad", ya que son ajenas a ella y a su contenido psíquico y ético, sino que pertenecen a un terreno intermedio entre antijuricidad y culpabilidad.

"Entre el elemento característico de la antijuricidad, que funciona exclusivamente como medida de valor del *hecho*, y el de la culpabilidad, que funciona exclusivamente como medida de valor del sujeto concreto, es preciso introducir un grado intermedio". Este grado es la llamada responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*) que sirve de base para la reacción penal contra los actos antijurídicos de los inimputables e inculpables. Efectivamente, averiguada la antijuricidad del acto y la no existencia de causas excluyentes de la responsabilidad, declarada así la responsabilidad por el hecho, basta añadir un elemento

---

(104) GALLAS: *Op. cit.*, pág. 62. "Gesinnung" no tiene aquí el sentido de una cualidad permanente del autor, ni tampoco el de peligrosidad o tendencia: "se trata, por el contrario, del valor o disvalor de la actitud *actualizada* en el acto concreto; se trata de la conclusión que ha de ser extraída de tal acto y de sus móviles en relación a la posición total del autor ante las exigencias del derecho".

más, la culpabilidad o la peligrosidad, para que el Derecho penal pueda actuar en alguna de sus dobles vertientes represiva o preventiva. "La *Tatverantwortung* por sí sola no es el fundamento de la culpabilidad ni de la peligrosidad; la primera debe todavía ser declarada, para justificar la pena; la segunda debe ser afirmada, en el caso de los no imputables, para abrir el camino a las medidas de seguridad."

Se introduce aquí un tercer término o estadio intermedio entre la acción típica y la culpabilidad. Esa responsabilidad por el hecho ha de levantarse en el Derecho penal alemán como medio para establecer una base unitaria a la responsabilidad penal, que a partir de 1933 aparecía escindida al admitirse, al lado de los delitos de los imputables, hechos punibles cometidos por incapaces, fenómeno este último que no encontraba solución posible, según el tradicional concepto de la culpabilidad. La utilidad de tal concepción de responsabilidad, por el mero hecho, en un ordenamiento jurídico que no admite para los inimputables sanciones penales, es dudosa, como no se reduzca su valor funcional a servir de base a una medida de seguridad, medida que por su esencia está lejos de todo concepto de sanción y hasta de culpabilidad.

II) Para completar la panorámica de la culpabilidad en la doctrina finalista de la acción, especialmente en su más pura formulación wetziana, será menester concretar cuál es el lugar que en ella ocupan las clásicas cuestiones del dolo, la culpa y el error.

Con respecto al *dolo*, éste, como elemento de la acción en sentido final, no pertenece a la culpabilidad, como ya dijimos, sino que es un elemento del tipo del injusto de los delitos dolosos, más concretamente, un *elemento del tipo subjetivo*, y, dentro de ellos, el primero y fundamental. La tesis de WELZEL es clara (105): Toda acción consciente es llevada a cabo por la decisión de la acción, es decir, por la conciencia de lo que se quiere —elemento intelectual— y la decisión de querer realizarlo —elemento volitivo—. Ambos elementos juntos, como factores creadores de una acción real, constituyen el dolo. La acción objetiva es la ejecución finalista del dolo, ejecución que puede quedar detenida en su estadio inicial —tentativa— o llegar finalísticamente hasta su terminación —consumación—. En el primer caso, el dolo va más allá de lo alcanzado; en el segundo caso, el hecho no sólo es dolosamente querido, sino que ha sido también dolosamente alcanzado. "*El dolo es en toda su extensión un elemento finalista de la acción.*"

El dolo —continúa WELZEL—, como mera decisión de un hecho, es penalmente irrelevante, ya que el Derecho penal no puede afectar a las intenciones. Solamente cuando conduce al hecho real y lo domina, es relevante penalmente. Por ello el dolo penal tiene siempre dos dimensiones: no es tan sólo la voluntad *tendente* a un hecho, sino también la voluntad *apta* para dar concreción a ese hecho. Esta función fina-

(105) Cfr. WELZEL: *Derecho penal*, cit., págs. 73 y ss.

lista objetiva del dolo, respecto al hecho, es siempre presumida en Derecho penal cuando se define el dolo como conciencia y voluntad del hecho. El dolo tiene, pues, su valor funcional dentro de la acción al diferenciar, en su estructura, las acciones típicas dolosas, de las acciones típicas culposas. Las primeras son finales, por estar dominadas por el dolo a lo largo de su total ejecución; las segundas pueden llamarse causales, porque en ellas la finalidad no domina el resultado.

El dolo es, pues, conocimiento y concreción del resultado. De ahí que la diferencia entre el dolo eventual y la culpa con previsión o culpa consciente está precisamente en que el autor quiere el hecho *incondicionalmente*, también para el caso de que se produzcan las consecuencias penales más graves previstas. Por ello, en este dolo eventual, lo condicionado (eventual) no es la voluntad, sino las consecuencias secundarias de la acción. La voluntad quiere incondicionalmente la acción, y esa voluntad se extiende a los resultados eventuales de ella. En la culpa consciente no hay tal extensión de la voluntad, sino que el agente espera evitar la consecuencia antijurídica que previó como posible.

En lo que hace a la culpa, ya dijimos que pasa WELZEL por sucesivas fases: forma de acción, distinta de acción final dolosa: un tipo de injusto distinto (el culposo, al lado del tipo de injusto de los delitos dolosos); y de nuevo una forma de acción, en la que la culpa es concebida finalmente como "el defecto de la dirección real de la voluntad en la elección y aplicación de los medios en relación con la medida mínima de dirección final exigida en el tráfico jurídico".

En cualquiera de esos sentidos la culpa deja de ser también forma de culpabilidad. Esta es el juicio sobre el sujeto, el disvalor del sujeto, que se realiza también aquí en la afirmación de que el sujeto pudo conocer y, en consecuencia, evitar con una conducta final más adecuada, la lesión del bien jurídico causada.

Por último, en lo que hace al *error*, éste sufre también una escisión en su situación metodológica. El *error de hecho*, que no es otra cosa que "el dolo a la inversa" (106), entra en juego en la teoría del tipo como *error del tipo*: Si el autor yerra sobre una circunstancia de hecho objetiva abarcada por el dolo, entonces se excluye el dolo. Si el error es producto de una negligencia, el autor es punible por causación culposa. Si el autor supone que concurre una circunstancia que produce la disminución de la penalidad, entonces existe tan sólo el dolo del hecho más benigno, con el consiguiente reflejo en la pena.

En cambio, "la conciencia de la antijuricidad de la acción "no pertenece al *dolo del tipo*, sino que es elemento de la culpa, de la reprochabilidad" (loc. cit.). Consecuencia: también el "error iuris" es relevante penalmente, desde el momento que al excluir la conciencia de la antijuricidad del acto excluye la culpabilidad (cfr. op. cit., páginas 172 y 173).

(106) WELZEL: *Derecho penal*, pág. 82.

Pero esa conclusión se ve atenuada en la práctica por la afirmación de que tan sólo "el error de prohibición inevitable libera de pena" (vid. op. cit., pág. 177). Viene a reconocerse así la escolástica distinción entre la "ignorantia invencible", que excluía la culpabilidad, y la "ignorantia vencible", que no tenía tal valor excluyente.

Esta distinción entre el error de hecho, que se hace pertenecer a la teoría del tipo, y el de derecho, que permanece en la de la culpabilidad, ha despertado también críticas desde el punto de vista metodológico al escindir una materia que hasta ahora era tratada unitariamente (107). Pese a ello, hay mucho de escolástico en la objeción, ya que, aun siendo clásicamente estudiadas ambas formas de error dentro de la culpabilidad y como causa excluyente del dolo, es lo cierto que ya se advertía cómo el error de hecho era generalmente un error sobre los elementos constitutivos del tipo, y el de Derecho un error sobre la antijuricidad del acto. La distinción existía ya, y no creemos que haya perdido claridad la exposición de la materia, sino, al contrario, con haber trasladado el estudio de cada una de las formas a un lugar donde su efecto excluyente de la responsabilidad se hace más patente y comprensible.

4. La teoría de la acción finalista parece extenderse en Alemania, y no sólo por el tesón con que la elabora WELZEL, sino por las correcciones a que la han sometido NIESE, MAURACH y GALLAS, cada día aparece con sus cimientos mejor sentados y sus fisuras más taponadas. La mayor parte de las críticas a ella dirigidas provienen de quienes se aferran a sus viejas convicciones y le acusan de herejía sobre bases puramente metodológicas.

Ni el que la doctrina tienda a enturbiar la distinción entre antijuricidad y culpabilidad; ni la existencia de tipos puramente causales (108); ni el que con la introducción del dolo en la antijuricidad se obliga a una doble valoración del elemento subjetivo, contrariando el

(107) Cfr. CAMPISI: *Op. cit.*, pág. 42. Es aquí precisamente donde se ha cebado la crítica negativa de esta posición, sobre todo en el terreno de la culpa. Señala RODRÍGUEZ MUÑOZ (*Consideraciones sobre la doctrina de la acción finalista*, págs. 210-211) que esta tesis "tan sólo puede considerarse lograda con plenitud y merecedora de sincero elogio, a condición de que ofrezca un sistema completo, unitario en referencia al primer elemento del delito que nos exima, de una vez para siempre, de la necesidad a que se refiere RADBRUCH (allí con vista de la omisión) de considerar escindido desde el comienzo el sistema penal, por no poder conjugar armónicamente dentro de un concepto superior-acción-fenómenos que no tenían, o que no tenían necesariamente característica alguna común". Sabido es que el malogrado catedrático de Valencia señala como quiebra de la concepción finalista de los delitos culposos, que de un lado llevaría a ampliar excesivamente los términos de la participación en los delitos de imprudencia, y, por otro, conserva la escisión entre los dos clásicos términos de la culpabilidad: dolo y culpa (Vid. también sus *Notas al Mezger y La acción finalista*, cit.).

(108) Así MEZGER: *Moderne Wege*, págs. 22 y ss.

principio "non bis in idem" (109), representa nada que pueda ser un auténtico obstáculo dentro del campo científico. El que una doctrina naciente encuentre dificultades para establecer una distinción que, por referirse a elementos (antijuricidad y culpabilidad) de un todo (el acto ilícito penal), es más metodológica que esencial, nada dice sobre su verdad o falsía, ya que, en todo caso, de demostrarse cierta la teoría en su esencia, obligaría a resolver de otro modo el problema de método. En cuanto al contenido intencional (y a consecuencia, final) de los tipos que aparecen contruidos como una mera causación, ha dicho ya bastante H. MAYER (110). Y, por último, el argumento de la valoración superflua o repetida del dolo, olvida que lo valorado siempre y en todo caso es el delito, esto es, que la acción con su resultado es lo que constituye el objeto del juicio de antijuricidad, y que esa misma acción es la que vuelve a constituir el objeto del juicio de culpabilidad, por lo que nada empece para que esa acción, en sí misma considerada, tenga a su vez un doble contenido axiológico (111), pues se trata, en definitiva, de una serie de juicios sucesivos que desde puntos de vista distintos recaen sobre una misma cosa. No existe una quiebra del principio "non bis in idem" que, de otro lado, tiene un sentido más propiamente procesal y metodológico que sustancial.

La fuerza del sentido final de la acción es de tal índole que hasta los contradictores más serios de WELZEL (BOCKELMANN y MEZGER) han terminado por aceptarla, si bien otorgándole distinto alcance y significación metodológica del que le es concedido en el sistema welziano (112).

BOCKELMANN (113) reconoce que la acción como fundamento del delito tiene siempre un sentido final y afirma la imposibilidad de discutir lo correcto de las apreciaciones de WELZEL sobre el concepto ontológico de la acción. En su trabajo "Vom Sinn der strafbaren Handlung" (in "Juristenzeitung", 1952, págs. 673-678) acepta que la ac-

(109) Este es uno de los máximos argumentos esgrimidos por JIMÉNEZ DE ASÚA contra la teoría final de la acción (Cfr. *Tratado*, cit., T. V, pág. 212).

(110) Cfr. H. MAYER: *Op. cit.*, págs. 231 y ss. Sabido es que ese autor señala cómo en los tipos más objetivos (el homicidio, por ej.) existe una referencia a la finalidad, por más que la atribución del sentido que a la acción ha de concedérsele la hagamos de un modo tan instintivo, rápido y natural que no nos damos cuenta de su necesidad lógica.

(111) Ya hemos visto cómo el concepto de acción tenía también para muchos clásicos un contenido valorizado. No es, pues, nada sorprendente el que vuelva a dársele tal contenido, aunque sea partiendo de diversas premisas y concepciones.

(112) Superado el concepto causal de acción el sentido final de la conducta humana se impone en el campo del Derecho penal. Se han hecho, sin embargo, otros intentos para formular un concepto ontológico de acción con pretensiones de superar el de la acción finalista. Destacan de entre ellos el "concepto social de acción" de MATHOFFER (*Handlungsbegriff*, cit.) y el de la adecuación de ENGELSCH (*Probleme der Strafrechtsrenewierung Der finale Handlungsbegriff*, en "Festschrift f. Kohlrausch", 1944 y *Von Welbild des Juristen*, 1950 pág. 38).

(113) Cfr. BOCKELMANN, *Op. cit.*, pág. 31 y nota 66.



ción, en sentido jurídico, lejos de ser un concepto *causal* es un concepto *final*. El querer de la acción pertenece, pues, al tipo. Hasta aquí las coincidencias.

MEZGER va más allá (114). La acción, como fundamento del sistema jurídico-penal, es "un concepto afectado de sentido", por lo que la doctrina de la acción finalista sólo contempla una parte de la realidad ontológica de la acción punible, realidad que contiene *algo más* que las relaciones finales del autor: toda acción no sólo puede contemplarse desde el punto de vista de la realización de los fines de su autor, sino que debe también contemplarse desde el punto de vista de sus conexiones con los valores supraindividuales. Olvidar esto último es lo que da a la doctrina de WELZEL un sentido unilateral. Por último, señala MEZGER que el juicio de valor normativo se realiza de acuerdo con el Derecho vigente, por lo que el finalismo welziano, al pretender ligar al legislador a un determinado aspecto del concepto ontológico de acción (el final) olvida que el legislador es libre de señalar el aspecto o parte integrante de la acción sobre el que han de recaer los juicios valorativos (115). Y en este terreno el Derecho penal vigente ha señalado dos aspectos o categorías normativas de valoración: uno objetivo, o juicio de valor sobre el acto, que constituye la *antijuricidad*, y otro *subjetivo* o imputación *personal* de ese acto a su autor, que constituye la culpabilidad. Ambos juicios recaen sobre la acción no en su totalidad, sino contemplada desde un "determinado lado".

Pero, si bien se mira, esta consideración, tan cara a los técnico-jurídicos, de poner la vista sobre todo en el derecho positivado, no es olvidada por los finalistas, e incluso es utilizada por NIESE (116) para

---

(114) Sienta MEZGER, como tesis iniciales, que la acción *no es un concepto causal* y que la acción, como fundamento del sistema *es un concepto final*. Sólo en la tercera y cuarta tesis aparecen las divergencias: La acción es un concepto *afectado de sentido*, esto es, no sólo final en cuanto cumple fines individuales, sino también *social*, en cuanto pone en actuación conclusiones de sentido supra-individual; por último, la acción viene sometida, independientemente de sus realidades ontológicas, a una valoración normativa realizada tan sólo por el Derecho vigente. Estos dos últimas tesis son las aludidas en el texto.

(115) En poder concretar hasta qué punto las normas, una vez positivadas y sustraídas a la voluntad del legislador, pueden ser objeto de elaboración científica diversa, radica el valor de ese argumento de MEZGER. En definitiva la mayoría de las leyes penales fueron redactadas al margen de toda preocupación de distinguir los juicios de antijuricidad y culpabilidad y aún antes de que tal distinción se formulara.

(116) NIESE intenta superar, como ya señalamos, la supuesta escisión del concepto finalista de acción en una acción finalista dolosa y otra acción culposa causal-ciega, afirmando: a) el de *acción* es un concepto unitario común a los delitos dolosos y a los culposos, concebido como conducta humana dirigida a un fin; b) la distinción entre delitos dolosos y culposos se halla en la tipicidad: los tipos de delito doloso describen la acción en su totalidad, esto es, incluyendo también en el tipo la finalidad; en cambio los tipos culposos no recogen la acción en su plenitud, pues prescinden del elemento final que por su carácter *h*icito se considera intrascendente para el Derecho, mientras señalan una *causación* desaprobada de un resultado en virtud de aquella acción. El legislador,

señalar cómo es el legislador quien da o no relevancia a la finalidad de la acción en el instante de tipificar los actos ilícitos merecedores de pena.

Vemos, pues, cómo, precisamente por traer su origen de una posición filosófica en boga, la doctrina de la acción finalista, puede ser discutida más fácilmente en sus consecuencias sistemáticas que en su arranque conceptual. Sería de interés, por ello, conocer hasta qué punto podría ser adaptada a nuestro Derecho, problema al que estamos dedicando nuestra atención.

---

pues ha dado relevancia jurídica a la finalidad en los delitos dolosos y ha declarado penalmente irrelevante esa misma finalidad en los culposos. (Cfr. NIESE: *Finalitat*, cit.)

Obsérvese como esa construcción de NIESE parece especialmente apta para nuestro Derecho en el que los tipos culposos del art. 565 exigen precisamente un arranque lícito, esto es, una acción dirigida a un fin penalmente irrelevante.

# El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española

Dr. MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Advertencias.—II. Texto del Proyecto y de la Ley de Bases.—III. Posición del legislador español de la Ley de Bases.—IV. Presupuestos del examen.—V. Análisis de las fórmulas usadas en la Ley de Bases.—A) El “penúltimo párrafo” de la Base séptima.—B) El “párrafo último” de la citada Base. C) Examen comparativo de ambos. VI. Consideraciones para la redacción definitiva de los artículos objeto de la reforma.

## I. ADVERTENCIAS

Un esquema del presente estudio, como provisional instrumento de trabajo, fué presentado a la reunión celebrada el día 15 de enero pasado en el Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Valladolid. El profesor Rodríguez Devesa tuvo la amabilidad de invitarme a participar en dicha sesión, y con tal motivo articulé algunas consideraciones que me fueron sugeridas por la lectura de los dos últimos párrafos de la Base séptima de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 (*Boletín Oficial del Estado* de 27 de diciembre de 1961). Quisiera significar mi expreso agradecimiento al profesor Rodríguez Devesa en testimonio de su atención, así como hacer notar que la anterior comunicación ha sido debidamente revisada y desarrollada para su publicación.

Pretendo exponer, en forma muy resumida, algunos de los problemas con los que se enfrentará el legislador en la concreta redacción del articulado, ofreciendo alguna de sus posibles soluciones, o bien llamando la atención sobre puntos dignos de tenerse en cuenta.

Es, por tanto, esta aportación una especie de previsión, fundada más en probabilidades que en datos verificables. De aquí, pues, su relatividad, y también su limitación: tiene por objeto, únicamente, la fórmula utilizada en la redacción de los párrafos último y penúltimo de la Base séptima. He preferido, en consecuencia, fijar un punto

concreto de reflexión con la finalidad de conseguir cierta profundidad en el trabajo.

Una última observación he de hacer todavía: dada la naturaleza del comentario —referido, exclusivamente, a la reforma del Derecho positivo español—, se suprimirá, hasta el máximo, todo planteamiento doctrinal, notas y citas bibliográficas, que serán sólo las indispensables.

## II. TEXTO DEL PROYECTO DE LEY Y DE LA LEY DE BASES

*Texto del Proyecto de Ley:* “Introducir un nuevo artículo declarativo de la intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas fijadas para estos delitos.” “Modificar la redacción del párrafo primero del artículo 426 para, sin variar su esencia, darle más riqueza de matices y sustituir la pena de presidio que establece por la pena de prisión de igual entidad, teniendo en cuenta que es la congruente, por analogía de naturaleza con las demás del capítulo, todas las cuales deben situarse en la misma escala número segundo del artículo 73” (párrafos penúltimo y último de la Base 8.ª del Proyecto).

*Texto de la Ley de Bases:* “Modificar la redacción del párrafo primero del artículo 426 para, sin variar su esencia, darle más riqueza de matices.” “Introducir un nuevo artículo declarativo de la intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas fijadas para estos delitos” (párrafos penúltimo y último de la Base séptima de la Ley).

## III. POSICIÓN DEL LEGISLADOR ESPAÑOL DE LA LEY DE BASES (1)

De frente al artículo 426, y de su significación en orden al problema del consentimiento en las lesiones, se han mantenido, en la doctrina penal española, dos posiciones, perfectamente delimitadas, y en torno a las cuales se agrupa la total literatura sobre el tema (2).

(1) Únicamente interesa aquí la posición general en torno al problema.

(2) Vid RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción española del Tratado de Derecho penal* de E. MEZGER (Nueva edición revisada y puesta al día). Madrid, 1955. T. I, págs. 425-427.—RODRÍGUEZ MUÑOZ, JASO ROLDÁN, RODRÍGUEZ DEVEBA, *Derecho penal* (Parte Especial). T. II. Madrid, 1949, págs. 252 y ss.—A. QUINTANO RIPOLLÉS, “Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal”, en *A. D. P. C. P. Fsc.* II, 1950, págs. 321 y ss.—R. F. SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*. Pamplona, 1959, en la que se recoge la bibliografía al respecto.—Vid. también de interés A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*. T. IV. Madrid, 1956, págs. 336 y ss.—A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho penal* (Parte Especial) VI. II. Madrid 1958, págs. 221-222.—E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal, conforme al “Código penal, texto refundido de 1944”*. T. II (Parte Especial), 11.ª edición. Barcelona, 1961, pág. 478.—J. DEL ROSAL, *Derecho penal español*. T. I, 3.ª edición. Madrid, 1960, págs. 340 y ss.

Una, (Rodríguez Muñoz y Quintano Ripollés, especialmente), sosteniendo la relevancia del consentimiento; la otra, reforzada por la reciente contribución de Suárez Montes, propugnando la irrelevancia del mismo. Ahora bien: si tenemos en cuenta la temática que han planteado, podemos preguntar, ¿se pronuncia por alguna de ellas el legislador de la Ley de Bases?

Veamos, a continuación, cómo cabe contestar este interrogante:

1. Es incuestionable que ha afirmado la tesis de la irrelevancia. El texto es suficientemente claro y, por ahora, no necesita comentario.

2. Ha sido, sin embargo, consciente de la fundamentación, al menos puramente técnica, de la posición de la relevancia. Es más: ha partido precisamente de ella. De otra forma no se explica la expresa alusión a la "intrascendencia de consentimiento", saliendo al paso de la mentada tesis. Ha tenido conciencia, concretamente, de la interpretación de Rodríguez Muñoz, y por esta razón se pretende salvar, hasta cierto punto, la incongruencia por él apuntada.

Así, en la Base octava del Proyecto se decía: "Rebajar la pena del artículo 419 a la inmediata inferior". No obstante, dado que la inmediata inferior es presidio mayor, hubiera quedado subsistente la incongruencia puesta de manifiesto por el ilustre profesor.

Sin embargo, la Ley de Bases cambia por entero el planteamiento (3), dejando a un lado las consideraciones que pudieran haber informado la reducción de la pena, por otras que no entraron en los cálculos del cuestionado Proyecto. Aunque sea paradójico decirlo, y al menos en este concreto punto, parece que la Ley de Bases no ha entendido al Proyecto de Ley (4). Lo anterior es cierto, mucho más si se tiene en cuenta la primitiva redacción de la Base, que continuaba: "y sustituir la pena de presidio que establece por la pena de prisión de igual entidad, teniendo en cuenta que es la congruente, por ana-

(3) Así dice, por el contrario: "Mantener la pena del artículo 419 para los casos de mutilaciones muy graves y rebajar la que actualmente está asignada a dicho delito, en aquellos casos de menor gravedad en la mutilación y en consonancia con la misma".—En realidad nada de eso se quiso decir en el Proyecto. A mi juicio, la reforma del artículo 419 en orden a la pena venía dictada por la del artículo 426 y la creación de la cláusula del consentimiento. Se ha desvirtuado, pues, el sentido de la Base sobre esta cuestión. La expresa alusión del Proyecto a la *congruencia* en el último párrafo es más que suficiente para sostener tal punto de vista.

(4) No es ésta la única vez que sucede. Vid., por ejemplo, sin salir del ámbito de las lesiones, que se conserva en la Exposición de Motivos de la Ley el pasaje de "dar entrada a la forma imprudente de lesiones, hasta ahora excluida, al menos, en los artículos 418 y 419, por el empleo de la expresión de *propósito*".—Sin embargo, la Ley de Bases *suprimió* totalmente el párrafo 3.º de la Base octava del Proyecto, que expresamente decía: "Eliminar en ambos artículos (se refiere al 418 y 419), la expresión de *propósito*, a fin de prever la posibilidad de que estos delitos se cometan por imprudencia".—¿Qué sentido tiene entonces conservar el pasaje antes citado en la Exposición de Motivos de la Ley?

logía de naturaleza, con las demás del capítulo, todas las cuales deben situarse en la misma escala número segundo del artículo 73".

3. Se ha pretendido, en principio, expresar, de forma terminante, la irrelevancia del consentimiento y deshacer la incongruencia generada por los artículos 426 y 419 del Código penal.

La cuestión será ahora precisar si con el texto de la Ley de Bases pueden conseguirse ambas finalidades, que se hacen problemáticas, no ya por el propio Proyecto, sino por las alteraciones que ha sufrido al ser transformado en Ley de Bases.

#### IV. PRESUPUESTOS DEL EXAMEN

Podemos concretar, en forma esquemática, una serie de afirmaciones generales de las que partimos en nuestro examen. Solamente interesa su constatación, y no su total desarrollo, que excede de los estrechos límites de esta nota.

Así, tenemos:

1. Es sabido que el mayor predominio de los derechos individuales, así como la confirmación de la disponibilidad de los mismos, corresponde al más estricto *derecho penal liberal*. Nuestro Código penal, texto refundido de 1944, no abunda precisamente en dicha concepción. Es expresión, por el contrario, de un Estado *social*. Se informa, de otro lado, en la *defensa social*, e igualmente, en el sentido católico de la vida, conforme reza su propio Preámbulo (5).

2. Con la legislación vigente, y de forma especial con el artículo 426, se dió ocasión para que naciera la tesis de la relevancia del consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones. La Ley de Bases, en su Exposición de Motivos, da a entender su existencia, si bien estima, de acuerdo con lo hasta aquí expuesto, se debe *introducir* la irrelevancia del mismo (6).

3. De aquí que, en consecuencia, sea nuestra legislación —de acuerdo con la tesis de la relevancia— contradictoria con sus principios informativos, y todavía más, con la legislación de rango superior.

Interesa tener bien presente este aspecto en orden a una comprensión total del problema.

(5) Vid. DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penál*, 2.<sup>a</sup> ed. Valladolid, 1953, págs. 140 y ss.; 147 y ss., entre otras; y la bibliografía allí citada.

(6) No otra cosa significa la frase que a continuación subrayamos: "De entre las primeras, acaso sea la más importante la efectuada en el grupo de los delitos de lesiones, en que no sólo se adecúa la pena más ponderadamente con la tipología delictiva, sino que se da paso a un principio de singular relevancia, cual es la ineficacia del consentimiento en general..." (letra a) del apartado segundo de la Exposición de Motivos).

Es decir: Hasta entonces el consentimiento tenía eficacia, era relevante. Estaban, pues, en lo cierto aquellos que así se pronunciaron.

4. No debe olvidarse, de otra parte, que los artículos 426 y 427 del vigente Código penal tienen su razón de ser, originariamente, en el artículo 160 de la Ley Militar de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 2 de febrero de 1856, como ha subrayado Suárez Montes (7).

5. El legislador actual pretende ser, conforme ha quedado expuesto más arriba, *en principio*, y cuando menos en la originaria redacción del Proyecto, más consecuente con los anteriores apartados, especialmente con 1, 2 y 3.

6. Se prescinde en el presente examen de todo tipo de consideraciones que no sean las puramente técnico-jurídicas.

## V. ANÁLISIS DE LAS FÓRMULAS USADAS EN LA LEY DE BASES

### A) El penúltimo párrafo de la Base séptima

1. En una primera contemplación pudiera parecer la redacción empleada por demás ambigua (8). No obstante, esta impresión es quizá un tanto superficial, y hasta cierto punto tal inconcreción pudiera ser una ventaja del párrafo comentado. No debe olvidarse que, en última instancia, el texto de la Base no es un artículo definitivo del Código, sino una autorización para redactarlo. De aquí que lleve razón Quintano Ripollés al apuntar que "habrá que esperar para juzgarlo a como se lleve a cabo esa redacción", aunque, inicialmente, le parezca "plausible" (9).

La anterior consideración no es obstáculo, sin embargo, para realizar —o, si se quiere, aventurar— una serie de consideraciones con el mejor propósito.

2. Salta a la vista, al comienzo de la reflexión, que sólo se autoriza a "modificar la redacción del párrafo primero del artículo 426". Es decir, deberán permanecer invariables tanto el párrafo segundo del artículo 426 como el 427, en inmediata relación con el anterior (10).

(7) Así, R. F. SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 54 y ss.

(8) En este sentido me pronuncié en la comunicación presentada a la Sesión del Seminario de Derecho penal de la Universidad de Valladolid. También, abundando en el mismo juicio, vid. F. BUENO ARÚS, "La Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales" en *Rev. Est. Penitenciarios*, núm. 135, 1961, pág. 3383.

(9) A. QUINTANO RIPOLLÉS, "La reforma del Código penal español" (Texto del Proyecto y breve glosa), en *A. D. P. C. P.*, fasc. III, 1961, pág. 458.

(10) La actual redacción de ambos preceptos es como sigue: "El que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de presidio menor. La misma pena se impondrá al que inutilizare a otro, con su consentimiento, para el objeto mencionado en el párrafo anterior" (artículo 426). "Si la conducta penada en el artículo ante-

Subsiste entonces el párrafo segundo del 426, como el tipo de *inutilización de otro*, y el párrafo primero del 426, como la *automutilación* o la prestación de consentimiento para ser mutilado. El 427, por la misma razón, se contraerá su párrafo primero a todo el 426, pero el párrafo segundo se referirá solamente al párrafo segundo del 426.

Conviene centrar un poco la atención sobre estas afirmaciones, llevando a cabo un brevísimo examen de las conductas previstas por el artículo 426:

a) No existe la menor duda que el párrafo primero del 426 alude a la automutilación (*el que se mutilare*) y a la *prestación de consentimiento para ser mutilado*. El párrafo segundo del mismo artículo contempla la conducta de *inutilizar a otro con su consentimiento*.

Plantada así la cuestión, sin el menor prejuicio, parece que ambos párrafos obedecen a dos instancias diferentes, o sea, que, *aunque discutible*, existe fundamento para sostener que “mutilar” e “inutilizar” no se corresponden: “mutilar” es una de las formas de “inutilizar”, pero no la única. Mutilar tiene un contenido médico-legal y jurídico determinado o cuando menos determinable. Inutilizar tiene una completa significación, deparada normativamente por la legislación pertinente (11). No son equivalentes: inutilizar es un *más*; mutilar es un *menos*, un modo de inutilizar (12).

De otro lado, “mutilar” (o la “mutilación”) del 426 tiene un ámbito más concreto que en el 419: se refiere a aquella que es apta en orden a la declaración de exención del servicio militar. Cuando se habla de mutilar en el 426 se entiende como la mutilación capaz de producir la exención del servicio militar.

Precisados en la anterior forma ambos verbos, o por mejor decir, su interpretación, se desprende, como consecuencia lógica, que el 426 deja, al menos en ese sentido, un hueco en su formulación: la *automutilación* que no sea mutilación—de acuerdo como ha sido entendida—no se castiga expresamente, no está prevista por el 426. Para salvar dicha incorrección no se puede aludir—como se haría seguramente—al artículo 383 del Código de Justicia Militar (13), pues, a juicio de Suárez Montes, “tal precepto sólo puede tener aplicación respecto al que se inutiliza una vez que, ingresado en Caja, ha

---

rior hubiera sido mediante precio, la pena será la inmediatamente superior a la señalada en dicho artículo. Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será la de arresto mayor” (artículo 427).

(11) El contenido del término “inutilizar”, forzosamente ha de ser el comprendido bajo el título de “Cuadro de inutilidades con relación a la aptitud física para el Servicio Militar”, que, distribuido en tres numerosos grupos, describe el Reglamento provisional de 6 de abril de 1943.

(12) Una simple lectura del anterior cuadro de inutilidades es más que suficiente para fundar dicha afirmación. Vid. SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, páginas 82-84, 99-100 y 111, entre otras, para un examen de la equivalencia o no entre ambos. De interés, A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*. T. IV. Madrid, 1956, pág. 337, en orden a la interpretación dada a los citados verbos.

(13) El mentado texto tan sólo se refiere a la *inutilización*. Así, dice: “El que se inutilice totalmente, de modo voluntario, para eximirse del Servicio Militar,



adquirido, por lo menos, la condición de recluta o inscrito" (14). Ni siquiera se puede traer a colación el vigente artículo 401 del Reglamento provisional de 6 de abril de 1943, que solamente se refiere a la mutilación (15) y que hace remisión al Código penal.

Por las razones expuestas, sin que sea necesario desarrollar más argumentos ni recoger otras dimensiones interpretativas, podemos concluir afirmando el carácter problemático de la redacción del vigente artículo 426, especialmente por lo que se refiere a la autoinutilización (16).

b) Si tiene *cierto* fundamento la interpretación dada en a) de "mutilar" e "inutilizar", el legislador de la Ley de Bases necesariamente debiera haberla tenido presente, cuando menos como posibilidad, en el momento de la redacción. Hubiera sido preferible, sin más, autorizar la reforma del 426, con lo que sería más amplio el campo de movimientos para la confección del artículo.

La única solución es ahora interpretar extensivamente —pero muy extensivamente— la Base y sostener que quedando autorizado a modificar el párrafo primero del 426, se queda también legitimado para el párrafo segundo del 426, en atención a la fuerte conexión existente entre ambos tipos. Es, desde luego, preferible esta lata interpretación que aceptar, por una cuestión en última instancia formal, la intangi-

---

incurrirá en la pena de dos a seis años de prisión si es en tiempo de paz, y en la de reclusión si es en tiempo de guerra. Si la inutilidad no fuere total se le impondrá la misma pena, que cumplirá, si es en tiempo de guerra y mientras dure ésta, en servicios penosos de campaña. Las mismas penas serán aplicables al que no lograre su propósito, así como al que induzca a la inutilización, la realice o auxilie" (artículo 383 del Código de Justicia Militar).

(14) Así, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, nota 17 pág. 91. Pudiera pensarse, sin embargo, que la declaración de exención únicamente se obtiene en la medida que se ha ingresado en Caja, aunque la lesión que proporcione la inutilidad sea anterior al ingreso. Si esto lo ponemos en relación con que el artículo 426 exige, indefectiblemente, la *declaración de exención*, y ésta sólo puede referirse a un mozo ingresado en Caja, veremos que la solución del problema no es tan simple como inicialmente pudiera pensarse. No obstante, siempre puede darse que la lesión —núcleo del 426— se haya verificado *antes* del ingreso, y, posteriormente, lo que se ha producido es la *declaración de exención*, con lo cual forzosamente tendríamos que aceptar, de nuevo, la tesis expuesta en el texto, quedando radiada la objeción. (Tan sólo hemos apuntado una posibilidad, sin entrar en el examen de la posición de los diversos autores. Remítimos para ello a la obra de SUÁREZ MONTES, en el pasaje citado.)

(15) "El que de propósito se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del Servicio Militar, y fuere declarado exento de este Servicio por efecto de la mutilación, y el que mutilare a otro con su consentimiento para el mencionado objeto, será castigado según previene el Código penal ordinario" (artículo 401 del Reglamento). Las hipótesis previstas por los artículos 403 y 404 del mismo Reglamento no son tampoco utilizables, pues ya parten de que exista el delito conforme con el Código penal ordinario.

(16) Por nuestra parte, no hemos pretendido tomar una posición decidida por la equivalencia o diferenciación de ambos verbos. Interesa, únicamente, dada la finalidad de esta nota, poner de manifiesto, como cuestionables, algunos de los aspectos del artículo 426, buscando soluciones más satisfactorias de *lege ferenda*, que ofrezcan menos dificultades, tanto interpretativas como técnicas. Se debe tener muy en cuenta lo expuesto en el presente apartado en orden a una mejor comprensión de todo el comentario.

bilidad del párrafo segundo, que pudiera imposibilitar una correcta textura del artículo.

c) El mismo razonamiento es utilizable en orden a la reforma del 427, so pena de correr idéntico riesgo al apuntado en b).

3. Es quizá un tanto *exagerada* la Base, si bien dependerá este juicio, en definitiva, de la posición en que se coloque el comentarista. Tal y como está redactada, parece que “darle más riqueza de matices” no significa otra cosa sino conseguir una mayor extensión del 426. La única forma para que el 426 tenga un mayor ámbito de aplicación es, conforme apunté en la comunicación, que se refiera no sólo a la prestación del servicio militar, sino también a la de *otros servicios* que pudieran estimarse legalmente ineludibles y de alto interés. No existe, o por lo menos no es fácil pensar, otra explicación que tenga una cierta viabilidad (17).

Si la anterior hipótesis es correcta, inmediatamente será necesario confrontarla con el resto de la Base, cuando dice: “sin variar su esencia”. Igualmente deberá ser observada desde la finalidad político-criminal y social del 426. Por nuestra parte, concretamos un breve juicio crítico en la forma siguiente:

a) De acuerdo con lo dicho más arriba, el artículo 426 parece que tiene su origen y razón de ser en el artículo 160 de la Ley de Reclutamiento y Reemplazo de 1856. Es decir, pudiera sostenerse, conforme ha hecho Suárez Montes (18), que la verificación de la conducta descrita por el tipo constituye un exclusivo “atentado contra el interés comunitario defensa nacional” o, mejor si se quiere, una *especialidad pluriofensiva* que comprendería el anterior bien jurídico y la “integridad física”, e incluso el *deber* de prestar el servicio militar.

¿Hasta qué punto se varía su “esencia”—empleando la terminología de la Base—con la extensión a otros servicios? Quizá el legislador ha tenido presente, más que nada, la mixta composición de la “esencia” del 426, cual sería la protección de la integridad física y el deber de acudir a la llamada al servicio militar; posiblemente, desde su perspectiva, sea la que más satisfaga. Ahora bien: si ha sido así, no cabe duda que la esencia del 426 no se ve alterada. No existe, dentro de esa misma línea, obstáculo alguno para ampliar a *otros servicios*—cuyo *deber* de realización puede ser tan relevante o más desde el punto de vista estatal—lo preceptuado acerca del servicio militar.

No obstante, deberá proceder el legislador con suma cautela en atención a la *especial y excepcional naturaleza de esos servicios*.

b) Si así no fuera, y el artículo 426 adquiriera una ambigua redacción, por su amplitud y elasticidad, excedería la finalidad para la

(17) Tampoco es fácil pensar que *otros servicios* podrán ser los que puedan generar una *mutilación* con la finalidad de eximirse de los mismos. Insisto, hasta el máximo, en el carácter sumamente excepcional de la formulación, sin atreverme, por razones obvias, a llevar a cabo, siquiera en forma sugerida, un recuento de las hipótesis que quizá pudieran pensarse.

(18) SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 104.

que fue concebido. Todavía peor: sería expresión de una orientación utilitaria y defensista en contra de los más elementales dictados de justicia.

Ha de emplearse, por tanto, una fórmula que subraye ese carácter sumamente *restringido* que debe presidir la interpretación y aplicación del futuro artículo 426.

Pero es que, además, en caso contrario, se vería alterada la esencia del 426, que nace en base a supuestos excepcionales y para un concreto y determinado servicio de singular importancia. Sería, por tanto, contradictoria con la fórmula de autorización empleada por la Ley de Bases.

### B) *El párrafo último de la Base séptima*

El presente párrafo, relativo a la irrelevancia del consentimiento, ofrece una serie de problemas que podemos concretar en los términos siguientes:

1. La primera impresión que recibe quien con mentalidad técnica proceda a la lectura del pasaje en cuestión, es la de extrañeza. La expresión usada de "*intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas*", es suficiente para justificarla. Quizá haya sido utilizada con un criterio puramente práctico, especialmente referido, como es natural, a la confección del nuevo precepto. De esta forma se explica, sólo hasta cierto punto, la fórmula del párrafo último.

Al inicio es conveniente puntualizar que la *intrascendencia* deberá entenderse tanto a la aplicación de una pena menor como a la de una pena mayor (por emplear la terminología de la Ley). Es decir, es radicalmente intrascendente, no tiene la menor relevancia, ni en un sentido ni en otro. La observación, por su evidencia, pudiera parecer superflua, pero más adelante veremos cómo ha sido necesario llevarla a cabo.

2. La segunda observación es que, exclusivamente, se refiere la cláusula a los delitos *de lesiones*. La frase final de la Base, "... para estos delitos", es bien demostrativa al respecto: expresamente el legislador ha querido que la intrascendencia quede contraída, de forma exclusiva, a los delitos de lesiones, o sea, al Capítulo Cuarto del Título Octavo.

Frente a la anterior afirmación, cabe precisar:

a) Que es entonces perfectamente lógica, desde su planteamiento, la posición de Quintano Ripollés al decir: "en todo caso, parece demasiado radical borrar toda trascendencia al consentimiento de la víctima que pudiera mejor valorarse como atenuante, y que contrasta con la trascendencia que se le atribuye en ocasión aún más seria, como es la de ayuda al suicidio" (19).

(19) QUINTANO RIPOLLÉS, "La reforma del Código penal español (Texto del Proyecto y breve glosa)", en *A. D. P. C. P.*, Fasc. III, 1961, pág. 458.

La misma consideración es extensiva a las hipótesis de aborto del número 2 del artículo 411 y del artículo 413, que, sin duda, suponen tipos privilegiados de acuerdo con la "trascendencia" del consentimiento, e incluso conjuntamente con la *causa honoris* del 414, por si no fueran muy discutibles los argumentos extraídos del criticable párrafo último del artículo 411 (20), cuya reforma, inexplicablemente, no ha tenido acceso a la Ley de Bases, siendo así que se encontraba en la Base séptima del Proyecto, perdiéndose, por tanto, una inmejorable oportunidad para radiar del Código una de las figuras más censurables desde todos los puntos de vista.

b) Se puede afirmar, en consecuencia, antes de que tenga plena virtualidad la reforma propuesta, la incongruencia a que dará lugar, dentro del inexpressivo título de "delitos contra las personas". Paradójicamente, la cuestión del consentimiento irrelevante se trae al articulado para destruir una incongruencia entre dos artículos (419 y 426) de un capítulo (de las lesiones) y, sin embargo, ocasionará otras, incluso más radicales, y de orden sustantivo, como son las apuntadas en a). Carece de sentido, por tanto, sostener que es intrascendente el consentimiento, referido al bien jurídico integridad física, y afirmar, u ofrecer fundamento para que así se haga, la relevancia del mismo en orden a los bienes jurídicamente protegidos por los Capítulos Primero y Tercero del Título Octavo.

3. Otro problema que podrá plantearse es el referente a la *auto-mutilación* y, en general, a las *autolesiones*. Desde luego, cuando no se tenga la finalidad de eximirse del servicio militar, o del servicio que se estime con pareja significación; es decir, cuando no se pueda inscribir la conducta en el futuro 426 por inexistencia de la finalidad por él exigida.

No cabe duda, que persistiendo la actual redacción de los artículos de las lesiones, los mentados supuestos no serían típicos, en razón a estar concebidos en forma de lesión o mutilación realizada a *otro*.

Sin embargo, si se tienen en cuenta los principios que han informado la confección de la Base, no dejaría de ser inconsecuente la anterior afirmación.

Es evidente que de forma expresa se acepta la total intrascendencia del consentimiento. Por tanto, también la absoluta indisponibilidad del bien jurídico protegido, o sea, de la integridad física o, en su caso, mental.

Si se lleva el razonamiento lógico hasta sus últimas consecuencias, no queda más solución que preguntarse acerca de las hipótesis de auto-mutilaciones-lesiones, a las que hemos hecho alusión más arriba. ¿Qué sucederá entonces?

En el supuesto de que permanezcan como hasta ahora, surgirá una contradicción con la cláusula de la intrascendencia del consentimiento,

(20) Vid., sobre ello, SÁNCHEZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 115-135, y la bibliografía por él citada.

negándose, en estos casos, la tesis de la indisponibilidad del bien jurídico.

Si, por el contrario, se acepta en toda su lógica deducción la formulación de la Base, será necesario la creación de un precepto al respecto o la adaptación de los ya existentes.

Desde esta última perspectiva se observan, entre otras, algunas cuestiones, además de la más genérica ya citada, que quizá valga la pena concretar:

a) Quintano Ripollés ha planteado una de ellas cuando dice: "en cuanto a introducir un nuevo artículo declarativo de la intrascendencia del consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones, más bien pienso que ha de acarrear dificultades en la práctica, complicando la incriminación de lesiones en tratamiento quirúrgico y en deportes" (21).

No obstante, hemos de significar, a efectos de nuestra exposición, que estos casos no son propiamente de autolesiones, que de forma muy excepcional cabría pensar en las deportivas. Las dificultades que vaticina Quintano Ripollés pudieran solucionarse satisfactoriamente de acuerdo con los números 11 y 8 del artículo 8 (22), sin que sea necesario aludir al consentimiento, dada la forma en que están redactadas en nuestra legislación ambas "eximentes".

b) La cuestión se centra, siguiendo la misma línea de pensamiento que venimos exponiendo, si se tiene presente lo preceptuado por el artículo 409 del Código penal y su significación en los delitos contra la vida, conforme adujera Quintano Ripollés. Subsistirá la impunidad del que se autolesiona con motivo de un suicidio no conseguido, que mostrará, de la misma forma, otra excepción al principio de la indisponibilidad del bien jurídico y, en consecuencia, de la intrascendencia del consentimiento. Igualmente, será sumamente problemática la solución técnica, concorde con el principio formulado por la Base, que pueda ofrecerse en relación con la inducción a otro para que se autolesione, siempre, desde luego, *sin* la finalidad expresamente requerida por el 426, e incluso también de la inducción a otro para que se suicide, pero que solamente se ocasione lesiones, y en idénticos términos se puede plantear la cuestión de la prestación de auxilio (23).

c) Sin duda, dogmáticamente es correcto el planteamiento de las anteriores cuestiones—apuntadas sin la menor pretensión—, que constituyen excepciones en abierta contradicción con el principio proclamado por la Base. Es muy posible que el propio legislador haya

(21) QUINTANO RIPOLLÉS, *art. cit.*, pág. 458.

(22) En el mismo sentido, DEL ROSAL, *Derecho penal español*. T. I, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1960, págs. 336-337, si bien mantiene junto a ellas el consentimiento, de acuerdo con la interpretación de la relevancia que acepta en la página 341, abundando en la tesis de RODRÍGUEZ MUÑOZ.

(23) Interesa resaltar, solamente, su carácter problemático sin que sea necesario el total desarrollo de la cuestión, dada la índole de la presente *nota*.

parado mientes en ellas, prevaleciendo, sin embargo, criterios político-criminales y utilitarios en orden a la solución de las mismas.

### C) *Examen comparativo de ambos*

Además de lo hasta ahora expuesto, de un examen comparativo de ambos párrafos, pudiera deducirse lo siguiente:

1. Cabe sostener, con el carácter provisional propio del presente estudio, la contradicción que dichos textos pudieran generar. Contradicción que proviene de conservar en su *esencia* el 426, y a continuación decir que se introduzca “un nuevo artículo declarativo de la *intrascendencia del consentimiento* de la víctima”.

2. No debe perderse de vista que el legislador ha partido de la existencia de la tesis de Rodríguez Muñoz, o por mejor decir, ha pretendido salvar tal interpretación. Pero tampoco debe olvidarse, si ello es así, que el 426 tiene sentido si se acepta la postura de Rodríguez Muñoz, en la medida que el consentimiento tenga valor justificante.

Es decir: si el consentimiento, en lo sucesivo, careciera de toda trascendencia, no hay por qué mantenerlo en la definitiva redacción del 426. Es entonces totalmente irrelevante hablar de lesiones *consentidas*. El 426 será el tipo de lesiones para eximirse del servicio militar (o del servicio que se estime) y fuere declarado exento, independientemente de que se haya o no consentido, aunque generalmente medie el consentimiento.

Téngase muy presente que la Base dice: “*intrascendencia del consentimiento de la víctima en la aplicación de las penas*”. Es claro, en consecuencia, que no tendrá la menor significación en orden a la aplicación de la pena ni en sentido agravatorio ni atenuatorio: será intrascendente.

De aquí, pues, que sea incorrecta la alusión al consentimiento en la descripción de la conducta del 426 (24). No podrá hacerse si no es contraviniendo la redacción del párrafo último de la Base séptima.

3. El 426 dejará de ser, forzosamente, un tipo de lesiones consentidas, para convertirse en lesiones con una finalidad expresamente reseñada en el precepto, y nada más.

Pero además el 426 dejará de ser, igualmente —siempre de acuerdo con la tesis de Rodríguez Muñoz, de la que ha partido el legislador—, un tipo privilegiado de lesiones para convertirse, necesariamente, en agravado, y cuya razón de agravación habrá que buscarla en esa finalidad, y en su éxito, que normativamente quedan estampadas en el precepto.

(24) Inmediatamente se preguntará ¿qué sucederá con la mera prestación de consentimiento para ser mutilado? En principio, no creo existiera inconveniente en traer a colación las reglas de la autoría del artículo 14 del Código penal, si se acepta el criterio de la Base.

## VI. CONSIDERACIONES PARA LA REDACCIÓN DEFINITIVA DE LOS ARTÍCULOS OBJETO DE LA REFORMA

En forma conclusiva cabe subrayar algunas consideraciones que de forma especial debieran tenerse presentes en la definitiva redacción del articulado. Son consecuencia de los anteriores razonamientos, y desde luego se encuentran condicionadas por el texto de la Base, o mejor dicho, se han confeccionado *para él*, y *de él* han sido extraídas.

Por tanto, no cabe identificar los supuestos que animan la reforma con mi posición personal acerca de los temas apuntados. Como es de suyo natural, se ha partido del hecho de que la Ley, aunque sea de Bases, tiene ya plena virtualidad.

Muy brevemente, podemos significar:

*Primero.* En el caso de que sea necesario, deberá considerarse autorizado, implícitamente, para reformar el párrafo segundo del artículo 426, así como el artículo 427.

*Segundo.* Conveniencia de emplear, únicamente, el verbo “inutilizar”, pudiendo configurarse la inutilización conseguida por mutilación o lesión como agravada de las mismas. En este sentido, se constatará, de forma expresa, la *inutilización de otro* y la *autoinutilización* con la finalidad prevista.

*Tercero.* Redacción de una fórmula, en referencia con la posibilidad de extensión a *otros servicios*—siempre dentro del artículo 426—, que no sea susceptible de amplia interpretación, partiendo, desde luego, de que así se haya entendido la expresión “darle más riqueza de matices”.

*Cuarto.* Eliminación de toda expresa referencia al consentimiento en los futuros artículos, que definitivamente sean creados como consecuencia de la reforma autorizada por el penúltimo párrafo de la Base séptima.

*Quinto.* Es aconsejable el uso de una fórmula que exprese, con cierta técnica, la irrelevancia del consentimiento de la víctima en *estos delitos*, ya que no queda más solución que aceptar, en toda su eficacia, el último párrafo de la Base séptima.

*Sexto.* Adoptar normativamente una posición que resuelva *prácticamente* el problema de las automutilaciones-lesiones sin la finalidad prevista por el artículo 426. Dicha posición tendrá muy presente las hipótesis, apuntadas en el correspondiente apartado, y referidas, especialmente, al artículo 409 del Código penal, so pena de aumentar las

incongruencias y contradicciones con los demás delitos del Título, e incluso, con los del propio Capítulo.

\* \* \*

Quisiera reiterar, por último, mi mejor propósito en orden a contribuir, en cierta medida, a la fatigosa tarea de reforma, que por tantas y tantas razones debiera comprender todo el Código penal. Con la presente Ley de Bases se suscita, una vez más, la conveniencia de un nuevo Código, y no de reformas parciales, que en ocasiones sólo sirven para aplazar problemas que tarde o temprano han de ser resueltos con la seriedad y rigor que impone la función legislativa.



## SECCION LEGISLATIVA

# Proyecto de Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor

*El «Boletín Oficial de las Cortes» correspondiente al día 6 de julio del corriente año inserta el Proyecto de Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, que ha de someterse a la deliberación de las Cortes Españolas, cuyo articulado recogemos a continuación.*

### PROYECTO DE LEY

#### INTRODUCCIÓN

Artículo 1.º La presente Ley protege la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes, y con tal finalidad regula las conductas relacionadas con la circulación por carretera y otras vías análogas de los vehículos de motor.

#### TITULO PRIMERO

##### ORDENAMIENTO PENAL

#### CAPITULO PRIMERO

##### *De los delitos*

Art. 2.º El que con temeridad manifiesta condujera un vehículo de motor y pusiere en concreto peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad o sus bienes, será castigado con la pena de privación del permiso de conducir por tiempo de dos meses a dos años

Art. 3.º Si resultare del anterior comportamiento muerte, la pena será de prisión menor y anulación del permiso de conducir por tiempo de cinco a diez años.

Si el resultado fuere de incapacidad permanente, la pena será de prisión menor y anulación del permiso de dos a cinco años.

Art. 4.º Si resultaren lesiones del comportamiento descrito en el artículo 2.º, la pena será de arresto mayor y anulación del permiso de conducir de seis meses a cinco años.

Art. 5.º Los daños se castigarán con la pena de privación del permiso de conducir de dos meses a cinco años, si se hubieren ocasionado en las circunstancias previstas en el artículo 2.º de esta Ley.

Art. 6.º Si se causaren los resultados delictivos descritos en los tres artículos anteriores por conducir descuidadamente y con infracción de las reglas de la circulación, se impondrán, respectivamente, las penas siguientes:

a) Prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años, si resultare muerte.

b) Arresto mayor y privación del permiso de conducir de dos a cinco años, si resultare incapacidad permanente.

c) Arresto mayor y privación del permiso de conducir de seis meses a dos años, o solamente privación del permiso por el mismo tiempo, según la naturaleza de la lesión causada.

d) Privación del permiso de conducir de dos meses a dos años, si del comportamiento señalado resultaren daños.

Art. 7.º El conductor ejecutoriamente condenado a la anulación o privación del permiso de conducir por cualquier tiempo, que condujere sin haberla cumplido totalmente, será castigado con la pena de arresto mayor y anulación del permiso de conducir de cinco a diez años.

Art. 8.º El que condujere bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes será castigado con la anulación del permiso de conducir por tiempo de dos a cinco años.

Art. 9.º El que condujere sin estar legalmente habilitado será castigado con multa de cinco mil a veinte mil pesetas.

Art. 10. El conductor de un vehículo de motor que no socorriese a las víctimas causadas con ocasión de la circulación, o que siendo solicitado para ello no lo prestare, será castigado con la pena de arresto mayor y multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Se aplicará al conductor y a sus acompañantes la pena de prisión menor y, además, al primero, la de anulación del permiso de conducir de cinco a diez años, en caso de que se tratara de la víctima causada por ellos.

Art. 11. El que condujere un vehículo de motor con placa de matrícula falsa, o distinta de la debida, o alterada, o hecha ilegible, o el que no llevara ninguna, si fuere con propósitos ilícitos, será castigado con arresto mayor y multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Art. 12. El que perturbare la seguridad del tráfico o pusiere grave obstáculo a la circulación de vehículo de motor, con peligro para sus ocupantes, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Art. 13. El que, sin la debida autorización o sin causa lícita alguna, usare o participare a sabiendas en el uso de un vehículo ajeno será castigado con la pena de arresto mayor o multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Si se usare con objeto de obtener una ventaja económica, la pena será de arresto mayor y multa de diez mil a cien mil pesetas.

En caso de que fuere el conductor habitual, sólo se perseguirá previa denuncia del ofendido.

La pena será de prisión menor y multa de diez mil a cien mil pesetas en caso de que se empleare el vehículo para cometer un delito o procurarse la impunidad de éste o cualquier otro.

## CAPITULO II

### *De las circunstancias agravantes*

Art. 14. Son circunstancias agravantes de los delitos configurados en esta Ley:

Primera. Cuando, al delinquir, el autor estuviere ejecutoriamente condenado por cualquier otro delito de circulación.

Segunda. Si en su conducta se apreciare por el Tribunal un desprecio a las normas de circulación, un comportamiento agresivo o indisciplinado, o los móviles de su acción denotaren falta de los deberes para con el prójimo.

## CAPITULO III

### *De la pena y su graduación*

Art. 15. En los delitos descritos en el capítulo primero, el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho, la personalidad y conducta del inculpado y el socorro prestado a la víctima, podrá imponer las penas en el grado que estime conveniente, motivándolo en la sentencia.

Art. 16. Cuando concurriere alguna circunstancia agravante del artículo 10 del Código Penal, los Tribunales podrán imponer la pena en el grado máximo.

Si concurriera alguna circunstancia agravante del artículo 14 de esta Ley, se impondrá la pena en el grado máximo.

En la aplicación de las circunstancias que eximan o atenúen la responsabilidad criminal, los Tribunales se atenderán a lo dispuesto en el Código Penal.

## CAPITULO IV

### *De los efectos de la sentencia*

Art. 17. Las sentencias condenatorias dictadas en virtud de esta Ley se anotarán en el Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia, con mención del precepto infringido.

Las condenas por delitos comprendidos en los artículos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º, 6.º, 8.º y 9.º no se consignarán en las certificaciones que por el Registro Central de Penados y Rebeldes se expidan, sino cuando la solicitud de antecedentes sea de la autoridad judicial o tengan como finalidad la obtención del permiso de conducir vehículos de motor.

Art. 16. La anulación del permiso de conducir exige previo examen para obtenerlo de nuevo.

En la privación del permiso de conducir se devuelve éste una vez cumplido el tiempo de retirada.

## TITULO II

### ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

#### CAPITULO PRIMERO

##### *De las fases del procedimiento*

Art. 19. El procedimiento para conocer de los delitos a que se refiere la presente Ley constará de tres fases: la primera, de diligencias preparatorias; la segunda, de juicio oral, y la tercera, de ejecución de sentencias.

#### CAPITULO II

##### *De las diligencias preparatorias*

Art. 20. Serán competentes para instruir las diligencias preparatorias los Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Partido, pudiendo actuar, a prevención o por delegación, los Jueces municipales o comarcales del lugar donde se hayan producido los hechos.

Art. 21. Los Agentes de la Policía Judicial que tengan conocimiento de la comisión de algún delito comprendido en esta Ley, o que intervengan con motivo de hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor, deberán ponerlos en conocimiento inmediato del Juez, sin perjuicio de practicar todas las averiguaciones y adoptar las medidas que las propias disposiciones orgánicas les permitan, dando inmediata cuenta a la Autoridad judicial.

Art. 22. El Juez, inmediatamente después de que tenga noticia del hecho y cuando la naturaleza del mismo lo requiera, se constituirá en el lugar donde éste se produjo, acompañado, en su caso, del Médico forense o de otro Perito o Peritos, haciéndose cargo de las primeras actuaciones practicadas por los Agentes de la Policía Judicial, quienes continuarán prestándole la asistencia que la Autoridad judicial les requiera.

Art. 23. El Juez procederá, en cuanto sea posible, en el mismo lugar o en el adecuado más próximo, a practicar las diligencias preparatorias, tendentes a la identificación de las personas, de los vehículos y de las entidades aseguradoras, reconstrucción de hechos con croquis explicativos y fotografías, declaración de los conductores, testigos presenciales y víctimas si fuere posible, así como a la tasación de daños y descripción, naturaleza, diagnóstico y pronóstico por el Forense u otro Perito Médico de las lesiones causadas. También hará saber a los perjudicados su derecho a per-

sonarse en la Audiencia, así como el ofrecimiento de las acciones que les asisten.

Todas las anteriores diligencias deberán practicarse, siempre que fuere posible, sin solución de continuidad, reflejándose en una sola acta, que firmarán con el Juez y Secretario todos los intervinientes, los cuales podrán estar asistidos de Abogados u otros técnicos, de estar presentes en el momento de la redacción del acta.

Art. 24. Cuando el Juez lo considere preciso, ordenará que por el Médico forense u otro Perito se proceda a la toma de muestras orgánicas, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio competente, que, en un plazo no superior a cinco días, enviará directamente el resultado a la Audiencia respectiva.

En los casos de muerte, sólo cuando por la naturaleza de los hechos el Juez lo considere necesario, acordará que se practique la autopsia.

Si hubiera heridos o lesionados, proveerá de la asistencia debida a los mismos, haciendo constar, en su caso, el lugar de su internamiento.

Estas medidas periciales podrán ser realizadas por un solo Perito.

Art. 25. El Juez podrá acordar:

a) La detención de las personas que considere como presuntos inculpados, así como la elevación de ésta a prisión, con o sin admisión de fianza, en el término de setenta y dos horas. Los autos de prisión no necesitarán de ratificación.

b) Retener el vehículo y suspender los permisos de conducción y circulación, procediendo a ocupar los documentos respectivos y a comunicarlos a los Organismos administrativos correspondientes.

c) Que se preste fianza o aval para garantía de las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho cometido. Este acuerdo se notificará al asegurador para que, hasta el límite del seguro obligatorio, cumpla la obligación impuesta en el artículo 48 de esta Ley. Si la fianza o aval exigido fuera superior al límite del seguro obligatorio, el presunto responsable vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose, en otro caso, al embargo de bienes del presunto responsable directo o subsidiario.

d) Señalar la pensión provisional que, según las circunstancias de cada caso, considere necesaria para atender a la víctima y a las personas que estuvieran a su cargo. El pago de la pensión se hará por mensualidades anticipadas con cargo a la fianza.

Contra las resoluciones judiciales previstas en este artículo no se dará recurso alguno, salvo contra el auto de prisión, que será apelable.

Art. 26. El Juez reclamará telegráficamente, y para su remisión directa por el Organismo receptor a la Audiencia, los antecedentes de los presuntos inculpados, tanto del Registro Central de Penados y Rebeldes como del Registro especial de la Jefatura Central de Tráfico. La certificación del acta de nacimiento, también para su remisión directa a la Audiencia, sólo se reclamará en los casos en que ofrezcan dudas la identidad o el límite penal de edad de los supuestos inculpados.

Art. 27. El Juez, dentro de los tres días, a partir de la iniciación de las

diligencias, las remitirá a la Audiencia, con indicación, en su caso, de las que quedan pendientes.

El Tribunal de lo Penal, actuando con carácter unipersonal por medio de un Magistrado, y dentro de los tres días siguientes a la recepción de las diligencias, dará vista al Ministerio Fiscal, al acusador particular, si lo hubiere, y a los presuntos inculcados por un plazo común de cinco días.

Art. 28. El Ministerio Fiscal, el acusador particular y el presunto inculcado podrán solicitar la práctica de nuevas diligencias que, por no poder ser reproducidas, deban tener carácter previo a la celebración del juicio. El Magistrado las acordará cuando sean solicitadas por el Ministerio Fiscal, y podrá denegarlas, sin ulterior recurso, cuando sean instadas por el acusador particular o por el presunto inculcado.

Art. 29. Cuando el Ministerio Fiscal no considere precisas nuevas diligencias de carácter previo, procederá en el plazo de cinco días señalados a instruirse en los hechos, solicitando el archivo de las diligencias o presentando escrito de acusación, con petición de apertura del juicio oral. El Magistrado sólo denegará la apertura del juicio oral cuando estime que el hecho no es constitutivo de delito.

El acusador particular procederá en la misma forma que el Fiscal, si bien el Magistrado podrá denegar, en todo caso, la apertura del juicio oral. Contra el auto que dicte el Magistrado de lo Penal cabrá el recurso de apelación, en un efecto, ante el Tribunal colegiado.

Las diligencias archivadas podrán ser objeto de reapertura a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, si aparecieran nuevos elementos de prueba que así lo aconsejen.

En ambos casos, será de aplicación lo dispuesto en el anterior artículo para la práctica de nuevas diligencias.

Art. 30. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación de los extremos a que se refieren los cinco primeros números del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la persona o personas en que, a juicio de la acusación, se concrete la responsabilidad civil, fijando, en lo posible, la cantidad en que aprecie los daños y perjuicios causados. También en él se propondrá la prueba que ha de ser practicada en las sesiones del juicio oral.

En este mismo escrito podrá solicitarse del Magistrado la adopción, modificación o suspensión de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 25 de esta Ley y la cancelación de las adoptadas respecto de personas contra las que no se dirija la acusación.

Art. 31. Cuando en la acusación del Ministerio Fiscal la petición de pena fuera de privación de libertad superior a arresto mayor, conocerá el Tribunal colegiado; en los demás casos, el Magistrado de lo Penal.

### CAPÍTULO III

#### *Del juicio oral*

Art. 32. Presentados y admitidos los escritos de acusación, el Magistrado de lo Penal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior,

acordará por medio de auto la apertura del juicio oral o remitirá lo actuado al Tribunal colegiado para que éste lo haga, sin esperar a la sanidad de los heridos, si los hubiera, a menos que no estuviera determinada, a efectos penales, la naturaleza de la lesión, y resolviendo al propio tiempo las peticiones que sobre medidas provisionales hayan podido proponerse, así como lo relativo a la petición de prueba. En el mismo auto señalará el día para el comienzo de las sesiones del juicio oral dentro de los ocho siguientes.

Art. 33. El auto de apertura de juicio oral se notificará al acusado o acusados, emplazándoles para que en el plazo de cinco días se personen mediante Abogado y Procurador si no lo hubieren hecho antes, bajo apercibimiento que en otro caso le serán designados de oficio, con arreglo a lo que dispone el artículo 799 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como para su asistencia al acto del juicio oral.

En caso de hallarse el acusado en el extranjero o en ignorado paradero, se mandará publicar por el medio más rápido e idóneo, para que pueda llegar a su conocimiento, cédula para que se persone y asista al juicio oral. De esta cédula se dará conocimiento a la representación diplomática o consular respectiva.

El ausente en el extranjero acusado de un delito no sancionado con pena de privación de libertad podrá hacerse representar para ambos actos mediante poder en forma.

Si no compareciese o no se hiciese representar transcurridos diez días desde la citación, continuará el procedimiento en rebeldía, no obstante su incomparecencia, y se le designará Abogado y Procurador de oficio.

Personado o no el acusado, o designados de oficio representación y defensa, se les dará traslado por un plazo de cinco días para que formulen escrito de descargo acomodado en lo pertinente a lo dispuesto en el artículo 30 sobre escrito de acusación.

Art. 34. El juicio oral se celebrará, excepto en lo referente a la asistencia del acusado, ajustándose a la forma ordinaria, con las modificaciones que establece el artículo 800 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiéndose que las referencias a los escritos de conclusiones rigen para los escritos de acusación y descargo.

Art. 35. La suspensión del juicio oral y el contenido de las sentencias, salvo lo dispuesto en el artículo anterior, se ajustará a lo establecido en los artículos 801 y 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil, en los casos en que no pueda verificarse en la sentencia, se practicará en trámite de ejecución, fijando en lo posible en el fallo las bases a que deba acomodarse.

En los casos de anulación y privación del permiso de conducir será de abono el tiempo en que el condenado haya estado privado del mismo por la autoridad judicial o gubernativa y por el mismo hecho que motivó la sentencia. Igual medida se adoptará en cuanto a la prisión y detención que por los mismos hechos hayan podido sufrir los condenados.

Art. 36. El condenado en rebeldía podrá comparecer dentro del plazo de un año después de dictada la sentencia, en recurso de audiencia en rebeldía. Este recurso se tramitará mediante la presentación de un escrito

de descargo con proposición de prueba, que se practicará con intervención de las partes, celebrándose a continuación una comparecencia ante el Magistrado de lo Penal o el Tribunal Colegiado, según los casos, quien dictará sentencia confirmando o modificando la anterior.

Art. 37. Contra las sentencias que dicte el Magistrado de lo Penal cabrá, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, el recurso de apelación ante el Tribunal Colegiado. Cuando la apelación verse sobre quebrantamiento de forma que positivamente haya producido indefensión, el Tribunal dejará sin efecto la sentencia y mandará reponer las actuaciones al estado en que se cometió la falta.

El Tribunal sólo accederá a las pruebas que no se hubiesen podido practicar por causa no imputable a quien las solicita y fueran necesarias para formar juicio a los efectos de calificar, imputar o castigar. El plazo que se señale para la preparación de las pruebas admitidas no excederá de diez días.

Contra las sentencias dictadas no se dará recurso alguno.

Art. 38. Contra las sentencias que dicte en Primera Instancia el Tribunal Colegiado cabrá interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de Ley, de acuerdo con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Art. 39. La interposición de los recursos establecidos en los artículos anteriores no afecta a la pensión provisional a que se refieren los artículos 25, letra d), y 30.

#### CAPITULO IV

##### *De la ejecución de sentencias*

Art. 40. Fijada la cuantía de la indemnización o cuando su determinación no se haya verificado en la sentencia, tan pronto como ésta sea firme, se procederá a su ejecución, de oficio o a instancia de parte legítima, por el mismo Magistrado que la hubiere dictado o por el Magistrado Ponente cuando hubiere conocido el Tribunal Colegiado, llegado el momento en que sea factible aquella determinación cuantitativa.

Art. 41. El Magistrado, si en la sentencia no se hubiera fijado la cuantía de la responsabilidad civil, practicará de oficio las pruebas periciales que estime convenientes, conducentes a la determinación cuantitativa de aquélla, y una vez verificadas, se dará vista de todo ello al Ministerio Fiscal y a la acusación particular, si la hubiere, así como al penado y, en su caso, a los responsables civiles así declarados en la sentencia por un plazo común de cinco días, dentro del cual podrán solicitar que se complete la prueba practicada, proponiendo la que consideren conveniente a su derecho, que será admitida o rechazada por el Magistrado sin ulterior recurso.

Art. 42. Practicada la prueba, el Magistrado, por medio de auto, determinará cuantitativamente la responsabilidad civil imputada por la sentencia. Contra dicho auto se dará recurso de apelación.



TITULO III

ORDENAMIENTO CIVIL.

CAPITULO PRIMERO

*De la responsabilidad civil*

Art. 43. El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación de éste cause daño a tercero, está obligado a abonar los daños y perjuicios causados.

Art. 44. La responsabilidad civil derivada de lo establecido en el artículo anterior nace:

- a) De las conductas sancionadas por la Ley penal.
- b) De las conductas en que intervenga culpa o negligencia civil.
- c) De los comportamientos no comprendidos en los apartados anteriores, a menos que se pruebe que el hecho fué debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se consideran como casos de fuerza mayor los defectos del vehículo o la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismo.

CAPITULO II

*Del seguro obligatorio*

Art. 45. Todo propietario de un vehículo de motor vendrá obligado a suscribir una póliza de seguros que cubra hasta la cuantía que se fixe la responsabilidad civil a que se refiere el artículo anterior de todo conductor de vehículo.

Los vehículos no asegurados en la forma establecida no podrán circular por territorio nacional.

Art. 46. El seguro obligatorio no cubre los daños producidos al asegurado, al vehículo o a su conductor ni a los objetos transportados.

Art. 47. Para exigir el cumplimiento de la obligación de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño hasta el límite del seguro obligatorio, sin perjuicio de las más acciones que le correspondan.

El plazo de prescripción de la acción es de un año, a contar desde que se produjo el hecho que da lugar a la misma; la iniciación del proceso penal por el mismo hecho interrumpe el plazo de la prescripción.

Art. 48. El asegurador, hasta el límite del seguro, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños y perjuicios sufridos. Sólo quedará exento de esta obligación si prueba que el hecho no da lugar a la exigencia de responsabilidad civil, conforme al apartado c) del artículo 44, sin que en ningún caso pueda oponer al perjudicado o a sus herederos las excepciones que le asistan contra el asegurado o contra un tercero.

En todo caso, el asegurador deberá prestar, hasta el límite del seguro, las fianzas que por la Autoridad judicial fueran exigidas a los presuntos responsables asegurados.

Art. 49. El asegurador, una vez efectuado el pago, podrá repetir:

- a) Contra el tercer causante de los daños.
- b) Contra el asegurado, por causas derivadas del contrato de seguros.
- c) En cualquier otro supuesto en que también proceda la repetición con arreglo a las Leyes.

### CAPITULO III

#### *Del Fondo Nacional de Garantía de Víctimas de la Circulación*

Art. 50. En el Ministerio de Hacienda, y administrado por la Comisaría del Seguro Obligatorio de Viajeros, en la que constituirá Sección con independencia patrimonial y contable, se crea un Fondo Nacional de Garantía de Víctimas de la Circulación para cubrir la responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor derivados de hechos que hayan producido muerte, incapacidades o lesiones en los casos en que el vehículo o el conductor causante de aquéllos sea desconocido o en que, siendo conocido, no esté asegurado, y, en general, cuando no se produzca la asistencia e indemnización por los medios previstos en los artículos anteriores.

El Fondo de Garantía podrá repetir en los mismos casos señalados en el artículo anterior y, además, contra el asegurador.

Art. 51. El Fondo de Garantía cumplirá además las siguientes funciones:

- a) Designar Perito dirimente para fijar la cuantía de los daños e indemnizaciones cuando fuere requerido por el perjudicado o el asegurador.
- b). Fomentar la creación de medios de asistencia para las víctimas de la circulación

### TITULO IV

#### ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL

#### CAPITULO PRIMERO

##### *De las diligencias preparatorias y del ejercicio judicial de la acción ejecutiva*

Art. 52. La acción conferida en el artículo 47 a la víctima o sus herederos contra el asegurador se ejercitará en la forma establecida en este título.

Art. 53. Ocurrido un hecho de los que dan lugar a responsabilidad civil cubierta por el seguro obligatorio, el perjudicado, para exigir al asegurador la reparación del daño e indemnización de perjuicios en vía civil, deberá:

Primero. Declarar ante la Autoridad judicial que instruye las diligencias preparatorias, e inmediatamente después de ocurrido el hecho, las circunstancias del mismo, identificando a las personas lesionadas, los objetos dañados, el vehículo y conductor que han intervenido en la producción del hecho, así como el asegurador de los mismos.

Segundo. Si no hubiere intervención judicial o no pudiera el perjudicado prestar en el acto la declaración, la hará tan pronto le sea posible ante el mismo Juez o, en su defecto, ante el Juez municipal, comarcal o de Paz o Notario Público de su domicilio, residencia o paradero.

Art. 54. Una certificación de la declaración o, en su caso, una copia autorizada de la misma, acompañada de la valoración de los daños emitida por un Perito, será presentada al asegurador, quien, en el plazo de tres días, con facultad de intervención de su Perito, abonará la cantidad que ambos Peritos fijen de común acuerdo.

De no mediar acuerdo, o de no conformarse con la cantidad fijada el asegurador o el perjudicado, podrán solicitar del Fondo de Garantía la designación de un tercer Perito que en plazo de ocho días fije la cantidad en que valore los daños y perjuicios.

Art. 55. Cuando el Perito designado por el Fondo de Garantía no valore los daños en el plazo señalado, se estará, en cuanto al nombramiento, a lo dispuesto en los artículos 611 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Perito o Peritos serán dirimientes sobre la cuantía del daño y de los perjuicios sufridos. Será Juez competente para el nombramiento de Perito o Peritos el Municipal o Comarcal del domicilio de la Entidad aseguradora o de cualquiera de sus Agencias o Subagencias.

Art. 56. El asegurador, o el Fondo de Garantía en su caso, vendrá obligado a satisfacer la indemnización fijada por los Peritos hasta el límite del seguro obligatorio dentro de los diez días siguientes de su fijación.

La decisión de los Peritos será título ejecutivo si fuere dado ante Notario, y si no lo fuere, previo reconocimiento y confesión judicial de los Peritos, de sus firmas y de la verdad del documento.

Art. 57. La demanda ejecutiva, a la que se acompañará copia certificada de las actuaciones, a que se refiere el artículo 53, y de la decisión de los Peritos en la forma señalada en el artículo anterior, se dirigirá contra el asegurador, quien podrá oponer, además de los motivos de los artículos 1.464 y 1.467 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los señalados en el apartado c) del artículo 44 de esta Ley.

Art. 58. Al despachar la ejecución según las reglas contenidas en los artículos 1.440 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez, si no estuviera acordada con anterioridad, podrá fijar la pensión provisional a que se refiere el apartado d) del artículo 25 de esta Ley. La interposición de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Civil autoriza no suspende la prestación de la pensión.

Art. 59. Los gastos que ocasione la tasación pericial serán incluidos como daños y perjuicios, a no ser que hubiere exageración manifiesta del daño por parte del perjudicado, en cuyo caso serán de su cuenta. Se considerará que existe exageración manifiesta cuando lo por él reclamado exceda de un 25 por 100 de lo fijado por los Peritos dirimientes.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera. El Código Penal será supletorio de las disposiciones contenidas en el título primero y las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, preferentemente en cuanto a la primera las normas sobre procedimiento de urgencia lo serán, respectivamente, de los títulos II y IV.

Segunda. Se autoriza al Gobierno para que en el plazo de cuatro meses, contados a partir de la publicación de esta Ley, establezca la regulación del Seguro Obligatorio y del Fondo de Garantía; dicte las disposiciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil del Estado y de las Corporaciones Locales por los vehículos de su propiedad, y adopte, en general, las medidas precisas para el desarrollo de la presente Ley.

Tercera. El Código de la Circulación será adecuado a la presente Ley en lo que se refiere al tiempo de privación del permiso de conducir.

Cuarta. Se derogan la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor y el artículo 565 del Código Penal en cuanto se refiera a las infracciones cometidas con vehículos de motor y a la sanción de privación del permiso para conducir.

Quinta. La presente Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## Del intrusismo

(S. 10 de febrero de 1961)

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 Sentencia del Tribunal «a quo».—3.º Impugnación de la Sentencia.—4.º Exposición crítica de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del T. S.: a) Caracteres asignados a la usurpación de funciones; b) Diferencia con la falta.—5.º Fundamento de la absolución.

### 1.º *Relación de «hechos probados».*

Que el procesado R. P. S., mayor de edad, de deficiente conducta y ejecutoriamente condenado con anterioridad, en sentencia de 21 de agosto de 1953 por aborto frustrado, a tres meses de arresto mayor y multa de 2.500 pesetas, y en sentencia de 23 de enero de 1956, dictada por la Jurisdicción militar, por abusos deshonestos, a tres meses de arresto mayor y 2.000 pesetas de multa, durante los últimos del año 1957 y primeros de 1958, se dedicó a ejercer la profesión de médico sin tener título que lo habilitase, en la ciudad de C. estableciendo su consulta en la calle de L., núm. ..., en donde recibía a los enfermos, los que reconocía y luego recetaba en hojas sin membrete diversos medicamentos, percibiendo cantidades que oscilaban entre 15 y 25 pesetas por enfermo siendo conocido por el público con el nombre de médico de Banca, y el día 12 de abril de 1958, fue sorprendido por la Policía de C. cuando realizaba tales actividades, que le intervinieron 800 pesetas, producto de lo recaudado ese día.

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

Se estimó por la Audiencia provincial competente que los hechos, acabados de relatar, eran constitutivos de un delito de usurpación de funciones, previsto y sancionado en el artículo 321 del Código penal vigente, siendo el procesado castigado como autor del mismo, con la agravante catorce del artículo 10 de idéntico texto penal.

### 3.º *Impugnación de la Sentencia.*

Se estimó por el condenado que se había infringido el artículo 321 del Código penal por cuanto se hacía constar en la sentencia que se recetaba en hojas sin membrete, lo que indica que no se atribuía la cualidad de médico.

4.º *Exposición crítica de la sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

El más alto Tribunal de Justicia penal estimó en un solo «considerando» lo que sigue:

«Que el signo diferencial entre el delito de usurpación de funciones del artículo 321 y la falta contra el orden público del 572, ambos del Código penal, no estriba en la realización material de las actividades profesionales ilegítimas, médicas en el presente caso, que es presupuesto de ambas infracciones, sino de atribuirse o no para ello cualidad facultativa de la que se careciere, que es el segundo elemento constitutivo del delito tipificado en el artículo 321. incluido en el título tercero dedicado a las falsedades, lo que indica bien a las claras que el objeto y valor jurídico primordialmente es la verdad formal de los títulos profesionales y el engaño que su mutación puede ocasionar, no tanto en la salud de los eventuales pacientes como en la seguridad del tráfico jurídico, el igual que las demás figuras falsarias y comoquiera que en la relación de hechos probados no se describe otra conducta en el procesado recurrente que la del ejercicio de las actividades médicas ilícitas, por la carencia del oportuno título, sin que se mencionen las ideologías de falsa atribución de éste, precisa para que se complete el delito falsario, y que no es dable sustituir por hipótesis o sospechas más o menos vehementes, tales como la publicidad de los tratamientos y que se conociere al procesado entre el público con el nombre de médico de B., pues aún siendo así entra dentro de lo posible que los clientes que acudían a requerir sus servicios lo hicieran con conocimiento de causa, es decir, a sabiendas de tratarse de un curandero y no de un médico, sin ser, pues, engañados por mutación de verdad alguna, es de estimar el único motivo del recurso de casación interpuesto por el procesado.»

a) *Caracteres asignados a la usurpación de funciones.*

La simple explicación del anterior «considerando» nos suministra, de buenas a primeras, el entendimiento de la figura penal, prevista en el artículo 321 del Código penal vigente. La conducta típica requiere, por tanto, a tenor de esta Sentencia: a) Actos materiales de actividades profesionales; b) Atribuirse cualidad facultativa. Y, sobre todo, se da como objetividad jurídica infringida el mudamiento de la verdad, que se dijera de antiguo, por cuanto su inscripción dentro del Título III la confiere parentesco con las falsedades, todavía mejor, «que el objeto de valor jurídico primordialmente es la verdad formal de los títulos profesionales y el engaño que su mutación puede ocasionar». En una palabra, se llega a la conclusión que el artículo 321 tiene su *ratio* incriminativa en la punición de la falsedad.

Ahora bien, no se olvide ni por un momento que la protección dispensada al tráfico jurídico, alterado por el engaño que entraña el ejercicio de una profesión da lugar a una relación punitiva entre el infractor y el Estado. La dispensa penal, por tanto, se otorga, en gracia a una función que compete al Estado, único que da el título de «profesor» —con la excepción reciente, de todos conocida— y el engaño incidente, pues, se ejercita la condición de «pro-

fesor» sin serlo, con lo que no sólo se quebranta la facultad que compete al Estado de conferir títulos, sino que al ejercer públicamente tamaña tarea pre-gona a las claras su ánimo falsario y *secundariamente* SITUA EN TRAN-CE de peligro a los pacientes.

La simple lectura del texto del artículo 321 señala, desde el plano objetivo, dos condiciones indeclinables, las cuales bastan para configurar penalmente el comportamiento típico, que son, dígame lo que se quiera, estas:

1.ª Atribuirse la cualidad de profesor, en una palabra, realizar una mutación ideológica, haciéndose pasar por lo que no es, en una palabra. He aquí la falsedad, mejor aún, el engaño con lo que se emparenta con el título genérico de la falsedad.

2.ª No basta con la simple y falsa investidura de «profesor», cosa de suyo criticable, ya que con ello se altera la esencia de la falsedad, exigiendo un segundo requisito objetivo, por cuyo sendero se escapa la tipificación de buena parte de las conductas de intrusismo, consistente en que «ejerciere públicamente actos propios de una Facultad que no se puedan ejercer sin título oficial». El precepto en cuestión es por demás desafortunado.

Con esta segunda condición el legislador ha querido, a nuestro entender, añadir la patencia del *animus* y, en cierto modo, el peligro que supone o la falta de garantía de una actividad sin el marchamo oficial correspondiente.

Ahora bien, una vez descritos los ingredientes objetivos del tipo del artículo 321, en los cuales a la vez se aloja implícitamente la actitud subjetiva o psíquica, nos queda por ver, sin necesidad de traer a esta reflexión los comentaristas al respecto, de si efectivamente se describen en los «hechos probados» un relato típico, conforme al artículo 321 o, por el contrario, la relación circunstanciada es atípica. Y de antemano, con los debidos respetos, nos inclinamos por la conformación típica, por cuanto el resultado de hechos probados nos declara lo siguiente:

a') Unos antecedentes penales que presuntivamente reviste indudable valor, sin quebrantar, claro está, el dogma de hecho, en punto a la modelación del *animus* del sujeto, es decir, en la construcción de la culpabilidad, sobre todo, en cuanto flaquee la prueba o penetre la duda en punto a la arquitectura del *dolus* directo, exigido en el artículo 321.

b') Que estableció consulta en calle conocida y era visitado por enfermos.

c') Los reconocía y a mayor abundamiento «recetaba en hojas sin membrete diversos medicamentos».

d) Que percibía «cantidades que oscilaban entre 15 a 25 pesetas por enfermo».

e) Y como punto final: «Siendo conocido por el público con el nombre de médico de Banca»... y el día 12 de abril de 1958 fué sorprendido por la Policía de C. cuando realizaba tales actividades.»

La pura descripción de los pasajes transcritos nos llevan como de la mano al artículo 321, puesto que se cumplen típicamente las exigencias, tanto de orden objetivo cuanto subjetivo para manipular al amparo del precepto precitado, puesto que, a nuestro modesto entender, la atribución de la cualidad de profesor adquiere un alto grado de certeza, desde punto y hora

que no sólo ejercita públicamente una actividad ilegal *penalmente*, no —médicamente—, sino que hasta era conocido como médico, sin que para nada entre en liza el consenso de los pacientes, ni la ausencia de peligro, elementos extraños al núcleo del tipo, del artículo 321, como acertadamente se expone por los comentaristas, entre los que destaca el profesor Quintano Ripollés.

La moderación de la culpabilidad, en su específica concreción de la forma dolosa requerida por la falsedad salta la vista con sólo recordar los pasajes traídos a reflexión.

b) *Diferenciación con la falta.*

Se dijo por nuestro colega claustral, Quintano Ripollés que «el intrusismo sin publicidad ni expresa atribución de título no es en Derecho español delito, sino únicamente constitutivo de la falta del artículo 572, no siendo delito ni falta la mera ficción profesional sin actos propios de ella», en tanto que en el fallo presente se aduce con criterio común, mejor aún, presupuesto del delito y de la falta la «realización material de las actividades profesionales ilegítimas», con lo que dicho se está que la sola diferencia —amén de la condición de delito— radica, sin más, en la publicidad, puesto que la lectura del artículo 572 nos ordena a las claras cómo concurre igualmente —lo mismo que en el delito— la exigencia de ejercer sin título actos de una profesión. Una vez materializada la lectura de ambos preceptos —el delito y la falta— se observa la más acentuada *objetivamente* distinción entrambas, que no ha sido entrevista ni en el comentario citado ni tampoco en la sentencia actual, ubicada en que se pune, en el 321 el ejercicio de una cualidad para la que se demanda título facultativo, en tanto que en la falta, sólo recae el acento protegido en desplegar una actividad sin título profesional. Más amplia, pues, la segunda que la primera, debido a su superior rango punitivo.

5.º *Fundamento de la absolución.*

Se razona para la exculpación del proceder del recurrente del modo que sigue: «Que los hechos declarados probados no integran el delito de usurpación de funciones del artículo 321 del Código penal, por faltar el elemento ideológico de atribuirse falsamente al procesado la cualidad propia del título facultativo y al ser así y limitarse a la materialidad del ejercicio profesional pudo haberse perpetrado la correlativa falta del artículo 572, que no requiere otro requisito que el objetivo material de la actividad ilícita.»



A).

## Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1961

Fernando ALAMILLO CANILLAS  
De la Carrera Fiscal

### CODIGO PENAL DE 1944

1. Art. 1.º *Delito*.—Para la existencia del delito es precisa la intención de vulnerar alguna norma de carácter penal, la voluntad de delinquir, que permite estimar como dolosa la conducta del presunto culpable (S. 18 marzo 1961).

Al ser el elemento intencional del acto antijurídico lo que le tipifica dentro del orden penal, a él debe aplicarse la sanción establecida en la Ley, prescindiendo de cualquier otra modalidad delictiva de menor graduación que el acto pudiera ofrecer; por lo que si para impedir a una persona que realice obras en el patio de su casa se penetra en él violentando la resistencia que opone el dueño, se comete el delito de coacción, pero no el de allanamiento de morada (S. 24 enero 1961).

Aunque el procesado, Recaudador de Contribuciones, incurrió en determinadas irregularidades y extralimitaciones, como el móvil que a ello le indujo no fue otro que el de poner orden en el confusionismo que existía en torno a la delimitación de los obligados al pago de los descubiertos, demostrando un laudable celo en el cumplimiento del deber, no puede apreciarse una voluntad maliciosa de falsear, y al faltar el dolo no puede hablarse de existencia de delito (S. 3 febrero 1961).

Si los procesados entraron en un local de Oficinas y forzando los cajones de varias mesas se llevaron cantidades pertenecientes a dos personas, las circunstancias de lugar, forma y tiempo en que los hechos se realizaron fueron únicas y con un mismo fin, lo que constituye a los hechos en una sola infracción, siendo accidental que las cosas pertenecieran a distintas personas (S. 12 enero 1961).

La especificación de las fechas y cantidades de cada uno de los cheques en que fue imitada la firma del perjudicado, da lugar a tantos delitos completos como actos realizados, no pudiéndose considerar como un sólo delito de falsificación y otro de estafa (S. 12 abril 1961).

2. *Delito continuado*.—La teoría del delito continuado descansa necesariamente en dos realidades objetivas: identidad del bien jurídico lesionado e imposibilidad de fraccionar la actividad en períodos determinados con resultados concretos cada uno (S. 23 enero 1961).

Para que pueda tener aplicación la construcción jurídica del delito continuado se precisan unidad de acción, unidad de propósito y unidad de pre-

cepto penal violado, más también unidad de sujeto pasivo y absoluta imposibilidad de separar y diferenciar cada una de las infracciones (S. 15 febrero 1961).

A la figura jurídica del delito continuado, creada por la doctrina y jurisprudencia de esta Sala, solamente hay que acudir para sancionar aquellos hechos cometidos por un mismo culpable en diferentes ocasiones no determinadas, sin que se hayan podido precisar las fechas de cada uno de los hechos, ni el perjuicio o daño que se haya causado con ellos al mismo sujeto pasivo, pero no cuando se declaran probadas las distintas ocasiones, con sus circunstancias, en cuyo caso hay tantos delitos como hechos (S. 22 febrero 1961).

3. *Relación de causalidad.*—Si la muerte de la lesionada en un accidente se produjo a consecuencia de una enfermedad sérica consecutiva al empleo de suero antitetánico, debe afirmarse la relación de causalidad entre la imprudencia y la muerte, pues no puede considerarse como tercera persona al médico que practica la cura que considera oportuna a un lesionado salvo que se hubiera acreditado el error científico (S. 17 enero 1961).

4. *Voluntariedad.*—Para que pueda estimarse infringido el artículo 1.º del Código penal es preciso que se acredite de modo indudable que la acción u omisión no fue voluntaria, pues la presunción del párrafo 2.º del mismo artículo sólo cede ante hechos plenamente probados que la contradigan, prueba que incumbe al acusado (S. 24 marzo 1961).

No constando en los supuestos de hecho nada en contrario hay que presumir la intención dolosa del agente (S. 13 enero 1961).

5. Art. 3.º *Consumación.*—El art. 3.º del Código penal, al describir las formas imperfectas del delito, refiere las construcciones jurídicas a momentos del mismo, no a etapas de realización de la intención del delincuente, sólo aludida en relación al desistimiento; por eso, si los actos reales e intencionales llegan a culminar en un delito, según su tipicidad, poco importa que la intención hubiera apetecido mayores resultados dentro del mismo demarcado (S. 17 abril 1961).

6. Art. 4.º *Proposición.*—El párrafo 2.º del art. 4.º, en relación con los artículos 52 y 56, contemplan la incitación de una persona, que ha resuelto cometer un delito, hacen a otra para que lo ejecute, pero no la actividad del que ejecuta el delito, que es autor material del mismo (S. 27 abril 1961).

7. Art. 8.º, núm. 7.º *Estado de necesidad.*—A los efectos del delito de malversación no puede tenerse en cuenta la valoración de los fines administrativos con arreglo al personal criterio del funcionario, porque ello equivaldría a la entronización de la anarquía en la administración pública, en la que debe prevalecer el respeto escrupuloso a las normas sobre disposición de fondos y guarda de la verdad, sobre el mero retraso de una obra pública que el Estado y sus Organismos Centrales sabrán cuándo debe realizarse (S. 17 enero 1961).

8. Art. 8.º, núm. 11. *Ejercicio legítimo de profesiones.*—Es de todo punto inaceptable que el ejercicio legítimo de una profesión permita toda libertad de expresión en menoscabo del prestigio, consideración y respeto que mere-

con las Autoridades o Entidades ante quienes se comparece (S. 13 enero 1961).

Para que pueda apreciarse esta circunstancia es preciso que el ejercicio del deber requiera la necesidad imprescindible de emplear medios tan violentos como son los que pueden producir la muerte de una persona, aunque sea con el fin de mantener el principio de autoridad, pues el ejercicio de sus funciones no autoriza a los agentes de la autoridad a hacer uso de la fuerza más que en el caso extremo de ser acometidos y no hallar otro medio de cumplir su misión (S. 16 marzo 1961).

9. Art. 8.º, núm. 12. *Obediencia debida*.—Un empleado de una Empresa particular obligado por ella a realizar un tendido eléctrico deficiente no puede invocar la obediencia debida (S. 8 febrero 1961).

10. Art. 9.º, núm. 2.º *Embriaguez*.—No hay incompatibilidad entre el ánimo injuriandi y la embriaguez; y caer con frecuencia en estado de embriaguez significa no una momentánea pérdida de facultades por causa disculpable, sino una persistente conducta antisocial que impide aplicar la atenuante (S. 2 febrero 1961).

11. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato y obcecación*.—La atenuante 8.ª, en relación con el sujeto activo del delito aparece con una doble motivación; de un lado lo externo, lo objetivo, los estímulos poderosos, causa desencadenante, y de otro lo subjetivo, o sea, la ofuscación originada por aquellos que es la que realmente debe valorarse y preponderar. Concurriendo en favor de la mujer soltera que, movida por el laudable y legítimo fin de legalizar por el matrimonio las ya ilícitas relaciones amorosas, no halló ante sus propuestas y convenciones más que evasivas y el grosero intento de reanudación inmediata de los carnales tratos, que hiriendo sus más caros sentimientos motivó adecuadamente la ofuscada reacción lesiva (S. 9 febrero 1961).

Para la atenuante de arrebato y obcecación es fútil motivo el lloro de un niño de siete años (S. 10 marzo 1961).

Si el estímulo inmediato fue la propia irritabilidad pasional del agente, cultivada y con origen en zonas de bajo estímulo, no puede servir de soporte a la atenuante (S. 7 abril 1961).

12. Art. 9.º, núm. 9.º *Arrepentimiento espontáneo*.—La circunstancia 9.ª del artículo 9.º no ostenta un cariz estrictamente objetivo que obligue a su aplicación por el mero hecho de presentarse el culpable a la Autoridad, por lo que no concurre si consta que la resolución de presentarse fue acordada tras una meditado conciliábulo familiar con un calculado propósito de obtener en su día posibles beneficios (S. 25 enero 1961).

La atenuante descansa en una actividad del culpable anterior a la apertura del procedimiento judicial, por lo que no puede apreciarse en quien realiza la restitución estando ya señalado el juicio oral (S. 11 febrero 1961).

13. Art. 10, núm. 8.º *Abuso de superioridad*.—Está bien aplicada la agravante si la víctima fue agredida por tres personas armadas de palos, una de ellas también con cuchillo, mientras ella estaba inerme y no sólo así, sino sujeta cuando sufrió la agresión (S. 7 abril 1961).

Estuvo bien aplicada la agravante si se tuvo en cuenta la fuerte comple-

xión del acusado, el estado de enfermedad del interfecto y la coincidencia de encontrarse en el momento de la agresión dormida la víctima (S. 24 abril 1961).

14. Art. 10, núm. 9.º. *Abuso de confianza*.—Para apreciar la circunstancia agravante del abuso de confianza basta que el culpable se aproveche de la situación que proporcione la misma para realizar con mayores facilidades y seguridad de éxito el hecho punible, por lo que está bien apreciada en la sirviente que así lo hizo, a pesar de la brevedad de su estancia en la casa (S. 11 marzo 1961).

Concurre la agravante si para realizar el delito de abusos deshonestos sobre una menor de doce años que prevaleció el culpable de la ascendencia y facilidades que sobre las alumnas le daba su cargo de Profesor del Colegio, sin que pueda ir embebida en el núm. 1.º del art. 429 en relación con el 430 (S. 19 enero 1961).

Esta agravante no es aplicable cuando el delito de hurto lo comete persona con vínculo laboral respecto del perjudicado, en cuyo caso es de correcta aplicación el núm. 2.º del art. 516 (S. 21 abril 1961).

15. Art. 10, núm. 14. *Reiteración*.—Aun dando por sentado que en el aspecto temporal son de igual magnitud las penas de prisión y presidio, en la escala de gravedades de la regla 1.ª del art. 70 figura la de presidio menor en un rango superior a la de prisión, por lo que no puede apreciarse la agravante (S. 23 febrero 1961).

16. Art. 10, núm. 15. *Reincidencia*.—La naturaleza jurídica de la agravante de reincidencia del núm. 15 del art. 10, exige que las condenas anteriores sean por delitos comprendidos en el mismo título del Código penal común y no en leyes especiales o en otros Códigos, aunque sean de la misma naturaleza y tengan igual o análoga denominación (S. 28 enero 1961).

Si para la apreciación de la reiteración es preciso que conste la pena impuesta en la anterior sentencia no ocurre así cuando se trata de la reincidencia, donde es suficiente que el delito por el que estaba condenado esté comprendido en el mismo título de Código penal (S. 4 febrero 1961).

17. Art. 14. *Autoría*.—El Consejo del recurrente a la otra procesada, que ésta aceptó de que le fuese provocado el aborto, constituye la provocación eficaz seguida de la realización del delito a que se incitó, que obliga a castigar al recurrente como autor por inducción (S. 12 enero 1961).

Limitada la actuación de uno de los procesados a presentar persona que pasase un reconocimiento médico en lugar de otra, para obtener certificación de sanidad, es autor del delito basado en ese documento, pero no de los que consisten en la obtención de otros documentos por los otros procesados (S. 10 febrero 1961).

La no participación material del procesado recurrente en la ficción de la presunta propiedad de las monedas, limitándose a un papel aparentemente secundario, no impide la calificación de autoría, dado el común acuerdo entre todos los partícipes para montar el artilugio defraudatorio (S. 21 marzo 1961).

Aunque no realizó la recurrente el acto mismo material determinante de:

la muerte, actuó en términos de una directa autoría, pues si hubo acuerdo entre los protagonistas del hecho y aunaron sus voluntades en aras del mismo propósito, quedó establecido entre ellos un vínculo de solidaridad que los hace responsables en el mismo grado, cualquiera que haya sido la actuación personal desarrollada y su eficacia, directa autoría que envuelve también las formas de parcial participación a que aluden los apartados 2.º y 3.º del art. 14 (S. 7 abril 1961).

18. Art. 16. *Complicidad*.—Si bien la mera presencia de una persona en la comisión de un delito por parte de otra no es elemento bastante para integrar por sí misma la complicidad del art. 16 del Código, no ocurre así cuando la conducta rebasó la mera pasividad realizándose una actividad aparentemente pasiva, pero de tal eficacia que lo que pudiera discutirse es si merecería la más grave calificación de coautoría (S. 28 febrero 1961).

19. Art. 19. *Responsabilidad civil*.—Al no ser el recurrente responsable de los dos delitos que han motivado la responsabilidad civil, no puede extenderse la misma a él (S. 17 marzo 1961).

20. Art. 21. *Responsabilidad civil subsidiaria*.—En términos generales la delincuencia patrimonial del autor de un hecho no engendra responsabilidad civil subsidiaria del Jefe del mismo, salvo el caso excepcional previsto por el art. 21 del Código represivo, porque la realización de funciones o servicios en el desempeño de un contrato de comisión o agencia, dado que la Ley habla de contratos no torpes, excluye lo ilícito, pues, de otro modo, si se tratase de pactos que indujeran u obligaran a la realización de delitos habría participación criminal dolosa (S. 25 febrero 1961).

21. Art. 22. *Responsabilidad civil subsidiaria*.—Tanto en el art. 21 como en el 22, al estipularse la exigencia de responsabilidades civiles subsidiarias, no se perfilan éstas en una mera perspectiva real de propiedad de las cosas mediante las cuales se perpetran los delitos, sino en atención a consideraciones que presuponen una relación de empleo o dependencia y una ocasión de desempeño de obligaciones o servicios (S. 29 abril 1961).

Para que pueda exigirse la responsabilidad civil subsidiaria a que se refiere el artículo 22 del Código penal es indispensable que concurren dos requisitos: Primero, que el responsable criminal del hecho tenga una relación de subordinación o dependencia con la persona o entidad a quien se trata de exigir la responsabilidad subsidiaria y segundo, que el culpable haya cometido el delito en el desempeño de sus obligaciones o servicios. (S. 24 marzo 1961.)

El art. 22 del Código penal requiere para que la responsabilidad civil subsidiaria recaiga sobre la empresa, que el acto ilícito dimane del exacto cumplimiento de las obligaciones o servicios encomendados al autor del hecho delictivo, por lo que no existe si el incendio se produjo por el acto imprudente de fumar el obrero, que no constituye obligación ni prestación de servicio alguno para el patrón (S. 20 marzo 1961).

La responsabilidad civil subsidiaria que regula el art. 22 del Código no surge automáticamente por la existencia de una relación laboral entre el reo y su patrón, sino que es menester acreditar que el delito ha tenido lugar

en ocasión del desempeño de las obligaciones o servicios del dependiente (S. 11 marzo 1961).

Toda discusión relativa a la responsabilidad civil por virtud de un contrato de seguros concluido entre una Compañía y el responsable civil condenado en la sentencia queda fuera de la órbita penal (S. 31 enero 1961).

Semejante doctrina en las sentencias de 30 de enero, 23 de febrero, 2 de marzo y 21 de marzo de 1961.

22. Art. 70. *Determinación de la pena.*—Todo el artículo 70 del Código penal se refiere al caso de penas impuestas por diversas infracciones, o sea, que se contemplan pluralidad de delitos cometidos por una sola persona y carece de aplicación cuando se trata de un solo delito al que la Ley señala dos penas conjuntas, en cuyo caso hay que imponer cada una de ellas en la medida marcada en el texto con entera independencia, sin que la duración de la una pueda influir en la extensión de la otra (S. 27 abril 1961).

23. Art. 76. *Determinación de la pena.*—El libre arbitrio de los juzgadores para fijar la cuantía de la penalidad en la aplicación de las penas divisibles tiene que ceñirse necesariamente al criterio normativo impuesto por el precepto que regula la imposición de la pena, y tratándose de la de multa impuesta en función del daño ocasionado es obligado tener en cuenta el art. 76 del Código penal (S. 8 marzo 1961).

24. Art. 101. *Responsabilidad civil.*—La responsabilidad civil por consecuencia de delito no tiene, según el art. 19 del Código penal, más vía de ingreso en la condena penal que la directa derivación del delito, o bien por principal afección o por la subsidiaria en determinados casos de suplencia del responsable principal; y aun dentro de esta accesoriedad de la responsabilidad civil a la penal, aquella no tiene otro posible acceso que el abierto por el art. 101 del Código penal, o sea, por la restitución, la reparación y la indemnización, siendo la primera la única que puede afectar a terceros ajenos a la previa declaración de responsabilidad civil consecutiva, siguiendo el artículo 102 el criterio material clásico, de la reindicación de la misma cosa (S. 29 marzo 1961).

25. Art. 103. *Responsabilidad civil.*—No cabe olvidar que la valoración de las indemnizaciones civiles y la fijación de sus cuantías es materia de la exclusiva determinación de la Sala sentenciadora (S. 21 febrero 1961).

26. Art. 104. *Responsabilidad civil.*—Siendo la cuestión a resolver la de si los herederos del interfecto pueden recibir, además de los beneficios que les concede la legislación laboral derivados del contrato de seguros de accidentes del trabajo, la cantidad fijada en la sentencia como indemnización de perjuicios, si se contemplan por separado la causa material del daño y la jurídica, se llega a la conclusión de que el pago de la suma asegurada no es propiamente una indemnización concedida con razón del delito, sino el legítimo y debido cumplimiento de la contraprestación a que está obligado el asegurador, es decir, que no hay causación jurídica de daño al asegurador aunque efectivamente la haya material, por lo que se puede conceder a los herederos de la víctima la cantidad discutida sin que por ello hubiera dualidad de indemnizaciones, ni menos enriquecimiento injusto, porque ambas

percepciones responden a una causa motivadora distinta (S. 23 febrero 1961). Igual doctrina sienta la sentencia de 30 enero 1961).

27. Art. 231, núm. 2.º. *Atentado*.—Nuestra ley castiga el atentado cuando el agente se halla ejerciendo las funciones de su cargo, por lo que es inútil toda discusión sobre el momento, desarrollo y finalidad de los actos oficiales anteriores (S. 6 marzo 1961).

28. Art. 237. *Desobediencia*.—Actuando el veterinario en sus funciones de Inspector Municipal no puede considerársele autoridad, sino Agente de la misma, aunque al mismo tiempo sea Juez de Paz (S. 25 febrero 1961).

Si no resulta que por parte del encausado se haya formalizado abierta oposición o resistencia pasiva a indicaciones del Gobernador Civil, ni que por éste se le haya ordenado algo que estuviere en el ámbito de sus atribuciones y que por el acusado no haya sido acatado dicho mandato, y que esta supuesta falta de acatamiento haya redundado en notorio desprestigio de principio de autoridad, no resulta infringido el art. 237 del Código penal. El Reglamento de 12 de marzo de 1954 sobre verificaciones eléctricas, hace obligatorio el suministro de energía eléctrica, pero su incumplimiento no da lugar a una infracción punible, sino a la adopción de medidas sancionadoras, siéndolo tan sólo por la función (S. 30 enero 1961).

29. Art. 240. *Injurias a funcionario público*.—La tesis según la que serían incompatibles los delitos de resistencia y de injurias es de por sí atrevida en su generalidad e inadmisibles en el presente caso en que se deslindan perfectamente los momentos sucesivos del hecho. Pero, en cambio, es correcto afirmar que la autoridad pierde automáticamente su cualidad a los efectos de protección privilegiada al obrar al margen de la ley o con abuso notorio de su cometido, pues no es propio de un estado de derecho otorgar a persona alguna carácter autoritario indeleble en plano de privilegio personal, siéndolo tan sólo por la función (S. 30 enero 1961).

30. Art. 244. *Desacato*.—El decir en un escrito dirigido a la Inspección Central de Tribunales, refiriéndose a un Juez de 1.ª Instancia, que atropelló los derechos del litigante y que lo que pretendía era robarle, implica la más grave imputación que puede hacer a un Juez, sin que pueda justificarse con un supuesto *animus defendendi*, que no cabe, pues no es la Inspección centro en que los derechos de los particulares puedan atenderse (S. 1 febrero 1961).

La imputación de ser un pluridelincuente hecha en carta dirigida al señor Ministro del ramo con relación al Instructor del expediente seguido al procesado, integra las injurias a la Autoridad definidas como delito en el artículo 244 del Código penal; mas no así los dos escritos dirigidos al Consejo Superior de Protección de Menores en que se interesa se pase tanto de culpa a la Jurisdicción competente, pues estos constituyen ejercicio del derecho de denuncia que conceden el artículo 264 de la Ley procesal penal y el artículo 1.º de la Ley número 92 de 1960 que regula el derecho de petición (S. 14 marzo 1961.)

31. Art. 243. *Desórdenes públicos*. La gravedad de la perturbación de la Audiencia de un Tribunal resulta no sólo de que se oyesen gritos, sino de que el Magistrado de Trabajo interrumpiese el acto que celebraba y hubiese

de salir al pasillo para poner término al incidente, pues la audiencia de un Tribunal no es sólo el momento de la vista de un proceso, sino el período de su actuación y el lugar donde ha de mantenerse el orden es la totalidad del edificio donde se realiza la función de administrar justicia. (S. 3 de enero 1961.)

32. Art. 302. *Falsedad*.—En la confección de documentos oficiales para hacer constar hechos en virtud de manifestaciones de los interesados, hay que distinguir la parte puramente formal del que lo redacta y la material o contenido que se facilita por la persona interesada que será autor de los errores o inexactitudes que contenga el documento por lo que éste particular que facilita datos falsos queda investido de la cualidad de autor directo del documento. (S. 2 enero 1961.)

El médico que para facilitar al paciente dosis superiores a las normales dé un medicamento estupefaciente, sin obtener carnet de extradosis le entrega recetas extendidas en el recetario oficial con nombres y domicilios imaginarios o de personas reales, pero a las que no iba destinado el medicamento, comete el delito del art. 303 en relación con el núm. 2.º del artículo 302, pues las recetas oficiales para suministro de estupefacientes tienen el carácter de documentos oficiales; pero como las distintas recetas no tenían distinto sujeto pasivo, el activo era siempre el mismo y la finalidad conseguir el tratamiento que consideraba necesario para el enfermo, objetivo que no caracteriza la diferenciación de cada acto, que aisladamente no conseguiría el fin propuesto, integran toda una conjunción necesaria que obliga a considerar la conducta como un solo delito de falsedad (S. 20 abril 1961).

33. Art. 303. *Falsedad*. Para que se dé la figura de falsedad ideológica del núm. 4.º del artículo 302, no basta una mutación de la verdad en cualquier circunstancia ni por cualquier persona, sino precisamente por funcionario público y en documento de igual carácter, pues aunque el art. 303 estipula una extensión personal a particulares, con referencia a los modos comisivos del artículo anterior, sin excepciones expresas, es forzoso exceptuar las que impone la naturaleza material del documento mismo; y las manifestaciones de personas distintas del otorgante, carecen de la feñencia que es la ratio essendi del privilegio otorgado a los documentos públicos (S. 18 enero 1961).

Comete la falsedad ideológica del art. 303 en relación con el núm. 4.º del 302 del Código penal quien con plena conciencia de haberle sido revocados los poderes que tenía comparece ante Notario e invocando inciertamente la condición de apoderado, otorga carta de pago, pues aunque no todas las manifestaciones inveraces ante Notario merezcan la calificación de falsedad, ello dependerá de la trascendencia ulterior probatoria y eficacia jurídica de lo que se diga (S. 24 marzo 1961).

34. Art. 306. *Falsedad*. Si no se justifica el perjuicio de tercero o el ánimo de causárselo, que es elemento esencial para el delito de falsedad en documento privado, no se le puede dar existencia real (S. 3 marzo 1961).

35. Art. 321. *Usurpación de funciones*.—El signo diferencial entre el delito de usurpación de funciones del art. 321 y la falta del art. 572 del Código



penal, no estriba en la realización material de las actividades profesionales ilegítimas, que es presupuesto de ambas infracciones, sino en atribuirse o no para ello cualidad facultativa de la que se carece (S. 10 febrero 1961).

36. Art. 330. *Falso testimonio*.—La construcción doctrinal que ha impuesto que sea la Jurisdicción que intervino en el asunto de origen la que en cada caso abra el camino al proceso penal, mediante deducción del oportuno tanto de culpa para la persecución del delito de falso testimonio, no es tan absoluta como para reputársela inalterable, y esta Sala ha dispensado ese requisito de procedibilidad en situaciones que así lo exigían, como ocurre cuando el falso testimonio del perito se produce en ejecución de sentencia, donde faltaba ya al Tribunal civil ocasión para dictar resolución en la que se abordase el problema de la falsedad de una prueba (S. 8 abril 1961).

37. Art. 338 bis. *Omisión del deber de impedir determinados delitos*.—El marido que conociendo por las manifestaciones de su mujer embarazada su intención de acudir a una comadrona para que destruyera el fruto de su gravidez, le replica que puede hacer lo que quiera, no merece la calificación de cómplice del aborto, pero sí la de autor del delito de este artículo (S. 4 marzo 1961).

38. Art. 391. *Cohecho*.—Tres elementos integran el delito de cohecho definido en el art. 391 del Código penal, es a saber, la entrega de dádivas, ofrecimientos o promesas, que el sujeto sea funcionario público, y que el propósito sea el de corromper a éste para obtener del mismo determinado beneficio (S. 26 enero 1961).

El art. 391 del Código penal, después de la reforma de 1944, no deja lugar para castigar este delito en grado de frustración o tentativa, pues el simple hecho de intentar corromper a un funcionario público consume el delito (S. 15 marzo 1961).

39. Art. 397. *Malversación*.—Las Juntas Administrativas del Regadío, sucesoras de las Comunidades de Regantes de la Ley de Aguas, están incorporadas a las Confederaciones Hidrográficas, dependientes directamente del Ministerio de Obras Públicas, por lo que resulta claro que los fondos de que dispusieron los procesados, Ingenieros en función de sus cargos en ellas, eran públicos, cualquiera que fuese el procedimiento de su recaudación, desde el momento en que ingresaron en el haber de un Organismo público, para el logro de sus fines y por venir sujetos a normas administrativas de contabilidad y formalizaciones, por lo que el empleo de esos fondos para subvenir a otras atenciones del Estado constituye el delito del art. 397 del Código penal (S. 17 enero 1961).

40. Art. 417. *Determinación de la pena*.—La pena de inhabilitación especial que establece este artículo no es pena accesoria, sino principal, por imperio del mismo, con duración de seis años y un día a doce (S. 14 febrero 1961).

41. Art. 420. *Lesiones*.—Si la Sala estimó que constituía deformidad, aun tratándose de varón, la cicatriz que no desaparecerá del todo, correspondiente a la herida que va desde el borde inferior del maxilar inferior izquierdo hasta la región temporo-parietal del mismo lado, afectándole de manera

ostensible el rostro, está bien aplicado el núm. 3.º del art. 420 del Código penal (S. 20 febrero 1961).

42. Art. 430. *Abusos deshonestos*.—Teniendo la ofendida catorce años y padeciendo oligofrenia con déficit mental muy acusado, que la coloca en condiciones de casi nulo asiento psíquico en el que fundar un consentimiento estimable, hay que reputarla privada de razón en grado suficiente para no discernir respecto a su conducta (S. 31 enero 1961).

43. Art. 431. *Escándalo público*.—Es inoperante la falta de publicidad de los actos inmorales constitutivos del delito, cuando la aplicación del número 1.º del art. 431 del Código penal se funda en la trascendencia de la conducta del culpable, que aparece del lugar, sorpresa de la Policía y tiempo en que se realizaron (S. 10 febrero 1961).

44. Art. 434. *Estupro*.—Si no se menciona la doncellez de la víctima del estupro definido en el art. 434 del Código, falta uno de los elementos esenciales de dicho delito, sin que pueda aplicarse la doctrina de que la doncellez se presume, que no puede estimarse en términos tan absolutos, pues la presunción, que es sospechar, juzgar o conjeturar una cosa, supone alguna circunstancia en que apoyarse, cual es en la mayoría de los casos la conducta honesta de la ofendida (S. 14 febrero 1961).

45. Art. 436. *Estupro*.—Aparte de que el párrafo 1.º del artículo 436 del Código no exige expresamente que la menor ofendida sea de acreditada honestidad, como establece en los dos párrafos siguientes, es de tener muy en cuenta que el sentido jurídico de la palabra honestidad hace relación a la moralidad en el orden sexual y ha de presumirse, al igual que la doncellez, siempre que no conste lo contrario (S. 21 febrero 1961).

46. Art. 443. *Denuncia*.—Aunque la actuación represiva por abusos deshonestos se incoase por simple denuncia de un transeunte, el defecto quedó subsanado al formular acusación el Ministerio Fiscal (S. 2 enero 1961).

47. Art. 444. *Estupro*.—Las complejas cuestiones que plantea la fijación de los alimentos a la prole nacida a consecuencia de un delito de estupro deben ser resueltas en vía distinta de la penal, limitándose el Tribunal a declarar la obligación en los términos generales que recoge el núm. 3.º del artículo 444 del Código penal (S. 2 febrero 1961).

48. Art. 449. *Adulterio*.—No puede estimarse consentido expresa o tácitamente por el marido el adulterio si consta que cuando la procesada empezó a llevar una vida de notoria liviandad su marido la recriminó y trató de atraerla a la honesta vida matrimonial sin conseguirlo (S. 9 febrero 1961).

Si los procesados fueron vistos varias veces de noche, juntos, en actitud de realizar el coito o embezándolo a realizar, no hay imprecisión en los hechos constitutivos del adulterio, pues la palabra «como» no significa una apreciación dubitativa, sino una forma del modo o manera en que se encontraban dispuestos uno y otro culpable que se disponían a realizar el hecho por el que han sido condenados (S. 6 marzo 1961).

49. Art. 458. *Injurias*.—La cualidad de eminentemente circunstancial del delito de injurias hay que atribuirse también a la gravedad o levedad de las mismas y de ahí que si bien las frases «hay aquí muchos pendones» y «vamos

a tener que c... en el padre de alguien» son ofensivas, pronunciadas en el calor de una discusión y sin testigos presenciales, carecen de gravedad, pudiendo constituir una simple falta (S. 17 marzo 1961).

50. Art. 459. *Injurias*.—La aplicación del párrafo 1.º del art. 459 sólo procede en el caso de que la injuria grave fuese hecha por escrito y con publicidad, en vínculo copulativo, lo que no ocurre si, de haber existido la publicidad, no puede imputarse al procesado que se limitó a dirigir la carta a su destinatario, sino a una conducta posterior y unilateral de éste que, naturalmente, no puede agravar la responsabilidad del culpable, que ha de serlo siempre por actos propios y no ajenos (S. 17 febrero 1961).

51. Art. 480. *Detención ilegal*.—Si después de yacer con la agraviada, con deliberada voluntad de privarla de libertad e impedir que su estado de decaimiento psíquico y físico fuera conocido por sus familiares, empleó un medio adecuado para conseguirlo, como es el cierre del local con una llave, y consiguió el fin de tenerla privada de libertad durante tres horas, se cometió el delito de detención ilegal (S. 17 enero 1961).

52. Art. 487. *Abandono de familia*.—Si después de condenado por abandono de familia se mantuvo el autor en la conducta desordenada y en la dejación del cumplimiento de los deberes morales y materiales de asistencia que le imponía su condición de esposo y padre, produciéndose, como hechos nuevos el dar lugar a que prosperase un juicio de desahucio sobre el domicilio familiar, y variando la persona de su amante, debe hacerse nuevo uso del artículo 487, incluso en su forma agravatoria del párrafo penúltimo del mismo (S. 27 febrero 1961).

53. Art. 489. *Omisión de socorro*.—El deber de prestar asistencia a quien se encontrase necesitado de auxilio manifiesto se impone destacadamente a quienes ejercen la profesión médica y su omisión por los que forman parte de los Cuerpos de Sanidad Provincial o Municipal puede derivar a veces en punibles infracciones penadas en el art. 489 bis o en el último párrafo del artículo 371 y otras veces en el núm. 2.º del art. 586. Mas como el encuentro a que se refiere el art. 489 bis es natural que se produzca al menos dentro de la localidad donde se hallan médico y enfermo, lo que no ocurre en el presente caso, el hecho enjuiciado de no haber acudido el médico al llamamiento del enfermo, con el que estaba enemistado y había roto el contrato de iguala, es constitutivo simplemente de la falta del art. 586, núm. 2.º (S. 21 enero 1961).

54. Art. 504. *Robo*.—Las palabras fractura de puerta o ventana no pueden entenderse tan limitadas que sólo comprendan las hojas de hierro, madera o material semejante, pues lo que se comprende en el núm. 2.º del artículo 504 es el rompimiento del objeto que impida el libre acceso al local, en el presente caso el candado de la rejilla de la puerta de entrada de una tienda (S. 11 enero 1961).

Si el procesado utilizó una llave propia que él había preparado, es inequívoco que usó una llave falsa a los efectos del delito de robo, sin que tenga influencia en la calificación el hecho de que el autor se hallare ya en el lugar donde perpetró el apoderamiento del numerario (S. 13 abril 1961).

55. Art. 514. *Hurto*.—La calificación de receptor, en lugar de la de coautor debe rechazarse no sólo por el hecho de que mediase previo acuerdo entre todos los partícipes, que ya constituiría por sí serio obstáculo, aunque no insalvable, sino por aparecer de modo inequívoco que la participación del recurrente, además de ser pactada, supuso verdadera actividad principal de provocación que, al ir seguida de ejecución, se transforma en inducción (S. 20 abril 1961).

Tanto el delito de hurto como el de daños exigen una condición de alienación de la cosa dañada o sustraída que, al no probarse, obliga a la absolución del inculpado (S. 1 marzo 1961).

El art. 535 es una modalidad de las defraudaciones de dinámica astuta y no de sustracción y desplazamiento «ab loco» y exige una característica de pasividad en el quedarse con lo recibido mediante el abuso de la cosa entregada por título que no fuese el de la mera tenencia material tan ajena a la disposición como es el transporte; por lo que siendo el procesado un simple «empleado eventual» comisionado para la realización del transporte de la cosa apropiada por cuenta de su principal, comete el hurto con abuso de confianza (S. 20 abril 1961).

56. Art. 519. *Alzamiento de bienes*.—Al disponer los procesados de las fincas que habían afectado a la garantía de un préstamo, si bien no se pudo constituir hipoteca por no estar las fincas previamente inscritas, haciéndose la enajenación a calidad de libre de cargas y gravámenes, no cometieron el delito de estelionato del párrafo 2.º del art. 531 del Código penal, pero como burlaron el crédito contraído con el prestamista incurrieron en el de alzamiento de bienes que no requiere una insolvencia total judicialmente acreditada bastando con la de hecho dimanante del perjuicio real inferido mediante la volatilización de las garantías constituidas (S. 18 enero 1961).

El alzamiento de bienes se manifiesta cuando el deudor dispone de sus bienes haciéndolos desaparecer con el malicioso fin de perjudicar a sus legítimos acreedores mediante su insolvencia, de modo que es preciso la existencia de una deuda real y exigible, lo que no ocurre cuando el contrato está sometido a la decisión de los Tribunales, que hace incierta la obligación (S. 28 enero 1961).

57. Art. 529. *Estafa*.—El comprador que para pago de la mercancía comprada, entrega falazmente un talón de cuenta corriente en un Banco cuando le constaba que carecía de numerario en dicho establecimiento de crédito, por lo que resultó impagado y causó un perjuicio al vendedor, comete el delito del núm. 1.º del art. 529 del Código penal (S. 18 enero 1961).

La inexistencia de los bienes con que se pretendía traficar y la incierta cualidad de Jefe del Ejército con que el procesado se presentó a los presuntos adquirentes son medios engañosos que caracterizan el delito de estafa, aunque el aspecto externo de los hechos fuese el de meros negocios jurídicos de compraventa como suele acaecer en las figuras de estafa (S. 24 enero 1961).

Si el procesado, con evidente intención de lucrarse en perjuicio de una compañía aseguradora, formuló una declaración de siniestros incluyendo en ella, faltando abiertamente y a sabiendas a la verdad, una porción de efectos in-

existentes en el local donde el incendio se produjo, existe el delito de estafa del núm. 1.º del art. 529 en grado de tentativa ya que no logró la obtención del éxito que iba buscando por no haberle sido satisfecha la indemnización pretendida (S. 20 abril 1961).

58. Art. 535. *Apropiación indebida*.—Quien con intención lucrativa y de liberado propósito de perjudicar a una casa comercial adquiere aparatos de radio con pago aplazado a medio de letras de cambio afectadas que habian de pagarse mensualmente, reservándose el vendedor el dominio hasta el total pago del precio, y sin haberse satisfecho más que una pequeña parte, vende la mercancía en perjuicio de su real dueño, incurre en el delito del artículo 535 porque el comprador no había llegado a adquirir la propiedad de la cosa, por lo que le estaba vedada la disposición de la misma (S. 13 febrero 1961).

Para la calificación del delito de apropiación indebida es irrelevante el lucro efectivamente obtenido, pues lo que importa es el valor de la cosa apropiada (S. 23 febrero 1961).

Si el procesado adquirió a plazos unas joyas, pagando de momento solamente 120 pesetas, y firmando letras de cambio por el precio aplazado, obligándose a tener dichas joyas en calidad de depósito hasta su total pago que no efectuó, apropiándose de las mismas con ánimo de lucro y ausentándose de su domicilio, concurren todos los elementos del delito del art. 535 del Código penal (S. 15 abril 1961).

Entre las varias tendencias doctrinales y legislativas para calificar de hurto o apropiación indebida la sustracción realizada en el desempeño del cargo de Cajero-apoderado de un Banco, la doctrina de esta Sala ha recogido la de la posesión, por lo que es de estimar que comete hurto, pues no recibe la cosa para sí, sino para la entidad (S. 27 marzo 1961).

59. Art. 546 bis. *Receptación*.—La condición de habitualidad en la receptación, establecida en el párrafo 3.º del inciso a) del artículo 446 bis del Código, concede al delito plena autonomía en su punibilidad, sin sujetarse a los topes asignados al delito principal. Y esta condición de habitualidad no puede negarse cuando se dan por probadas noventa y ocho operaciones de tráfico ilícito que denotan una permanencia en la conducta delictiva que es lo que en definitiva constituye la habitualidad genérica, sin que sea obstáculo la presunta «de iure» en el artículo 546 bis b) que tipifica más bien una figura de profesionalidad que no agota otras de hábito no específicamente definidas, lo que implicaría un privilegio directo para los no comerciantes, pero habituales. (S. 7 febrero 1961.)

No debe ser confundida en la vida del delito la consumación con el agotamiento, por lo que el procesado que después de la consumación de un hurto interviene en la venta de la sustraído con provecho propio, no es responsable del hurto, sino de la receptación del artículo 546 bis, siendo el signo diferencial entre la receptación y el encubrimiento, precisamente que el provecho sea propio o ajeno, constituyendo aprovechamiento de los efectos del delito su venta, sin precisar en modo alguno que lo sea directamente de la sustancia misma sustraída. (S. 6 marzo 1961.)

El delito de receptación del artículo 546 bis a) se tipifica por el apro-

vehamiento que hace para sí un tercero no participante como autor ni cómplice en la comisión de un delito contra la propiedad, aunque los efectos le fueran entregados con la mera finalidad de su custodia o conservación, porque el delito no surge del ánimo del que lo entrega, sino de la actividad de quien lo recibe, apropiándose de la cosa en todo o en parte. (S. 24 abril 1961.)

60. Art. 563. *Daños.* Si la intención de los procesados al buscar al herido era pegarle y durante la agresión que le causaron daños, al no existir la intención delictiva de causar el detrimento en la propiedad ajena, no procede calificar un delito de daños, aunque sí declarar la responsabilidad civil correspondiente. (S. 30 enero 1961).

61. Art. 565. *Imprudencia. Conceptos generales.*—La esencia de la culpa reposa sobre las previsiones de conductas prudentes y no de las imprudentes ajenas que, al interferirse, rompen el nexo causal (S. 30 enero 1961).

Toda imprudencia punible supone necesariamente un acto realizado sin el cuidado, atención o diligencia que deben ser observados en el momento de la acción, para que ésta no redunde en perjuicio de un interés jurídicamente protegido (S. 10 febrero 1961).

Sólo la conducta imprudente en grado de temeridad tiene de por sí fuerza suficiente para integrar delito, puesto que la simple imprudencia requeriría la adición de infracciones reglamentarias (S. 28 febrero 1961).

El hecho de conducir un automóvil con evidente falta de atención, por ir el conductor bromeando con una mujer que lleva a su lado, es acto de notoria imprudencia, porque aunque la velocidad no sea excesiva, al ir distraído el conductor, no es dueño de los movimientos del vehículo, y éste camina sin el debido gobierno (S. 6 marzo 1961).

Si los hechos probados resulta la diligencia con que abrió el procesado su enfrentamiento con una actuación imprevisible, por antirreglamentaria de la víctima y la adopción de sucesivas medidas que tendían a evitar un encontronazo, no existe el delito de imprudencia de que se la acusa (S. 8 marzo 1961).

No siendo computables los daños causados en cosa propia y ascendiendo los ocasionados a terceros a la cantidad de cuatrocientas pesetas, no pueden calificarse los hechos como delito, sino como simple falta del artículo 600 del Código penal (S. 18 marzo 1961).

62. *Imprudencia temeraria.*—Si el procesado conducía su automóvil a excesiva velocidad en una zona escolar donde reglamentariamente debió disminuirla, con lo que le había sido fácil el dominio del vehículo, determinando ello que atropellase a una anciana que iniciaba el cruce de la calzada, cometió el delito de imprudencia temeraria, sin que, en cambio, por razón de ese exceso de velocidad pueda penársele también por el artículo 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (S. 9 febrero 1961).

El concepto de la temeridad no es cuantitativo, sino cualitativo (S. 8 febrero 1961).

La temeridad en los delitos culposos no es concepto cuantitativo determinable por el número de elementos constitutivos, sino cualitativo, según si

intensidad y trascendencia, habiendo pocas maniobras automovilísticas que revisten tanta gravedad y riesgo como la de desviarse de su mano para tratar de pasar a otro vehículo sin cercionarse de la posible y aún probable presencia de un tercero en dirección contraria, con el que forzosamente había de chocar, sobre todo, tratándose de autocamiones (S. 17 febrero 1961).

El concepto de velocidad excesiva que funda la temeridad es de apreciación de la Sala con arreglo a las circunstancias del caso y no puede fundarse la casación en que no conste la velocidad exacta o aproximada a que el vehículo marchase (S. 23 febrero 1961).

Constando no solamente la excesiva velocidad, sino también los elementos negativos de no prestar la debida diligencia ni adoptar precaución alguna soslayadora del riesgo es evidente que existe la imprudencia temeraria (S. 6 abril 1961).

63. *Imprudencia simple con infracción de reglamentos.*—Las infracciones de tipo administrativo no pueden encuadrarse dentro de la Ley penal mientras no exista un precepto legal que así lo determine o vayan acompañadas de la ejecución de un hecho sin las medidas de precaución o diligencia exigidas por la naturaleza y circunstancias de la acción porque entonces el acto punible es este obrar imprudente, no la infracción reglamentaria, por lo que no existe el delito si el resultado dañoso fue debido a la imprudencia de la víctima que se subió a la plataforma del camión, de la que luego se cayó, no obstante la insistente indicación del conductor del camión (S. 17 enero 1961).

No todo acto antirreglamentario implica necesariamente una imprudencia punible, sino que es preciso que el acto se ejecute con desprecio y olvido de las normas de precaución, previsibilidad o diligencia que sean aconsejadas por las circunstancias del momento, porque sin ello no pasa de una infracción administrativa sancionable fuera de la órbita penal (S. 6 marzo 1961).

Comete el delito del párrafo 2.º del artículo 565 del Código penal el cobrador de un trolebús que, teniendo la obligación de cerrar la puerta de acceso al mismo antes de dar la señal de partida, omite hacerlo, dando lugar a que se caiga y muera un viajero (S. 16 marzo de 1961).

64. *Imprudencia; determinación de la pena.* Si la pena señalada a las lesiones dolosas era la de arresto mayor y multa, que procede degradar según el párrafo 4.º del artículo 565 del Código penal, procede imponer por el arresto una multa de mil pesetas y por la multa de mil a cinco mil pesetas, otra multa de mil pesetas, grado mínimo de la penalidad de delitos que marca el artículo 74 del Código penal. (S. 9 febrero 1961).

65. *Imprudencia; retirada del carnet.*—El párrafo 5.º ordena la imposición de la medida de retirada del permiso de conducir a toda imprudencia cometida con vehículo de motor sin distinción alguna de si está en movimiento o en reposo, siempre que el conductor utilice el vehículo para realizar el acto imprudente. (S. 10 febrero 1961).

66. *Imprudencia profesional.*—Aun existiendo imprudencia temeraria y siendo el conductor profesional, no puede aplicarse el inciso 2.º del párrafo 5.º del artículo 565 del Código si no consta de manera clara que los hechos

habían sucedido a consecuencia de un acto directo de impericia o negligencia profesional. (S. 16 febrero 1961).

No debe estimarse negligencia profesional cualquier descuido u omisión del agente o del solo hecho de ejercer determinada profesión cuando puede achacarse también a cualquier persona ajena a la misma, sino que debe entenderse profesional aquella tan inherente a una profesión que sólo puede estimarse como propia de los que la practican (S. 18 abril 1961).

Se dan todos los elementos que hacen forzosa la aplicación de la agravación específica del párrafo 5.º del artículo 565 del Código penal si consta que el procesado es chófer de profesión; que el resultado dañoso producido, la muerte de una persona, es el supuesto más grave que contempla el precepto indicado; que las circunstancias de hecho revelan descuido, torpeza e impericia manifiesta, no disculpable en ningún conductor de automóviles y menos en los que hacen de esta profesión su habitual manera de vivir; y esto, unido a que circulaba con el camión por una calle de intenso tráfico sabiendo que no estaba en condiciones de funcionamiento el sistema de frenado, lo que por sí sólo constituye una acusada negligencia profesional, hacen aplicables el precepto dicho (S. 19 abril 1961).

67. Art. 583, núm. 8.º *Riña tumultuaria*.—Para considerar la riña tumultuaria es preciso que aunque consten las personas que formaban cada bando, no conste quien sea el autor de las lesiones (S. 27 marzo 1961).

#### **LEY 9 DE MAYO DE 1950, SOBRE USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR**

68. Art. 1.º *Conducción en condiciones inseguras*.—No basta para la existencia del delito del art. 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 el estado de intoxicación etílica del procesado en el momento de conducir, sino que es preciso, además, una inmediata proyección de dicho estado en el acto mismo de conducir (S. 30 enero 1961).

69. Art. 3.º *Conducción sin habilitación legal*.—La «habilitación legal» para conducir vehículos de motor cuya falta sanciona el art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 no se refiere a un problema de capacitación técnica, sino a un control administrativo y de seguridad vial establecido sobre la base de que el manejo de tales vehículos sólo puede confiarse a quien previamente se halle inscrito en los registros establecidos a este fin, cometiendo delito quien conduce una moto de 65 c. c. sin la licencia reglamentaria (S. 16 enero 1961).

El procesado, conductor de un automóvil ligero cuya matrícula no consta, ni tampoco si realizaba un viaje internacional, se encontraba legalmente habilitado para conducir por tener permiso del Ministerio de Comercio de la República de Portugal, al amparo del Convenio de París de 24 de abril de 1926, por ser dicho Ministerio autoridad competente para conceder la autorización al natural de España, pero vecino de Lisboa, sin que obste a ello la omisión del requisito formal de diligenciar el canet en la Cámara Oficial del Automóvil Club Español (S. 4 marzo 1961).



70. Art. 5.º *Omisión de socorro*. Si el procesado descendió, inmediatamente del accidente de su vehículo y, comprobado el estrago causado en las víctimas, no les prestó atención y desapareció del lugar, cometió el delito del art. 5.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (S. 13 de marzo de 1961).

71. Art. 9.º *Conducción sin autorización dominical*.—El que toma de un garaje una motocicleta sin consentimiento de su dueño y la conduce por diversas calles de la capital, careciendo del reglamentario carnet, comete dos delitos: los de los artículos 9.º y 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (S. 22 marzo 1961).

#### LEY DE 22 DE JUNIO DE 1956. ACCIDENTES DE TRABAJO

72. Art. 189. *Responsabilidad civil*.—El art. 189 del texto refundido de la Ley de accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956, cuando concede al asegurador acción civil en el proceso penal, no es contra el procesado, sino en relación con la indemnización que a favor del perjudicado se imponga al reo sin que tenga acción para solicitar directamente en el proceso penal que el condenado le abone los gastos producidos en lo que en un principio se estimó accidente de trabajo (S. 21 marzo 1961).

#### INDICE ALFABETICO

- |                                       |                                      |
|---------------------------------------|--------------------------------------|
| Abandono de familia, 52.              | Escándalo público, 43.               |
| Abuso de confianza, 14.               | Estado de necesidad, 7.              |
| Abuso de superioridad, 13.            | Estafa, 57.                          |
| Abusos deshonestos, 42.               | Estupro, 44, 45, 46, 47.             |
| Adulterio, 48.                        | Falsedad, 32, 33, 34.                |
| Alzamiento de bienes, 56.             | Falso testimonio, 36.                |
| Apropiación indebida, 58.             | Hurto, 55.                           |
| Arrebato y obcecación, 11.            | Imprudencia, 61, 62, 63, 64, 65, 66. |
| Arrepentimiento, 12.                  | Injurias, 49, 50.                    |
| Atentado, 27.                         | Injurias a funcionario público, 29   |
| Autoría, 17.                          | Lesiones, 41.                        |
| Cohecho, 38.                          | Malversación de caudales públicos    |
| Complicidad, 18.                      | 39.                                  |
| Conducción peligrosa, 68.             | Obediencia debida, 9.                |
| Conducción sin habilitación legal     | Omisión del deber de impedir de-     |
| 69.                                   | litos, 37.                           |
| Conducción sin autorización domi-     | Omisión de socorro, 53, 70.          |
| nical, 71.                            | Proposición, 6.                      |
| Consumación, 5.                       | Receptación, 59.                     |
| Daños, 60.                            | Reincidencia, 16.                    |
| Delito, 1.                            | Reiteración, 15.                     |
| Delito continuado, 2.                 | Relación de causalidad, 3.           |
| Desacato, 30.                         | Responsabilidad civil, 19, 20, 21    |
| Desobediencia, 28.                    | 24, 25, 26, 72.                      |
| Desórdenes públicos, 31.              | Riña tumultuaria, 67.                |
| Detención ilegal, 51.                 | Robo, 54.                            |
| Determinación de la pena, 22, 23, 40. | Usurpación de funciones, 35.         |
| Ejercicio legítimo de profesión, 8.   | Voluntariedad, 4.                    |
| Embriaguez, 10.                       |                                      |

## B) JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL.

(Sentencia 22 de diciembre de 1961)

CARLOS VIADÁ LOPEZ-PUIGCEVER

Catedrático

SUMARIO: I. La sentencia de 22 de diciembre de 1961.—II. Los sistemas históricos del proceso penal.—III. El gravamen como justificación de los recursos.

I.—La Sentencia de la Sala 2.<sup>a</sup> de fecha 22 de diciembre de 1961, se expresa así en uno de sus Considerandos:

«Considerando: Que la presencia o no del error que se denuncia en el tercer motivo del recurso, es asunto totalmente irrelevante, sin que pueda justificar la casación al amparo del número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si se tiene en cuenta que el extremo sobre que versa, apartado F) del Resultando de hechos probados de la sentencia, fue resuelto por ésta, a tenor de su cuarto Considerando, como no constitutivo del delito de falsedad, absolviéndose de él al procesado recurrente, quien no puede alegar interés justificado en corregir un error, que aun dado por supuesto, en nada le favorecería, y aún es posible que al determinar una reforma de los presupuestos de hecho, pudiera perjudicarle, eso sin contar con que la suspensión o no de la ejecución de la letra por la querrela, en nada afectaría a la calificación jurídico-penal de las falsedades, tanto del documento por la cual fue absuelto, como del por el que fue condenado, actividades delictivas desvinculadas en lo material de las ulteriores vicisitudes de los efectos cambiales, como volverá a razonarse al examinar los motivos de fondo.»

La doctrina que se contiene en el referido Considerando posee, a nuestro juicio, una especial significación, por cuanto aborda un tema que enlaza con la propia esencia del proceso penal y sus principios, como vamos a ver seguidamente.

II.—La consideración de los sistemas del proceso penal en su desarrollo histórico, nos ofrece una clara manifestación pendular entre los dos sistemas conocidos generalmente con los nombres de inquisitivo y acusatorio.

El tipo inquisitivo no es una auténtica estructura procesal para la realización de la justicia penal, sino que más bien se nos presenta como una fórmula autotutelar de imposición por el Estado del «ius puniendi». De ahí que históricamente el régimen inquisitivo haya quedado casi abandonado por las legislaciones, que con sistemas más o menos mixtificados, siguen las directrices del llamado sistema acusatorio. Este puede resumirse en estos términos: El Estado, en el campo penal, no sólo interviene para desempeñar una función jurisdiccional, sino que actúa como parte frente al súbdito, colocándose

en cierta medida al nivel del particular, merced a una autolimitación, que se refleja en el procedimiento penal mediante el equilibrio procesal de las partes, (del delincuente y de la sociedad). Esta configuración del proceso responde a la idea de que el mejor método para juzgar consiste en dejar la formulación de la acusación y la correlativa defensa a aquellos que sostienen opiniones divergentes. Se garantiza así la imparcialidad del Juzgador y se respeta la dignidad del inculcado como ciudadano: pero, en ningún momento puede admitirse que esgrimiendo principios de libertad se sitúe a las partes como dueñas incontrastables del proceso, en cuanto se refiere a la iniciativa, prueba, recursos, etc., sosteniendo así la defensa a ultranza de esas pretendidas libertades individuales, que oscurecen la función o derecho estatal de penar, esto es, el deber de proteger a la comunidad de la conducta criminal.

Sin embargo, el fenómeno se ha producido bajo el signo acusatorio, invocando unos derechos procesales intocables, que amenazan la misma esencia del «ius puniendi» y desconocen la auténtica misión de las garantías que el ordenamiento reconoce al imputado. Es equivocado hablar de derechos en el proceso penal, cuando lo exacto es hablar de garantías y cargas procesales. Aquellas como principios institucionales del proceso penal, en cuanto instrumento para la realización de la Justicia; y las cargas, como nexos jurídicos que surgen entre los sujetos del proceso.

Si en el proceso penal predomina y urge el que se exprese la relación fáctica en función del derecho punitivo a través de la sentencia, no puede haber esa *disponibilidad de las partes* sobre el procedimiento, como sucede en el proceso civil, aunque la estructura institucional sea común y se desenvuelva a través de un sistema contradictorio, que da oportunidad a las partes de exponer sus puntos de vista sobre las alegaciones contrarias, al tiempo que salva la imparcialidad del órgano jurisdiccional.

Por ello, el sistema acusatorio concebido como sistema con igualdad de partes no puede ser adoptado íntegramente, como ya apuntara Merkel; pues si se quisiera asegurar al imputado la posición exclusiva de parte, ello sería contradecir el principio fundamental del proceso penal, esto es, el principio de la verdad material. En efecto, este principio requiere el dominio de la materia procesal, de los órganos llamados a la investigación de la verdad, de los medios de prueba personales y reales; de ahí que suponga, además, la condición de que el imputado tenga también la posición de objeto de prueba.

En consecuencia, rechazamos todo tipo de proceso inquisitorio, pero no por ello hemos de admitir la privatización del proceso penal hasta convertir el «ius puniendi» en una simple homologación de componendas particulares.

III.—Hasta aquí, hemos aludido a los sistemas procesales como presupuestos para comprender el problema de la sentencia que anotamos. El paralelismo es claro en relación con la materia de recursos o medios de impugnación, a la que basta trasladar las directrices apuntadas.

De un lado, los paladines del Estado liberal propugnan la objetividad de un sistema de recursos, aun a costa de que venga a dilatar la ejecución de la pena indefinidamente hasta convertirla en un perjuicio para el propio con-

denado. En el ánimo de todos está el «caso Chessmann», manifestación patente de un imperfecto régimen procesal penal que, en aras de una pretendida protección de derechos humanos, desconoce el más elemental fin de la Justicia penal, haciendo intempestivo y tal vez injusto el castigo del condenado.

Por ello hemos de reconocer que en el campo de impugnación del proceso se erige en garantía del propio justiciable (contraria a esa disponibilidad ilimitada de los actos del proceso) el establecimiento de un sistema de recursos eficientes, que conduzcan rápida y adecuadamente a la firmeza de la cosa juzgada, sin perjuicio de revisar el fallo si las circunstancias posteriores lo demandan. Pero el régimen legal no puede amparar esos retardos injustificados en la realización de la justicia penal, que por su misma esencia preconiza que la pena siga inmediatamente al delito, se conciba ésta con fines retributivos o de «readaptación social» del delincuente desviado por el hecho criminal.

La esencia del recurso exige que exista un gravamen para el recurrente, entendiendo por gravamen la circunstancia de que la resolución recurrida no concuerde en todo lo que la parte haya solicitado o suponga la violación de un interés jurídico de la parte que recurre. Encontraremos ese gravamen en las sentencias condenatorias, pero difícilmente en los pronunciamientos absolutorios, como el de la sentencia anotada, que se limita a hacer aplicación del presupuesto del gravamen, inexistente en el recurrente absuelto.

Por todo ello, la condición de desfavorable de una resolución no puede apoyarse en criterios subjetivos de los mismos recurrentes, sino en criterios objetivos. Ello supone que deba conocerse de un recurso, aunque no exista ninguna o mínimas esperanzas de prosperabilidad; pero, al mismo tiempo, no puede estimarse ningún recurso que pueda ser perjudicial, puesto que no puede admitirse ni la disponibilidad de la pena (excepción del artículo 654), ni la chicana procesal, que se darían admitiendo los recursos con fines dilatorios.

En definitiva, las exigencias formales deben ser corregidas de oficio, sin que pueda derivar de ello indefensión para el imputado. El régimen de garantías asegura la defensa, sin que deban concederse derechos al modo liberal, sino tendiendo al logro de la Justicia.

La sentencia comentada resuelve, por tanto, acertadamente, resaltando la ausencia de interés en el recurrente, sobre el pronunciamiento absolutorio de la sentencia de instancia. No hay indefensión alguna, sino apreciación «ex officio» de la innecesaria impugnación deducida.

# Jurisprudencia procesal penal

(Sala segunda del Tribunal Supremo)

SEGUNDO SEMESTRE DE 1961

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto Español de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A) *Principios del proceso penal*: a) Principio de la unidad de objeto.—b) Principio acusatorio.—c) Principio de la verdad material.—B) *Aplicación del Derecho procesal penal*. II. PARTE GENERAL: 1. *Organo jurisdiccional*: A) *Jurisdicción*: a) Principio de preferencia de la jurisdicción criminal.—b) Prejudicialidad civil.—c) Conflictos de jurisdicción: Entre la militar y la ordinaria.—B) *Competencia*: a) Objetiva.—b) Conexión.—c) Cuestiones de competencia.—C) *Recusación*.—2. PARTES: A) *Derechos personalísimos de las mismas*.—B) *Responsable civil*.—C) *Postulación*: *Extensión del Derecho de defensa*.—3. *Objeto del proceso*.—A) *Individualización del objeto*: *Conducta del inculpado*.—B) *Calificación del hecho*.—C) *Acción civil*: *Contenido*.—4. *Instrucción preliminar*: *Identidad del delincuente*.—5. *El proceso «Stricto Sensu»*: A) *Nacimiento del proceso*: *Denuncia*.—B) *Desarrollo del proceso*: a) *Alegaciones de conclusión*.—b) *Prueba pericial*: a') *Proposición*.—b') *Contenido del dictamen*.—c) *Apreciación conjunta de las pruebas*.—d) *Actos de dirección*.—e) *Desarrollo anormal*: a') *Crisis objetivas*: *Incidente de nulidad de actuaciones*.—b') *Crisis de la actividad*: *Suspensión del juicio oral*.—C) *Terminación del proceso*: *Sentencia*: a) *Contenido del Resultado de hechos probados*.—b) *Congruencia*: *Cuantía de las responsabilidades civiles*.—6. *Impugnación del proceso*: *Recursos de casación*.—a) *Ambito*.—a') *Procedencia*.—b') *Inadmisibilidad de cuestiones previas o nuevas*.—b) *Casación por infracción de ley*: a') *Artículo 849, número 1*.—b') *Artículo 849, número 2*. *Error de hecho*.—c') *Documento auténtico*.—a'') *Tienen tal carácter*.—b'') *No tienen carácter auténtico*. c) *Casación por quebrantamiento de forma*.—a') *Denegación de diligencias probatorias (art. 850-1.º)*.—b') *Omisión de citación del responsable civil (art. 850-2.º)*.—c') *Falta de claridad de los hechos probados (art. 851-1.º)*.—d') *Contradicción entre los hechos probados art. 851-1.º*.—e') *Predeterminación del fallo (art. 851-1.º)*.—f') *Resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851-3.º)*.—g') *Punición de un delito más grave (art. 851-4.º)*.—h') *Menor número de Magistrados (art. 851-5.º)*.—i') *Magistrado recusado (art. 851-6.º)*.—d) *Preparación del recurso*: a') *Determinación de la clase de recurso*. b') *Particulares del*

documento auténtico.—e) Interposición: a') Postulación.—b') Plazo de interposición.—f) Desistimiento del recurso.—g) Recurso del Fiscal en beneficio del reo.—h) Efectos del recurso sobre el procesado rebelde.

## I. INTRODUCCION

A. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL: a) *Principio de la unidad de objeto*: Nuestro enjuiciamiento criminal está informado por el principio objetivo de la averiguación y castigo de cada hecho aisladamente (Sentencia 8 noviembre 1961).

b) *Principio acusatorio*: El principio acusatorio informa nuestro enjuiciamiento criminal (S. 25 octubre 1961).

-- El primer motivo del recurso se apoya en el número 1.º del artículo 349 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señalando como infringido el artículo 338 del vigente Código Penal y lo que pretende es acusar por un delito ajeno al robo que se sanciona, o sea, si los procesados que han sido absueltos cometieron el delito previsto en el citado artículo 338, pero olvida que la legislación española está basada en el principio acusatorio y en ningún momento ni por nadie, se solicitó la aplicación del mencionado precepto, que además, y aunque se hubiera hecho tal como entienden los recurrentes, en nada modificaría la sentencia dictada en cuanto a ellos se refiere, razones todas que obligan a desestimar este motivo (S. 11 diciembre 1961).

c) *Principio de la verdad material*: La justicia penal busca la verdad material e histórica y nuestras leyes no exigen que para perseguir al responsable real de una muerte que se sospecha fue producida voluntariamente por el mismo, se precise en otra vía previa anular el documento judicial, administrativo o de otra clase en que conste ser natural la causa de la muerte que en un proceso se ha comprobado que es delictiva por la investigación de los Tribunales represivos (S. 8 noviembre 1961).

B. APLICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL: Carece de base en los hechos probados el tema planteado sobre ignorancia de Ley extrapenal por la procesada extranjera y sobre buena fe de ésta al usar del derecho de ayuda de sí misma para expulsar a los subarrendatarios por los disgustos habidos entre ellos a causa de convivencia (S. 18 octubre 1961).

## II. PARTE GENERAL

1. ORGANISMO JURISDICCIONAL.—A) JURISDICCION: a) *Principio de preferencia de la jurisdicción criminal*: No cabe pretender supeditar la jurisdicción criminal al agotamiento de la vía gubernativa o a la reserva del conocimiento del asunto a dicha jurisdicción, por ser contrario al principio de preferencia de la jurisdicción criminal, sobre todas las del Estado por afectar directa y primordialmente al orden público (S. 2 diciembre 1961).

-- La jurisdicción disciplinaria no puede invalidar la criminal, ni el ejercicio de aquélla impedir la persecución y sanción de un delito (S. 30 septiembre 1961).

b) *Prejudicialidad civil*: Si bien la sentencia proferida en 21 de abril de 1955 por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de P. confirmatoria de la de remate que dictó el Juzgado, es documento auténtico, ello no implica que todo su contenido, argumentación, examen de hechos enfocados a los limitadísimos aspectos jurídicos del juicio ejecutivo sean ya incontrovertibles, basados en autoridad de cosa juzgada, que si en estas sentencias ejecutivas perdura siempre libre la revisión en juicio ordinario, mucho más expedito queda el ejercicio por los Tribunales de lo Criminal de sus facultades de juzgar no mermaadas ni por un fallo provisional, y no desconocido, ni por unos hechos examinados en la fundamentación doctrinal y bajo puntos de vista de parcial valoración por exigencias de tipo procesal (S. 26 octubre 1961).

c) *Conflictos de jurisdicción: Entre la militar y la ordinaria*: En el caso contemplado en estas actuaciones no hay cuestión de competencia que resolver, pues ésta solamente existe desde que dos Autoridades sostienen su respectivo fuero, para conocer o no conocer de determinado asunto, y requiere dos presupuestos de hecho ineludibles: Un asunto pendiente de resolver, porque en los procedimientos terminados por resolución firme, no caben cuestiones de competencia; y dos Autoridades o Jurisdicciones que se hayan pronunciado con arreglo a derecho sobre la competencia sin llegar a un acuerdo: presupuestos uno y otro que no se dan en el caso que se examina, porque la Audiencia de Jaén dictó sentencia y la declaró firme sin tener conocimiento de que la Autoridad Militar había acordado requerirla de inhibición, siendo por tanto, válidas todas las actuaciones de la Jurisdicción Ordinaria, porque como tiene declarado este Tribunal en 9 de febrero de 1961 - sólo desde que la Autoridad requerida recibe la petición oficial inhibitoria, es cuando ésta tiene virtualidad y eficacia y no desde que se acuerde promover la cuestión; y el segundo presupuesto, porque la Audiencia de Jaén por no haber recibido el oficio inhibitorio, no se ha pronunciado sobre tal cuestión, faltando, por tanto, el pronunciamiento de la Jurisdicción Ordinaria sobre la cuestión promovida por la Autoridad Judicial de la 2.ª Región Militar, ya que los oficios comunicándole que se pasaban las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar y después que se remitían a esta Sala por insistir en la competencia -- comunicaciones ambas muy posteriores a la fecha de firmeza de la sentencia - no pueden suplir el oficio inhibitorio con el testimonio de los particulares prevenidos en el número 7.º del artículo 459 del Código de Justicia Militar, y sin el cual no puede entenderse planteada la cuestión de competencia, debiendo en todo caso haberse librado nuevo oficio inhibitorio si la Autoridad requirente insistía en su pretensión (Auto 11 diciembre 1961).

B.—COMPETENCIA: a) *Objetiva*: Aunque en el fallo se absuelve al procesado de los delitos de amenazas y de escándalo público de que fue acusado, a continuación declaran integrantes de falta los hechos que se le imputaban, afirmación que no podía hacer la Audiencia, toda vez que la competencia

para declarar si se cometió o no la supuesta falta corresponde exclusivamente al Juzgado inferior, una vez que haya celebrado el correspondiente juicio de faltas (S. 1 diciembre 1961).

b) *Conexión*: Sobre aplicación de la regla segunda del artículo 70 del Código Penal, mediante la acumulación de las varias causas pendientes contra el mismo procesado, que se hallen en igual trámite y por delitos de idéntica naturaleza, no es diligencia de prueba, sino actuación procesal que doctrinalmente podrá sostenerse que el favor del reo debe mover a incluirla entre los motivos de casación de una o de otra clase, pero que en el texto de la Ley actual no figura, ya que acumulación no existe en lo penal, sino la conexidad que señala el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con fines procesales y que el recurrente pretende alcance efectos punitivos no autorizados en la legislación actual (S. 14 noviembre 1961).

c) *Cuestiones de competencia*: Si bien es cierto que la perjudicada afirma que la realización del acto carnal con el denunciado tuvo lugar en M., también es verdad que el procesado sostiene que la primera vez que consumó el coito con la perjudicada fue en S., capital donde se conocieron ambos y se hicieron novios, y en la que los testigos que han depuesto los vieron juntos en distintas ocasiones, por lo que no estando perfectamente determinado el lugar en que se cometió el delito perseguido, hay que acudir para fijar la competente a las reglas subsidiarias establecidas en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y como el domicilio del presunto reo es S., y el Juzgado de Instrucción de dicha ciudad incoo y tramitó el sumario hasta su terminación, y del mismo S. son la perjudicada y los testigos que han declarado en el sumario, debe decidirse la competencia a favor de la Audiencia de S. (Auto 3 octubre 1961).

-- Si la trayectoria por el procesado iniciada ya tendiera a un lucro por amenaza, ya al solo lucro, culminó y tuvo publicidad y efectos en Burgos, siendo meramente preparatorios los actos anteriores realizados en diversos lugares, como Calatayud y Guadalajara, puede decirse que fue el lugar de realización, ni aun olvidado ésto fue Burgos y en su Juzgado donde se realizaron las primeras diligencias judiciales, de acuerdo con lo dicho y una abundante doctrina de esta Sala, entre la que se destaca la alegada por el Ministerio fiscal, no cabe duda que según las reglas del artículo 14, párrafo 2, y aun de las supletorias de los párrafos 1.º y 4.º del artículo 15 será competente el Juzgado de instrucción correspondiente de los de instrucción de Burgos por ser donde se llegó a la realización de los actos incriminados (Auto 21 octubre 1961).

— Si de las diligencias sumariales no puede concretarse el lugar donde se realizaron las falsificaciones que se atribuyen al procesado, pero se sabe positivamente que dentro del territorio de la provincia de Granada se descubrieron las pruebas materiales del supuesto delito, el supuesto reo fue detenido en una localidad de la misma provincia y su residencia era en aquella ocasión otro pueblo de la misma, siendo A. el Juzgado que primero tuvo noticias del delito, por haberlas recibido del inferior, razones todas que atribuyen la competencia para conocer de la causa a la Audiencia provincial de Granada (Auto 20 octubre 1961).



— Los querellantes o acusadores particulares, sólo pueden promover cuestiones de competencia a los Juzgados y Tribunales ordinarios de lo criminal en los términos y momentos precisos que autoriza la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es decir, que si por haber procesado se ha abierto el juicio oral o plenario, únicamente podrá proponerse la declinatoria de jurisdicción, como artículo de previo y especial pronunciamiento en el término de tres días a contar desde el de la entrega de los autos para la calificación de los hechos, como ordena con carácter preclusivo el artículo 667 de la mencionada ley adjetiva, y en el caso, como en el presente acontece, que por no haber procesado no haya lugar a la apertura del juicio oral, a las partes, con excepción del Ministerio Fiscal, solamente les está permitido promover y sostener cuestiones de competencia durante la tramitación de la causa, antes de formular su primera petición después de personadas en la misma, como imperativamente establece el artículo 19 en su número 5.º del Ordenamiento Procesal vigente, y como del sumario y rollo de Sala de la Audiencia de Barcelona que se tienen a la vista resulta, que el recurrente formuló la denuncia que dió origen al sumario por medio de su Procurador con poder bastante, personándose a continuación en la causa como presunto perjudicado, y con tal carácter ha sostenido la acusación de las personas que creía eran autores de los supuestos delitos perseguidos, solicitando múltiples diligencias para el esclarecimiento de los hechos, interponiendo recurso contra las resoluciones judiciales que a su juicio no estaban ajustadas a derecho, actuación constante e ininterrumpida que ha durado más de siete años, sin que en este largo espacio de tiempo haya hecho manifestación alguna por la que negase la competencia para conocer del asunto el Juzgado de instrucción número 3 de Barcelona, que tramitó un voluminoso sumario, ni a la Audiencia Provincial de dicha Capital que entendió de los varios recursos de apelación entablados, es visto que no puede ahora promover una cuestión de competencia cuando la Sección correspondiente de la Audiencia ha dictado auto de conclusión del sumario, después de haber denegado la práctica de las diligencias que el recurrente como acusador privado había solicitado, entre ellas el procesamiento de los querellados, y no le quedaba ya otro derecho que el de manifestar la clase de sobreseimiento que le interesaba, si no estaba conforme con el solicitado por el Ministerio Fiscal (S. 15 noviembre 1961).

C. RECUSACIÓN: La falta de planteamiento de causa de recusación sea la del número 11 del artículo 54 de la misma Ley, sea otra cualquiera, impide a la jurisdicción de casación enjuiciar tal extremo, que exige una tramitación determinada en la Ley, imposible de sustituir por la alegación de un motivo de casación a base de una protesta consignada en el acta del juicio oral, sin más antecedentes (S. 16 noviembre 1961).

2. A) DERECHOS PERSONALÍSIMOS DE LAS MISMAS: En materia procesal los derechos concedidos a las partes son personalísimos, y no puede la situación o actuación de una de ellas afectar a la de las restantes, salvo el favor de la casación establecido por el artículo 903 de la Ley de procedimiento penal (S. 8 noviembre 1961).

B) RESPONSABILIDAD CIVIL: Para que pudiera ser citado en instancia el responsable civil subsidiario sería preciso que lo hubiese sido en autos y antes bien, por nadie se ha instado la responsabilidad subsidiaria en el sumario, ni se ha interesado en el escrito de calificación fiscal, parte acusadora a quien incumbía hacerlo (S. 22 septiembre 1961).

— Es reciente criterio doctrinal de esta misma Sala el de que no se pueden reputar infringidos los artículos 101, 104 y 109 del Código Penal, por habérseles dado primacía en esta jurisdicción criminal, para resolver cuestiones relacionadas con responsabilidades civiles, directas o subsidiarias y no se las posponga frente a otras regulaciones, nacidas para el ámbito del derecho laboral, que se enfocan hacia relaciones contractuales de seguros sociales, con abundantes ligámenes de bilateralidad y con ponderables situaciones de prestaciones y compensaciones económicas y en cuyo campo esas alegadas disposiciones extrapenales a lo más que llegan es a preparar vías procesales de ejercicio de acciones o a regular expectativas de derecho y finalmente y ya muy en lo concreto del caso de autos, si la Ley y Reglamento de 22 de junio de 1956 a lo que conjuntamente tienden, en los preceptos citados, es a regular el ejercicio de acciones por el asegurador para reintegrarse, o recuperar del responsable civil sumas por éste percibidas y por aquél entregadas anteriormente, no se atempera P. a tales disposiciones cuando lo que pretende es la directa imposición a los responsables civiles a dos condenas, nacidas del mismo hecho delictivo, una para los herederos de la víctima y otra para ella misma, olvidando no ya preceptos penales, que sólo formados ampararían este doble pago también por dos conceptos, la indemnización al perjudicado y el otro originado en una relación contractual de seguro, estipulada con un tercero, sino hasta la misma Ley y Reglamento de Accidentes, como puede acreditarlo, sirva como muestra, el artículo 189 del Reglamento cuando desenvolviendo esos aludidos preceptos de la legislación laboral, establece que una vez obtenida la condena previa al responsable civil que pueda aplicarse ella al preferente pago, por reintegro del asegurador, entregándose el exceso sobrante a la víctima, precepto bien alejado de las pretensiones de la recurrente cuando busca compatibles y directas dos condenas diferenciadas doblemente gravosas para los responsables civiles, por lo cual y aun en el terreno de examen más favorable a su tesis, se hace forzosa la desestimación del motivo (S. 14 noviembre 1961).

— Los artículos 19, 101 y 104 del Código Penal, referidos única y exclusivamente a las responsabilidades civiles nacidas de la comisión de un delito no permiten ni en su letra ni en su espíritu excluir al procesado de la indemnización correspondiente por los daños causados en el vehículo que conducía por cuenta de otro, sin que exista diferencia como con error afirma la sentencia recurrida, entre actos dólidos y culposos (S. 30 diciembre 1961).

— El artículo 21 no establece la carga de suplir al responsable directo ante todo caso de comisión de un delito en un establecimiento y para el dueño de éste, sino que el empresario que ejerza en esos locales donde ocurra el hecho delictivo responderá tan sólo de las consecuencias económicamente reparables de aquellos delitos realizados en sus locales, pero

cuando por su parte, o la de los encargados o dependientes se haya infringido, al cometer el delito, un Reglamento de Policía atinente, precisamente, al establecimiento y relacionado con el mal causado y en el caso de autos, si la muerte, lesiones y daños determinados por el procesado G. se produjeron fuera del garaje de la señora F. N., si las normas quebrantadas del Código de Circulación nada tienen que ver con el gobierno y régimen de tal garaje es manifiesto que por este lado no apunta ninguna responsabilidad civil para la dueña y si se contempla el mismo problema referido al procesado P., también aparecerá cómo éste obró guiado por el interés de un negocio suyo y ajeno a su principal y a los deberes que con él le ligaban y que si se ha penado por una imprudencia «in eligendo» al encomendar a un imperito el traslado de un coche, ni tiene valor especial el que el acto de designar el conductor fuese realizado en el garaje o fuera de él, esto es meramente ocasional, ni al hacer esa personal elección quebrantó P. disposiciones de Policía referentes a garajes, sino las tan ajenas a ese negocio como son las que regulan la circulación por la vía pública (S. 9 octubre 1961).

— Es un responsable subsidiario, quien sin haber recurrido el procesado contra la sentencia que le condenó como autor de una imprudencia temeraria, combate el fallo impugnando la apreciación realizada por la Sala sentenciadora de la existencia de aquella infracción, con notorio olvido de la posición del recurrente dentro de la esfera procesal y aun cuando la razón de la sanción impuesta a ese responsable deriva por modo mediato de la existencia de un hecho delictivo que produce responsabilidad económica, el motivo básico de la exigencia de tal reparación con carácter subsidiario, no es propiamente el delito, sino una situación de dependencia, laboral en este caso, que por imperativo legal se extiende al jefe de la empresa a la que el encargado prestaba sus servicios al producirse el hecho remotamente originario de esa responsabilidad de segundo grado, que como la máquina manejada por el procesado era de una empresa en la que ejercía una actividad rindiéndole un beneficio, el mal empleo en el uso de ese útil de trabajo por parte de su conductor, ha producido un daño que a falta de solvencia económica del primeramente obligado a indemnizarlo, es transferida la obligación a quien se aprovecha del servicio que el reo efectúa, debiendo tenerse en cuenta que el llamamiento del recurrente al procesado no se ha efectuado en razón a haberse producido un delito, infracción ajena a toda intervención personal del que en el recurso reclama, sino que deriva de un entonces real estado de insolvencia acreditada en el sumario, ante la comprobada carencia de bienes del directamente afectado por la responsabilidad civil, situación susceptible de desaparecer a posteriori aun en curso el procedimiento y con posibilidad de demostración sumarial y en el acto del juicio oral, que podrían llegar a eliminar la figura del responsable civil subsidiario antes de la sentencia, por lo que en razón a este carácter condicional de tal responsabilidad, sólo en determinados casos cabría autorizarle el atacar el fallo sin limitación una vez recaída sentencia condenatoria declarando la existencia de esa secundaria obligación civil, en atención a su excepcional presencia en el proceso. Que uno

de esos casos no es ciertamente el que se ha sometido a la observación y análisis de la Sala, porque estando perfectamente reconocido por el recurrente y declarado por la sentencia de instancia, la relación laboral que liga al procesado con el responsable civil subsidiario y declarado probado un hecho en el que concurren los elementos para configurar el delito de imprudencia que ha sido apreciado, aun cuando ésta no revelare la temeridad que fué estimada al realizar una torpe maniobra, siempre hacía patente con los datos que el resultando fundamental ha recogido, una indudable infracción de normas contenidas en el Código de la Circulación que obligarían a mantener plenamente la responsabilidad inherente a la posición que el recurrente ocupa en este enjuiciamiento, lo que hace improsperable el motivo del recurso (S. 8 noviembre 1961).

— No existe contradicción entre la renuncia ratificada ante el Juzgado y hecha por la viuda del interfecto en nombre propio y en el de sus hijos menores y lo que consigna el hecho probado, y por ello la impugnación que hace dicho motivo del recurso es infundada, ya que la extinción de la responsabilidad civil, del mismo modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del derecho civil, como establece el artículo 117 del Código Penal, permite que cualquier clase de convenio sobre dicha responsabilidad pueda, entre personas mayores de edad, constituir un pacto innominado que conduzca a la extinción de la responsabilidad referida, más cuando se actúa en nombre de otro, singularmente en el caso actual, de madre que obra en representación de un hijo mayor y de otros hijos menores, debe calificarse tal actuación conforme a las construcciones jurídicas admitidas por la Ley y de las dos que se ofrecen al debate, que son el título de transacción, que consigna la sentencia recurrida, y el de herencia, que sostiene la parte recurrente, debe estimarse más acertada la primera, porque la responsabilidad civil derivada de delito en forma de indemnización de perjuicios a los derechohabientes de la víctima, no es herencia del mismo como derecho correspondiente a dicha víctima, que en este caso sería su propia vida, sino un derecho personal de sus sucesores, que tiene como causa originaria la muerte violenta de su causante, y por autorizarlo la Ley, sobre tal derecho propio cabe el convenio y singularmente la transacción, como lo califica la Audiencia, y al no cumplirse los requisitos establecidos por la Ley Civil, carece de efecto extintivo ante la jurisdicción de lo penal, sin que quepa equiparar, como sostiene el recurrente, la ratificación ante el juzgado instructor de la renuncia de la madre, no precedida ni seguida de autorización alguna ni de otra actuación judicial, a la aprobación del Juez que exige el artículo 1.810 del Código Civil (S. 29 septiembre 1961).

C. POSTULACIÓN: EXTENSIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA.—En el ejercicio del legítimo derecho a la defensa puede ser lícito impugnar una sentencia acudiendo a cuantos medios legales sugiera al defensor el logro del pretendido éxito (S. 22 noviembre 1961).

3. OBJETO DEL PROCESO.—A. INDIVIDUALIZACIÓN DEL OBJETO: CONDUCTA DEL

INCULPADO: El proceso penal está dirigido a enjuiciar la conducta del responsable del hecho y no la de la víctima del mismo (S. 28 noviembre 1961).

B. CALIFICACIÓN DEL HECHO: La narración de los hechos probados brindada por la sentencia, no configura el tipo delictivo de la apropiación indebida del artículo 535 del Código Penal, ya que la recepción de las uvas no tuvo lugar por título civil de entrega o devolución a los que dicho precepto hace referencia, por tratarse más bien de un contrato en que la contraprestación obligada consistía en elaborar vino con la uva entregada, esto es, una operación que al incumplirse determinaría en su caso reclamaciones de índole civil, pero no responsabilidades criminales inexistentes por atípicas, puesto que aun dando por sentado el lucro de una parte y correlativo perjuicio de la otra, como en el considerando de calificación de la sentencia impugnada se hace, tales elementos no son suficientes para integrar delito (S. 30 septiembre 1961).

C. ACCIÓN CIVIL: CONTENIDO: Reiteradamente viene manteniendo esta Sala que no es tercero perjudicado, a los efectos del artículo 104 del Código Penal, la Compañía aseguradora, que en virtud de un contrato, y mediante el cobro de una prima, viene obligada a constituir una cantidad que asegura el percibo de una pensión a los causahabientes de la víctima, pues además de no haber incompatibilidad en el percibo de la indemnización y de la pensión, no hay precepto que obligue a los Tribunales de lo penal para acordar en sus fallos operaciones de abonos y subrogaciones, pues esa expectativa de derecho debe ejercitarse al margen de la sentencia de lo criminal, aparte de que tampoco hay disposición legal que obligue a los familiares de una víctima a percibir una pensión en lugar de una cantidad en metálico que muchas veces y por circunstancias personales, pueda resultar más conveniente que la pensión, y tales afirmaciones, no quedan desvirtuadas por la Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de agosto de 1961 que, además de no tener rango administrativo para derogar una Ley, se limita a fijar las obligaciones de las entidades aseguradoras, y a reconocerles el derecho a reintegrarse del responsable civil o criminalmente, pero no dice que tal resarcimiento haya de acordarse en sentencia de procedimiento criminal que no hace más que castigar el delito y fijar la indemnización que al perjudicado o sus herederos pueda corresponder, quedando en libertad, ante la jurisdicción correspondiente, para resolver la cuestión entre los citados, y las personas o entidades que pudieran tener algún derecho sobre la cantidad que por el concepto de indemnización perciban.

— La condena a favor de la entidad de carácter oficial o mercantil que ingresa una cantidad para asegurar a la viuda e hijos menores una renta anual desde el siguiente día al del fallecimiento de la víctima, no es el perjuicio material o moral que debe indemnizarse, a tenor del artículo 104 del Código Penal, pues no se ha irrogado por razón del hecho punible, sino que es una obligación legal impuesta como derivación o consecuencia del delito, pero no efecto directo del mismo, y vista la Orden de 25 de marzo de 1936 del Ministerio de Trabajo que determina el cumplimiento sin demora de

las obligaciones de asistencia médico-farmacéutica y de pago de indemnizaciones procedentes exigibles inmediatamente por el obrero o sus derechohabientes, debe darse cumplimiento a lo dispuesto por tal orden en cuanto a que la indemnización decretada contra los responsables criminal o civilmente se aplique a reintegrar al patrono o entidad aseguradora del coste de aquella asistencia e indemnizaciones y la entrega del exceso si lo hubiere a aquellos interesados y en su virtud, procede absolver tanto al procesado recurrente como al responsable civil subsidiario del mismo, también recurrente, de la condena que les impone la sentencia recurrida de abonar a la Caja Nacional del Seguro de Accidentes del Trabajo, integrada en el Instituto Nacional de Previsión, la suma de 80.539,82 pesetas ingresada para la finalidad referida de asegurar a la viuda e hijos la renta anual mencionada (S. 29 septiembre 1961).

4. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: IDENTIDAD DEL DELINCUENTE: La cuestión de identidad del delincuente, que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 368 y ss. se expone con claridad en el hecho probado y se resuelve según la documentación aportada a los autos y admitida como auténtica, consistente en la certificación de nacimiento, en la de antecedentes penales del Registro Central de Penados y Rebeldes a negativa a nombre de Luis Alfonso, hijo de Jesús y Florinda, como carente de ellos, pero positiva a nombre de Luis, hijo de Amable y Florinda y con coincidencia completa de edad, estado, naturaleza, profesión e instrucción, y en la certificación de la Jurisdicción de Marina que contiene la sentencia condenatoria de que se trata, con lo que a base de tan completa aportación de elementos y datos y demás pruebas aportadas se ha producido la convicción del Tribunal Provincial, que no pudo desvirtuarse por la aportación de documentos que no contradicen los tenidos en cuenta por la Audiencia, sino sólo omiten un segundo nombre del procesado, como igualmente se omite el reconocimiento a que alude el considerando de la sentencia impugnada, que manifiesta tuvo lugar en el acto del juicio; mas la omisión de este extremo en el acta correspondiente, no basta a destruir la afirmación sentada como hecho probado, y máxime dada la costumbre extendida en algunas clases sociales de nuestro país de inscribir oficialmente a los nacidos con un nombre y designarles con otro distinto en la familia y en la vecindad (S. 13 noviembre 1961).

— Los antecedentes penales se acreditan con las certificaciones del Registro Central de Penados y Rebeldes, y frente a la afirmación de hecho de la existencia de condenas a que se refiere tal certificación no hay otro documento contradictorio ni prueba alguna que tienda a desvirtuar tal afirmación, resultando inoperantes las certificaciones de las Secretarías de los Tribunales comprensivas de las sentencias condenatorias anteriores (S. 28 septiembre 1961).

5. EL PROCESO «STRICTO SENSU».—A. NACIMIENTO DEL PROCESO: DENUNCIA: Si bien es cierto que en los hechos que se declaran probados por el Tribunal de instancia se dice que la madre de la niña denunció al procesado a la Guardia civil de A., no se niega en parte alguna que el padre de la menor,

en el supuesto de que viviera y conservase la patria potestad, ratificara la denuncia formulada por su esposa, bien espontáneamente o cuando se le recibiera declaración al hacerle el obligado ofrecimiento de las acciones que le corresponden conforme al artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero es que además no hay que olvidar que el delito que se enjuicia, de abusos deshonestos, no es de los absolutamente privados que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, mediante la formalización de la oportuna querrela, sino que tiene consideración de semi-público, por lo que la facultad de promover el procedimiento, por la simple denuncia corresponde, además de a los parientes que el precepto invocado señala, entre los que está comprendida la madre de la menor agraviada, al Ministerio fiscal, que siempre es parte de la causa e incluso puede el Juez de instrucción proceder de oficio en los casos que considere oportunos en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida (S. 29 noviembre 1961).

B. DESARROLLO DEL PROCESO: a) *Alegaciones de conclusión.*—De los escritos de conclusiones basta que exista uno útil, no en la parte anulada del procedimiento, sino en la que con validez, a juicio del Tribunal sentenciador, antecede a la sentencia objeto de impugnación ante esta Sala, para que la tramitación carezca de defectos (S. 8 noviembre 1961).

b) *Prueba pericial:* a') *Proposición.*—La proposición de prueba para el acto del juicio oral, tratándose de la pericial, exige necesariamente según el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la presentación de la lista de peritos en la forma y con los requisitos que determina el segundo párrafo de algún artículo y aun cuando en algún caso excepcional las circunstancias del mismo pudieran aconsejar la fijación de un plazo por la Sala de instancia para que tal lista fuera presentada, no sucede así en cuanto al caso analizado, porque la existencia de dos valoraciones de daños por la entidad perjudicada, efectuadas una por un ingeniero de la Renfe y enviada otra por la Asesoría jurídica de la misma que ratificaron los peritos, hacía ya superflua una nueva valoración (S. 10 octubre 1961).

b') *Contenido del dictamen.*—La razón de ciencia que supone la emisión de un informe médico para acreditar el estado psíquico-físico que la embriaguez opera en el cuerpo humano, puede ser obtenida por cualquiera de los procedimientos u observaciones que permitan conocer con certeza el valor legal de tal estado, no siendo preciso como el recurrente pretende, la determinación en sangre de la cantidad de alcohol ingerido, como base de concreción de la incapacidad para la conducción de vehículos a motor, reconocimiento no siempre posible de llevarse a la práctica y como del contenido del hecho probado se desprende que al examinar el acusado en la Casa de Socorro se calificó su embriaguez de alcoholismo agudo, no considerándose necesaria por ello la extracción de sangre (S. 31 octubre 1961).

c) *Apreciación conjunta de las pruebas.*—Por apreciación en conjunto de las pruebas hay que entender el resultado de las declaraciones y demás actuaciones practicadas en el juicio oral (S. 31 octubre 1961).

d) *Actos de dirección.*—Dadas las varias relaciones jurídicas que existen entre el pintor de un cuadro que lo vende al denunciante, la petición posterior

de aquél a éste, como favor, de que le entregase el cuadro para exhibirlo en una exposición y, al terminar ésta quedarse con dicho cuadro con ánimo de lucro, para que tales actos constituyan el delito de apropiación indebida del art. 535 del Código Penal se necesitaría desposeer al pintor del derecho moral que, con el nombre antiguo de propiedad especial sobre la obra artística y con el moderno de derecho de autor, le coloca en una situación determinada sobre lo que en este caso se debe entender por cosa mueble ajena y, en tal concepto, crearse con la cosa sobre la que se ostenta el referido derecho moral, obliga a dilucidar aquellas relaciones jurídicas en vía distinta a la criminal, establecida para hechos simples y concretos y no para relaciones de derecho necesitadas de esclarecimiento y no seguidas de la rigidez de la sanción penal, mas con objeto de salvaguardar los intereses de todos los intervinientes en este proceso respecto a la propiedad o posesión del cuadro de que se trata procede, por analogía, el precepto del artículo 635 del Enjuiciamiento criminal, cancelar el depósito del cuadro referido mediante entrega del mismo por el depositario procesado y constituirlo en depósito temporal en poder del adquirente para que el procesado pueda ejercitar los derechos de que se crea asistido en la vía y forma procedente y, transcurrido dicho plazo sin verificarlo, quede cancelado el segundo depósito y la retención consiguiente al mismo, a todos los efectos del presente procedimiento (S. 7 julio 1961).

e) *Desarrollo anormal*: a') *Crisis objetivas: Incidente de nulidad de actuaciones*.—La nulidad, no regulada expresamente por nuestro enjuiciamiento criminal, viene atribuida por la práctica judicial su declaración al Tribunal que actúa y no a otro que le sustituya, salvo casos excepcionales (S. 8 noviembre 1961).

b') *Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral*.—Son dos los extremos que comprende el caso 3.º del art. 746 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la procedencia de la suspensión del juicio oral cuando no comparezcan los testigos de cargo y de descargo ofrecidos por las partes, y que el Tribunal considere necesaria la declaración de los mismos, por lo que, si éste, haciendo uso de las libérrimas facultades que le concede el art. 741 de la misma ley se hubiere llegado a instruir suficientemente con los elementos aportados al sumario y tenidos presentes en el acto del juicio oral como prueba documental, no observando en autos razón alguna en que pudiera apoyarse la necesidad de la comparecencia de los testigos que dejaron de hacerlo y no haberse expuesto por la parte a quien interesaba la comparecencia los puntos sobre los que habían de ser examinados dichos testigos para poder discernir sobre la conveniencia de su examen, la suspensión solicitada había de resultar inútil y constituiría una demora baldía para el interés supremo de la justicia (S. 29 noviembre 1961).

--- Para que proceda la suspensión del juicio oral por incomparecencia de algún testigo, es preciso que el Tribunal sentenciador estime necesaria la declaración del mismo, y como se consideró con elementos suficientes para juzgar porque el testigo incomparecido declaró en el sumario y no se hizo constar sobre qué hechos elementales había de versar la prueba que le hi-



cieran de todo punto necesaria y pertinente y su omisión produjera indefensión en el procesado (S. 14 diciembre 1961).

C. TERMINACIÓN DEL PROCESO: SENTENCIA: a) *Contenido del Resultado de hechos probados*. En varias ocasiones ha recordado esta Sala a las de las Audiencias Provinciales la imprescindible necesidad de dar exacto cumplimiento a lo ordenado en la regla 2.<sup>a</sup> del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Orden complementaria de 5 de abril de 1932, mediante la consignación en el resultando básico, único espacio de la sentencia en el que deben figurar, los elementos precisos para fundamentar los considerandos y apoyar el fallo, porque aun cuando se viene sosteniendo como criterio el reconocer pleno valor como complementario del hecho probado a lo establecido en otras partes de la sentencia que hagan referencia a relatos de hecho, esta apreciación no autoriza a desplazar de su verdadero lugar, extremos que deben constar en la premisa fundamental con la amplitud suficiente, relativos a los antecedentes del caso enjuiciado, detalles de ejecución, participación de los procesados, móvil que los guiaba, circunstancias del hecho y, en general, cuantos datos puedan servir para valorar jurídicamente las infracciones perseguidas, y estas prevenciones aparecen omitidas con respecto a la cuestión objeto del recurso, ya que tan sólo se sienta que el recurrente compró conociendo su ilícita procedencia, los materiales metálicos sustraídos, siendo aquél propietario de una fundición de campanas.—«C» se lee en el testimonio del resultando—, añadiéndose en otro lugar, o sea en el primer considerando, que el procesado aludido, adquirió los objetos robados, conociendo su procedencia, siendo dueño de establecimiento abierto al público dedicado a fundición de metales y a la adquisición de éstos, consideración no muy acorde con lo que en el resultando se ha hecho constar (S. 5 diciembre 1961).

— Lo que tiene que resolver la sentencia son las cuestiones de derecho planteadas por las partes, sin que venga vinculada a hacer declaración expresa sobre las versiones del suceso o de los hechos, que las partes hagan, sino que el Tribunal recoge esas versiones y contrastándolas con el conjunto de las pruebas aportadas al juicio, hace la declaración de los hechos en la forma que los estima probados en conciencia; y como ésta es la única verdad para el Tribunal, no tiene que decir que no lo son las otras invocadas por las acusaciones o defensas, que quedan implícitamente eliminadas con la formulada por el órgano jurisdiccional (S. 30 septiembre 1961).

— Aun cuando el número 1.<sup>o</sup> del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impone a los juzgadores en sus sentencias la obligación de consignar los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos, la circunstancia de haberse omitido a hacer especial mención del precepto del Código de Circulación que como disposición reglamentaria, en relación con el artículo 565 del Código Penal aparece aplicado al caso enjuiciado, aun constituyendo un destacado olvido, que no debió producirse, no es escusa para estimar la existencia de una infracción de Ley motivo de recurso, ya que de los hechos probados derivan con claridad suficiente los elementos precisos por infracción reglamentaria, al no prestar el recurrente en la condición de su vehículo, la atención exigida a evitar una aproximación o roza-

miento con otro camión, que la defectuosa instalación y acondicionamiento de la carga en el primer coche, hicieron movilizar, hasta el punto de desprenderse dos piedras y ocasionarse el resultado lesivo, y como tal infracción aparece puntualizada en el texto del artículo 59 del repetido Código de la Circulación y valorada por el Tribunal sentenciador, aun cuando sin concretar el precepto reglamentario, pero que deriva de una simple imprudencia o falta del indispensable cuidado en el acto de la carga que impidiese su caída, es visto que al no existir la violación denunciada, debe rechazarse el único motivo admitido de este recurso (S. 1 julio 1961).

— No se falta a la exigencia del precepto del art. 142 al no mencionarse expresamente la población donde los hechos sucedieron (S. 21 noviembre 1961).

— Si en el ejercicio del legítimo derecho a la defensa puede ser lícito impugnar una sentencia acudiendo a cuantos medios legales sugiera al defensor el logro del pretendido éxito, es forzoso reconocer que el resultando de hecho contiene siempre, como obligada necesidad, los elementos indispensables determinantes del pre-judicio sobre el fallo que ha de recaer; de ahí que la redacción de tal premisa, aun teniendo que rozar un anticipado criterio judicial, solo limitadamente cabe esté coartado por una exigencia legislativa que vede el empleo de ciertos conceptos de carácter eminentemente jurídico (S. 22 noviembre 1961).

— Si toda condena penal ha de sustentarse sobre una base de hecho, que por imperativo de la Ley procesal ha de hacer el Tribunal al redactar la sentencia, ese fundamento base ha de estar constituido por elementos precisos, claros, terminantes y de caracteres inequívocos con los que construir la figura delictiva, no bastando afirmaciones abstractas en las que no puede fundarse moral, lógica ni legalmente una sentencia, por no desvanecerse toda posible duda que pueda dar lugar a error, y como en la sentencia recurrida se dice únicamente de los procesados que intervenían activamente en la celebración de numerosos contratos de préstamo, en número desorbitado, ello por sí sólo no puede ser constitutivo de materia delictiva por tratarse de contratos reconocidos por la Ley, y si la responsabilidad criminal quiere derivarse de la alegación de que era notorio, dada la calidad de las personas intervinientes, que en muchos de dichos contratos se infringían los preceptos de la Ley de 23 de julio de 1908, la vaguedad de tales afirmaciones no puede servir de fundamento para una sentencia condenatoria, pues tratándose de un delito de usura era preciso que se concretara en lo posible el número de préstamos realizados, nombres de los prestatarios, cantidades prestadas, plazos fijados para su devolución, intereses pactados en cada caso y cualquier otro detalle que conduzca a la convicción de que los reos se dedicaban habitualmente a préstamos usurarios, llegándose en la falta de concreción de los hechos a no poder determinar la responsabilidad civil de los procesados derivada de la criminal, a la que no se dió lugar por dicho motivo (S. 4 noviembre 1961).

b) *Congruencia: Cuantía de las responsabilidades civiles*: Las cuantías de las responsabilidades civiles dimanantes de las criminales, son de facultativa estimación por parte de los tribunales de instancia, sobre todo, cuan-

do responden a indemnizaciones que como las producidas por lesión física, no son susceptibles de una valoración económica exacta, resolviéndose en apreciaciones aproximadas que pertenecen a la soberanía del Juzgador y que no precisan corresponderse matemáticamente con las pedidas por las partes, máxime como, cuando en el caso enjuiciado, las diferencias son mínimas y coinciden en el título causal y personal de la determinación (S 27 diciembre 1961).

6. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: RECURSO DE CASACIÓN: a) *Ambito: a') Procedencia.*—Aunque el auto que pronunció la Audiencia de C. declarando no haber lugar a la remisión de las normas impuestas al recurrente tenga el carácter definitivo, no existe en nuestro ordenamiento procesal precepto alguno, y por ello el recurrente no lo cita, por el que se autoriza el recurso de casación contra el mencionado auto del Tribunal a quo (Auto de 17 octubre 1961).

— Al no hallarse expresamente previsto por la Ley la posibilidad de ejercicio del recurso de casación contra autos que como el recurrido, desestiman la solicitud de aplicación de indulto, se ha infringido en la interposición del único motivo del recurso lo preceptuado en el artículo 848 de la ley de Enjuiciamiento criminal, incidiendo en la causa de no admisión del número 4.º del artículo 884 del mismo ordenamiento (Auto 4 diciembre 1961).

b') *Inadmisibilidad de cuestiones previas o nuevas.*—No habiéndose planteado en el escrito de calificación ni en las conclusiones elevadas a definitivas por la defensa la circunstancia atenuante de embriaguez, sobre cuyo no pronunciamiento se funda el tercer motivo del recurso, éste debe ser rechazado de plano, por tratarse de una cuestión nueva (S. 30 octubre 1961).

— Según doctrina repetida de esta Sala, la jurisdicción de casación no admite cuestiones previas, sino exclusivamente el examen y fallo sobre los motivos de casación desarrollados en el recurso y admitidos a debate, por lo que debe reducirse esta resolución a examinar y resolver los recursos de forma y fondo interpuestos por el condenado (S. 2 diciembre 1961).

b) *Casación por infracción de ley: a') Artículo 849, número 1º.*—Aun cuando las órdenes comunicadas como la indicada de 25 de marzo de 1955 no tienen el valor de normas sustantivas que hayan de ser observadas en la aplicación de la Ley penal a efectos del recurso de casación por infracción de Ley, del examen del hecho probado, no obstante, hacerse constar inadecuadamente en él que el procesado necesitaba carnet de primera clase especial, razonamiento propio de una consideración jurídica, no derivan perfectamente determinadas, como era obligado declararlo, las condiciones del camión que el recurrente conducía el día de autos, aún en la hipótesis de que pudiera aplicarse la Orden, por omitirse sus características de dimensiones, peso y carga necesarios para poder apreciar si era precisa la posesión del aludido carnet para conducir aquel vehículo en orden al artículo 221 del Código de la Circulación y al hallarse el procesado provisto del permiso de primera clase, suficiente según el artículo 261 del mismo Código en relación con la Ley de 9 de mayo de 1950 para la conducción de camiones de carga como el que llevaba, es indiscutible la existencia de la

infracción denunciada, puesto que las órdenes comunicadas como la que sirve de fundamento al fallo, en oposición a un precepto legal como es el artículo 261 citado, también aplicado, no obligan a los Tribunales, según el número 1.º del artículo 7.º de la Ley Orgánica del poder judicial, por lo que debe ser estimado el recurso (S. 16 octubre 1961).

— El recurso de casación por infracción de Ley tiene, en nuestra ordenación procesal criminal, dos modalidades, una nacida por la aplicación estimada improcedente de un precepto penal sustantivo a unos hechos dados, y otra en la que surge la infracción legal de haberse utilizado como base fáctica unos hechos combatibles adecuadamente y que llevan a la estimación de error en ellos (S. 16 octubre 1961).

— Los Decretos de indulto no son preceptos de Derecho penal de carácter sustantivo (S. 17 octubre 1961).

— Las sentencias de esta Sala no tienen nunca el valor de preceptos de carácter sustantivo que hayan de ser tenidos en cuenta en la aplicación de la Ley penal (S. 13 noviembre 1961).

— Los artículos 25 y 17 del Código de la Circulación y la Orden de 7 de diciembre de 1955, son disposiciones todas no sustantivamente penales y sin rango de ley y que no encajan en el número 1.º del artículo 849 (S. 28 noviembre 1961).

— Las disposiciones de la legislación laboral contenidas en los artículos 53 del texto refundido de la Ley de 22 de junio de 1956, y 2.º, 6.º y 7.º del Reglamento de la misma fecha no tienen carácter sustantivo (S. 14 noviembre 1961).

— Si bien en el momento procesal correspondiente aparece propuesta por la parte recurrente la prueba testifical de examen de los tres testigos que en el recurso se mencionan y que no consta en autos hayan sido oportunamente citados, el hecho de su incomparecencia al juicio oral no puede ser motivo al recurso de forma del número 1.º del artículo 849 de la propia Ley, por no haberse formulado la necesaria reclamación por tal falta, como a ello obligaba el último párrafo del artículo 855 de la propia Ley, porque el simple hecho de ser interesada la suspensión del juicio por no comparecer esos testigos, no es la reclamación que la Ley procesal exige (S. 22 septiembre 1961).

— El Fuero de los Españoles es carente de naturaleza penal, y al ser tomado en cuenta en la casación convertiría ésta en una especie de recurso por anticonstitucionalidad totalmente extraña a sus propias características procesales (Auto 7 noviembre 1961).

— El único motivo del recurso, apoyado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal denuncia como infringido por inaplicación o erróneamente interpretado el artículo 443, de donde se sigue la infracción por aplicación indebida de los artículos 430 y 429, número 3.º, todos ellos del Código penal y tiene que desestimarse por plantear en casación la cuestión nueva sobre si quien presentó la denuncia estaba o no comprendida en el mencionado artículo 443, alegación que debió hacerse ante la Sala que es quien con el sumario a la vista pudo atenderla y resolverla, cosa que hoy no puede hacerse, ya que según consta en el tercer resultando de la

sentencia recurrida, la defensa del procesado se limitó a negar los hechos, y ya tiene declarado esta Sala que el hecho probado no necesita exponer la actuación procesal —con mayor motivo cuando no fue materia debatida— sino limitarse a elementos esenciales y sus circunstancias (S. 18 noviembre 1961).

b') *Art. 849, núm. 2: Error de hecho*: El error de hecho ha de nacer necesariamente de afirmaciones del Tribunal y no de las interpretaciones que le den los recurrentes (S. 30 septiembre 1961).

— La póliza de seguro del folio 51, si realmente acreditaría el hecho de que G. Q., S. A. tenía uno de accidente suscrito con P., por ser colectivo, no llevaría incontrastablemente a estimar que Eusebio M. fuese uno de los beneficiarios y finalmente los dos recibos de los folios 48 y 49, expedidos por la Caja Central, podrían haber dado lugar, no a la demostración de un error en el relato de los hechos probados, sino más bien a la adición de extremos no recogidos en la relación fáctica, constancia de unos pagos por P., según la legislación de accidentes y por muerte de Eusebio, pero no determinarían la casación por la virtualidad del error, por cuanto éste, para ser valorable, habría de producir una infracción de Ley, ante el cambio eficaz de la premisa menor en el juicio lógico-legal que la sentencia implica y como se verá, en posterior considerando, tal influencia sobre la premisa mayor, que es la Ley misma en su aplicabilidad pertinente, no sería efectiva y trascendente al fáto, aun en el supuesto de la adición a que se viene aludiendo, por lo que se hace preciso desestimar el motivo (S. 14 noviembre 1961).

— Señalar que no se ha tomado en cuenta una sentencia dictada en la vía civil es una invocación que carece de consistencia, porque las omisiones no constituyen en sí errores, sino en su caso falta de elementos probatorios que procedería examinar en el cauce del recurso por quebrantamiento de forma y no del de fondo (Auto 7 noviembre 1961).

c') *Documento auténtico*: a') *Tienen tal carácter*: Aunque una certificación expedida por el Secretario sea documento auténtico en cuanto a su forma externa, no reúne tal carácter el contenido de la misma, que se limita a decir lo que declararon los testigos, pues de otro modo sería un procedimiento inadecuado para considerar como documentalmente auténticas las manifestaciones hechas en el juicio oral, en contra de lo que reiteradamente tiene manifestado esta Sala (S. 11 noviembre 1961).

— De la diligencia judicial de inspección ocular realizada por el Juzgado instructor aparecen como investidos de autenticidad a los fines de casación, los datos objetivos recogidos por directa observación del juez (S. 18 octubre 1961).

— Las actas notariales reducen únicamente su autenticidad a lo observado por el funcionario que las extendió, no a lo manifestado en ellas por otras personas que han intervenido en las mismas, ya que el testimonio de verdad se limita a quien como tal funcionario goza de fe notarial (S. 6 octubre 1961).

— Los certificados de los Agentes de Cambio y Bolsa que se aducen sólo acreditan la fecha en que se realizaron determinadas ventas de valores, el Banco que ordenó dicha venta y el nombre de los que figuraban como titulares de los valores vendidos, lo que hubiera podido llevar en vía distinta de la penal a determinar si el reo usó correcta o incorrectamente del poder ge-

neral que el Banco le había concedido, en cambio no acredita ante la jurisdicción penal la fecha y la cuantía de cada apoderamiento, para lo que no basta conocer la fecha y la cuantía de las ventas de valores que después fueron objeto de apoderamiento en cantidades y en tiempos que no resultan de tales documentos (S. 30 diciembre 1961).

-- El plano de la confluencia de dos calles, aunque se le repunte auténtico como enviado por la Alcaldía a petición del Juez instructor, no sirve a la finalidad perseguida por el recurrente, porque sólo acredita el ancho de la calle donde ocurrió el atropello, pero no el punto en que ocurriera, lugar donde se encontrara la víctima, dirección y situación del autobús, en fin nada que sirva para explicar el hecho enjuiciado (S. 7 diciembre 1961).

-- Aun admitiendo como documento auténtico la certificación expedida por el señor Secretario de la Audiencia y aun estimando que la sanción de 300 pesetas de multa se refiere al mismo escrito del recurrente, la jurisdicción disciplinaria no puede invalidar la criminal, ni el ejercicio de aquella impedir la persecución y sanción de un delito (S. 30 septiembre 1961).

b") *No tienen carácter auténtico.*—A los efectos de casación no es documento auténtico el atestado de la Guardia Civil (S. 27 octubre 1961).

-- No es posible señalar la misma sentencia recurrida como documento auténtico para demostrar el error en la apreciación de la prueba (Auto 19 septiembre 1961).

-- Un volante del Registro de la Propiedad Industrial carece de todo carácter oficial de fehaciencia (S. 6 octubre 1961).

-- Los informes facultativos y de policía carecen del rango de autenticidad a efectos de casación, máxime si se refieren a cuestiones periféricas de entidad de las lesiones y extremos de conducta (S. 13 octubre 1961).

-- No puede estimarse como documento auténtico a los fines de casación, una diligencia no de inspección ocular inmediata, sino de reconstitución de hechos llevados a cabo por el Juzgado un año después del suceso y en la que se toman en cuenta, no tanto apreciaciones coetáneas del Juez, que es el único aspecto de autenticidad, como manifestaciones testificales a las que no alcanza dicho privilegio procesal (S. 21 septiembre 1961).

-- La declaración de un testigo, cualquiera que sea el concepto con que deponga, no tiene la condición de documento auténtico a los efectos de casación (S. 15 noviembre 1961).

-- La certificación de la Caja Provincial de Ahorros, no puede ser documento auténtico a efectos de casación, pues no emana de un organismo público, ni por sí tiene fuerza para mostrar la equivocación evidente del juzgador (Auto 26 octubre 1961).

-- No puede concedérsele carácter de auténtica a una manifestación contenida en el acta del juicio oral, pues si bien el acta citada es formalmente documento auténtico, no significa que le conceda veracidad a las manifestaciones en ellas recogidas de declaraciones de testigos (Auto 26 octubre 1961).

-- No tienen naturaleza de documentos auténticos los escritos de las partes, al ser meras expresiones de voluntad que no pueden imponerse al juzgador (A. 19 octubre 1961).

— Un escrito privado, sin especiales circunstancias de constancia fidedigna, carece de autenticidad (S. 14 noviembre 1961).

-- El mismo documento en que se supone cometida la falsedad —pieza de convicción— no puede utilizarse como auténtico a los efectos de mostrar el error de hecho en la apreciación de las pruebas, porque sería oponer el criterio del recurrente al que el Tribunal ha formado sobre el examen de ese documento, desnaturalizando además la materia de este recurso, al sustituir la oposición de hechos por una de criterios (Auto 19 octubre 1961).

-- Las piezas de convicción, aunque sean documentales, no pueden utilizarse como documentos auténticos a los efectos de mostrar el error de hecho del Tribunal sentenciador, porque sería oponer el juicio del recurrente al que formó el Tribunal sobre el examen de esas piezas; como tampoco puede combatir ese supuesto error con documentos que se dicen inexistentes, por no ser verdad tangible y real que se pueda oponer a una afirmación del hecho; y los documentos privados en general, sobre todo si son unilaterales, tampoco pueden revestir aquel carácter, porque son expresiones de voluntad o afirmaciones de hecho, que han de ser apreciadas libremente y en conciencia por el Tribunal (Auto 6 noviembre 1961).

— El simple permiso de apertura o instalación de un negocio de alquiler de habitaciones (meublé) no contradice el hecho probado de que abusando de dicha autorización y al margen de la misma se desarrollaran en el piso donde se instaló el citado negocio de actividades propias del ejercicio de la prostitución que se ocultaba al dar cuenta obligada del movimiento y marcha del negocio autorizado (S. 11 noviembre 1961).

- Las manifestaciones de los Agentes de la Autoridad sobre visibilidad y estado de las carreteras, aunque se den en forma de oficio; los impresos de propaganda de las casas constructoras de automóviles y los informes de las mismas sobre eficacia de los frenos de sus coches, no pueden revestir el carácter de documentos auténticos a los efectos de la casación penal, por no contener verdades absolutas e irrefutables y ser meras opiniones o apreciaciones de los que suscriben tales documentos y, por tanto, sometidos a la libre apreciación del Tribunal sentenciador (Auto 17 noviembre 1961).

- El invocado atestado instruido por la Policía portuguesa no contiene, en cuanto se le quiere utilizar a los fines del recurso, sino unas declaraciones de encartados o de terceras personas, a cuyas manifestaciones de prueba de testimonio no puede otorgarse la condición de documento auténtico a los efectos de la casación penal, por cuanto, como tantas veces se ha reiterado por esta Sala, la prueba testifical, aun la practicada en juicio con todas las ritualidades procesales, es de las que siempre quedan a la libérrima apreciación de los Tribunales sentenciadores (S. 18 diciembre 1961).

— Ni el parte de la Casa de Socorro, ni el acta del juicio oral, en su integridad procesal, ni en relación con una prueba testifical, son documentos auténticos a los fines de casación, como tantas veces lo tiene declarado esta Sala (Auto 16 diciembre 1961).

— La llamada «diligencia de reconstrucción de los hechos» que figura en el sumario, es una mera manifestación de opiniones de dos testigos presentados por la acusación que depone a la vista del plano en el despacho del juez

sin trasladarse siquiera al lugar de autos, y como simples declaraciones carentes de valor para vincular a ellas el Tribunal sentenciador (S. 7 diciembre 1961).

La diligencia de inspección y el croquis unido a ella son documentos que, aunque tengan el carácter de auténticos, no contrarían la relación de facto, aparte que las circunstancias referentes a como se produjo el choque no se pueden obtener por la diligencia de inspección, pues allí se dice que no se aprecia signo de ninguna clase que evidencia el punto exacto donde se produjo la colisión, ni indicios de frenazos ni cosa semejante (S. 1 julio 1961).

c) *Casación por quebrantamiento de forma.* a') *Denegación de diligencias probatorias* (art. 850-1.º). Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma con base en el número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por incomparecencia al acto del juicio oral de los tres peritos y un testigo propuestos por la defensa de la procesada, prueba que fué admitida y declarada pertinente por la Sala de instancia, suspendido el juicio por no haber comparecido los aludidos peritos y señalado de nuevo, no fueron citados en forma todos ellos, dejando de comparecer a este señalamiento, no obstante, lo que y con la protesta de la defensa por no acceder la Sala a nueva suspensión sin razonar el motivo del acuerdo, protesta que se formuló igualmente por no haber concurrido un testigo de dicha defensa citado en forma, por negarse aquélla a la suspensión del acto sin consignarse tampoco diligencia del mandamiento en que el Tribunal basaba esa resolución y como únicamente es posible prescindir del examen de testigos propuestos y admitidos cuando existan suficientes elementos de prueba y por ello no se precisa la comparecencia a «contrario sensu» de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 746 de la LEC., y en cuanto a los peritos, la falta de citación en forma de uno de ellos por haber cambiado de residencia, no exime de que aquella se practique en el lugar en que se encuentre dando cumplimiento a la ordenado en el artículo 660 de la citada ley procesal, y como ningún valor cabe que se reconozca a la diligencia de los agentes judiciales que aseguran que los otros dos peritos citados, no comparecerán al juicio oral, porque el Letrado que los propuso, les indicó que no concurriesen, cuando por orden de la Sala que tiene plenas facultades para sancionar esas incomparecencias, había sido acordada esa citación, quedando por ello obligado a la comparecencia, siendo notorio que todas esas faltas originan el vicio de forma que ha sido denunciado, porque esas pruebas han sido propuestas en tiempo y forma, fueron admitidas y declaradas pertinentes, y luego en el acto oral, sin razonamientos de ningún género no se llevaron a la práctica, con lo que el Tribunal a quo contradice sus propios actos, no fundamentando en el acta el motivo de no accederse a la suspensión solicitada, debe ser acogido el recurso de casación por quebrantamiento de forma, habida cuenta de la situación de indefensión creada, retro trayendo el procedimiento a efectos de nuevo señalamiento para el juicio oral y citación de todos aquellos cuya comparecencia ha sido interesada por las partes (S. 30 noviembre 1961).

-- Si la presencia del testigo se consideró innecesaria a los fines de formar la Sala su convencimiento, es claro que no estaban obligada a acceder



a la petición de que se consignasen en acta las preguntas que el letrado pensaba dirigir a su testigo, ya que ningún precepto obliga a consignar otro extremo que el de las protestas, y en cuanto al argumento desarrollado en el segundo motivo del recurso, de que por tal omisión se priva a este Tribunal de decidir sobre la pertinencia o impertinencia de lo solicitado, al amparo del número 1.º del artículo 850 de la Ley procesal antedicha, hay que tener en cuenta que el precepto hace mérito a denegación de diligencias de prueba y no a la facultad de suspensión de juicio, cosas bien diversas, eso sin contar con que en el propio recurso se pone de manifiesto el valor de la que se propuso, mínimo ciertamente ya que se limita a la opinión personal de un letrado, no parte en el proceso, que materialmente no podía vincular al Tribunal ni destruir el resultado de las otras pruebas practicadas. (S. 8 noviembre 1961).

— Si el testigo fué propuesto originariamente por el Ministerio Fiscal y no por el recurrente, habiendo depuesto más de una vez en el sumario en su cualidad de perjudicado, no parece verosímil que una nueva declaración habría de modificar sustancialmente lo que sobradamente constaba en autos (S. 8 noviembre 1961).

— No ser testigo designado nominalmente por el que formuló la protesta, y no haberse manifestado los extremos sobre los que habría de versar su declaración, para que el Tribunal a quo hubiera podido valorar la imprudencia y trascendencia de tal testimonio, no puede llegarse a la conclusión de que el acuerdo de la Audiencia de que continuara el juicio produjera la indefensión del recurrente (S. 15 noviembre 1961).

— Si se excusó el Director de un centro oficial como perito designado por la parte y estimada suficiente su excusa por el Tribunal Provincial se hizo saber a la defensa, para que instase lo que a su derecho conviniese, y ésta pidió se designase al Subdirector médico del mismo centro oficial del perito anterior y, en su defecto, al sustituto lo que no pudo llevarse a cabo por no existir cargo de Subdirector en aquel centro, y en tal caso no es deficiencia de práctica de prueba, sino insuficiente designación por la parte que propone al perito que haya de realizar aquélla, por lo que procede desestimar este recurso (S. 14 noviembre 1961).

— La denegación de suspensión del acto del juicio oral que el motivo del recurso por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, carece de los pretendidos efectos al no efectuar la prueba propuesta a la responsabilidad criminal del reo, consistiendo en un aspecto de la civil, sobre la renuncia a la misma, que pudo producir todos sus efectos en cualquier momento procesal, incluso en el de ejecución, al versar sobre cuantía de indemnizaciones que en sí no suelen constituir materia de casación (S. 21 noviembre 1961).

b') *Omisión de citación del responsable civil (art. 850-2.º)*.— Para que pudiera ser citado en instancia el responsable civil subsidiario sería preciso que lo hubiese sido en autos, y antes bien por nadie se ha instado la responsabilidad subsidiaria en el sumario, ni se ha interesado en el escrito de calificación fiscal, parte acusadora a quien incumbía hacerlo (S. 22 septiembre 1961).

c') *Falta de claridad de los hechos probados (art. 851-1.º)*.—Se dice que los procesados «previamente concertaron y en beneficio propio violentaron...» realmente y en el aspecto sintáctico de la construcción gramatical el pretérito «concertaron» debió venir seguido de su predicado, y ante esta omisión, o se concluye que falta y todo, en consecuencia, carece de sentido, o salvada de deficiencia de redacción se acude a la norma, no extensiva, sino estricta, de interpretación por el conjunto de la misma relación fáctica, sin ninguna añadidura ni salida del campo de lo literal, y entonces se tendrá sin oscuridad alguna, que el concierto antecedentes fué para los consiguientes robo con violencia en la cerradura de la puerta de la oficina y fuero conjunto de los mencionados como concertados, por lo que patente queda como no se dió, en lo fundamental, la falta de claridad que era precisa para el éxito del recurso (S. 21 noviembre 1961).

-- No carecer de la falta de claridad que se denuncia, porque el Resultando distingue perfectamente los hechos de llevarse el procesado diversas cosas y una yegua con su cría, sin relevancia penal a los efectos de la sanción y el posterior de llevarse igualmente una vaca con su cría, única conducta que se enjuicia y que la Sala de instancia estimó punible, no surgiendo la falta de claridad por no precisarse cuáles han sido «las cosas» llevadas, dato indiferente cuando, como se ha razonado, no ha sido tenido en cuenta, ni para calificar el delito ni para la imposición de la pena, no alcanzando más valor que el expositivo como antecede de la posterior conducta inculpada (S. 3 octubre 1961).

— Existe expresión clara en el relato de los hechos probados, así como declaración terminante de los mismos, porque consigna personas, fechas en cuanto lo estima pertinente el Tribunal, lugares, actuación del recurrido y resultando de dicha actuación, si bien el agravio que denuncia el acusador particular recurrente consistente en que el referido hecho probado omite la expresión de fechas, cantidades y nombres de propietarios o titulares de valores y otros extremos; la omisión en este caso no constituye falta de expresión clara y terminante de aquel Resultando de hechos probados, sino juicio del Tribunal sobre acreditación y prueba o falta de una u otra para los datos que figuran como conclusión definitiva de dicha acusación particular y conforme a doctrina repetida de esta Sala, la omisión de tales datos en el hecho probado implica su denegación a juicio del Tribunal Provincial, por lo que debe desestimarse dicho recurso de forma. (S. 30 diciembre 1961).

-- En el primero de sus resultados, de un modo terminante y con toda claridad se expresa la situación del procesado respecto a la entidad perjudicada, la cantidad de que se apropió, los distintos modos de que se valió para ello, es decir, se expresan los puntos esenciales y útiles para poder deducir las consecuencias jurídicas que se reflejan en el fallo, sin que fuera obligado consignar en detalles ciertos datos alegados por el recurrente, que como elementos probatorios obrantes en la causa debió tener a la vista el Tribunal sentenciador para apreciarlos en conciencia y formar juicio, llevando a la declaración fáctica los que consideró de esencia para la fundamentación del fallo (S. 27 diciembre 1961).

— La duda que expresa la Audiencia de que las lesiones, cuyo origen no ha podido determinarse, fueran debidas, como efecto concreto, al proceder de la acusada o a circunstancias concomitantes o anteriores, es un resultado probatorio firme y definitivo, que no significa falta de claridad ni de redacción terminante de los hechos probados, sino insuficiencia, dificultad o contradicciones de la prueba, a que está sujeto el falible juicio de los hombres y de los medios probatorios que la ley pone al alcance de los Tribunales, que no están obligados a declarar como probado un hecho que como expresa el considerando respectivo de la sentencia impugnada, les produce muy fundada duda y con acierto manifiesta que debe inclinarse a favor de la inculpada. (S. 14 noviembre 1961).

d') *Contradicción entre los hechos probados (art. 851-1.º)*. Incurrir en vicio de forma según el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la sentencia que al redactar los hechos, que no son tan sólo los expuestos en el resultado básico sino los que como tales hechos figuran en otros extremos de la resolución combatida, cuando entre ellos existe manifiesta contradicción y como primeramente se afirma el apoderamiento de diversos efectos propiedad de dos establecimientos «instalados conjuntamente en un edificio» en cuyo local se penetra por el reo descolgándose con un alambre desde una azotea y entrando por una ventana, causándose determinados daños, siendo los efectos sustraídos de dos propietarios distintos con valoración diferente para cada perjudicado, añadiéndose en otro lugar que los locales estaban perfectamente separados, contradiciendo así lo anteriormente sentado, de que los establecimientos estaban instalados conjuntamente, considerándose la acción como constitutiva de dos delitos y castigándose como uno sólo, no obstante lo que se condena al pago de dos indemnizaciones civiles, como si se hubieran penado realmente esos dos delitos, es notorio que se da el quebrantamiento de forma que el Ministerio Fiscal ha denunciado. (S. 11 diciembre 1961).

— Aun dando por supuesto el error de expresión en el inciso letra D. de la declaración de hechos probados en lo que respecta a mencionar la no satisfacción de letras vencidas, cuyo vencimiento se alega en el primer motivo del recurso no haber tenido aún lugar el día 10 de noviembre de 1951 en que se suscribió el contrato adicional que dio lugar al libramiento de la letra por valor global de 388.118 ptas., datada el mismo día, ello no entraña valor procesal suficiente para justificar la casación por quebrantamiento de forma que al amparo del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se postula en dicho motivo, que en consecuencia ha de ser desestimado, porque con la contradicción debida a una imprecisión de léxico, no se perjudica la claridad de los hechos ni interfiere en su estimativa jurídica ya que no ventilándose en el actual procedimiento un proceso de tipo cambial o civil en que interesen decisivamente cuestiones de pago, sino conductas falsarias, para las que resulta intrascendente el vencimiento o no de las letras anteriores, por las razones que se expondrán al examinar el recurso de fondo, por todo lo cual la corrección de las expresiones que como contradictorias se denuncian no producirán otro efecto que el meramente dilatorio

sin reflejo alguno sustancial en las premisas de facto y menos aún en las de derecho que de ellas derivan (S. 22 diciembre 1961).

— La contradicción entre los hechos probados, materia del recurso de casación por quebrantamiento de forma, ha de obtenerse de una oposición excluyente entre los hechos que se dan como probados, al punto, que la existencia de uno repela la de su contrario, no de una relación más o menos probada en la exposición de esos mismos hechos, cuando del contexto de toda ella se percibe con claridad una manera lógica de producirse los acontecimientos sin contradicción entre ellos: y así la frase «cogió una piedra que llevaba en la mano» seguida, después de otras oraciones interlocutorias, de que se dirigió a su adversario para desarmarle, no expresa una cosa imposible lo que ya se tiene, sino al hecho de que llevaba la piedra en la mano cuando se dirigió a su contrario; y completado de este modo el sentido de la oración, no es posible acoger el primer motivo del recurso, articulado por esa supuesta falta (S. 21 diciembre 1961).

— La falta de concreción en las cantidades parciales y de precisión en las fechas no impide que la Sala pueda fijar una cantidad como apropiada como resultado del juicio formado a la vista de las pruebas practicadas y que de haberse podido llegar a la concreción de todas las cantidades hubiera, sin duda, resultado de mayor entidad la cantidad objeto de la apropiación (S. 27 diciembre 1961).

— No existe contradicción entre aquello que es indiferente a los efectos legales, como obtener con el ejercicio venatorio la ocupación de los animales fieros y salvajes y la forma punible de tal ejercicio infructuoso (S. 16 noviembre 1961).

— No existe contradicción alguna, ni por ende quebrantamiento de forma, al afirmarse en la sentencia el desconocimiento de los motivos de la agresión y sostenerse en cambio el ánimo homicida del agresor, por cuanto que las motivaciones afectan a la genética del acto y las intenciones a lo teológico, perspectivas lógicas y psíquicas perfectamente diferenciadas (S. 30 octubre 1961).

e') *Predeterminación del fallo* (art. 851-1.º).—La expresión del «ánimo de lucro» en la conducta descrita en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada no es correcto jurídico determinante del fallo en el sentido que en el único motivo del recurso se pretende, de quebrantamiento de forma amparado en el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, por cuanto que el ánimo lucrativo es un concepto más bien que jurídico psicológico, y adecuado por ende a descripciones fácticas, eso sin contar con que por sí, su mera constancia nada prejuzga, al no ir en concurrencia con otras actividades específicamente criminales, por ser las meramente lucrativas de un tenor jurídico neutro, de posible licitud en el terreno penal (S. 8 noviembre 1961).

— No ser conceptos jurídicos determinantes del fallo los que en él se consignan de proponerse el agresor privar de la vida al lesionado, mención que, por el contrario, era absolutamente precisa para el desarrollo de la calificación jurídica del hecho, aunque contradijera la tesis del recurrente que tendía a resolver la agresión en un nuevo delito consumado de lesiones,

diferenciable del frustrado de homicidio precisamente en ese dato psicológico de la intención que era forzoso consignar y que por ser un hecho es encuadrable correctamente en el resultando (S. 27 octubre 1961).

— Si bien es cierto que en alguno de sus artículos el Código penal emplea las palabras «atribuyéndose», «apropió» y «animó de lucro» que también consta en el hecho probado, son de uso tan vulgar y corriente que no puede considerárselas como preceptos jurídicos que impliquen la determinación del fallo, pues la palabra «atribuyéndose», no tiene más interpretación que la de hacer creer, para conseguir la entrega de los azulejos, que tenía medios económicos de los que carecía, lo que constituye el engaño típico en los delitos de estafa, «apropiación» pasar a su patrimonio la citada mercancía, y el «ánimo de lucro» la intención de tener un beneficio económico después de la fingida solvencia y pasar a su disposición la mencionada mercancía que vendió y se aprovechó con su importe. (S. 23 octubre 1961).

— El empleo del término «violencia» usado para caracterizar la ejercida por el procesado en la puerta de entrada, en el resultando de hechos probados de la sentencia, es a la vez impreciso y jurídico predeterminante del fallo; impreciso y por ende carente de claridad a los efectos de calificación de robo del artículo 504, al no concretar en qué consistió la violencia, extremo preciso para decidir si se comprende o no en las modalidades comisivas que en tal precepto exhaustivamente se especifican; y concepto jurídico, predeterminante del fallo, al usarse la misma expresión al definirse genéricamente el delito de robo en el artículo 500 del Código penal, por lo que la sentencia ha incurrido doblemente en los efectos de falta de claridad y predeterminación. (S. 18 octubre 1961).

— Aunque la frase «falta de atención y cuidado» aisladamente considerada pudiera implicar ese defecto, deja de serlo al añadir la relación circunstanciada que el atropello tuvo lugar por no apartarse lo suficiente el procesado: frase ésta que expresa un hecho concreto, el modo de circular el conductor del vehículo, que no envuelve idea jurídica, aunque de este hecho se deriven consecuencias de esta naturaleza, como de todo acto humano, y que deja sin contenido las palabras «falta de atención y cuidado» al extremo que suprimidas éstas de la narración, quedaría la misma con todos los elementos precisos para enjuiciar el hecho sumarial (S. 1 diciembre 1961).

— Aun cuando en la realidad contemplada, aparece usado en el primer Resultando la palabra «prima», forzoso es convenir que en muy raros casos un término gramatical llega a integrar un concepto ya que éste representa según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua un «pensamiento expresado con palabras» y como del conjunto de las empleadas para exponer la idea que quiere desarrollarse prescindiendo de la palabra combatida, se aportan elementos bastantes para significar la realización de actos de percepción ilícita de dinero por dar tres viviendas en alquiler y sobre los precios fijados a los arrendamientos, es notorio que el denunciado vicio de forma no se ha producido con los caracteres precisos para estimar la necesaria acogida del único motivo de recurrir (S. 9 diciembre 1961).

— Consignarse en el resultado aludido «por no ser dueño de los mandos del vehículo», referido a la conducta del procesado al ocurrir el accidente, ya

que si dichas frases responden a lo que aparece inserto en el artículo 17 del Código de la Circulación como ese precepto ni se ha mencionado ni se ha aplicado en la sentencia el caso enjuiciado, no puede decirse que prejuzguen un fallo que condena por imprudencia del número 1.º del artículo 565 en relación con el 407 del Código Penal en los que se apoya (S. 8 diciembre 1961).

— Para que sea aplicado el mencionado precepto, es necesario que el concepto empleado sea tan eminentemente jurídico que por sí sólo implique la predeterminación del fallo, y que sea tan técnico que no pueda entenderse por personas ajenas a la vida del derecho, y el «ponerse de acuerdo», «falsas notas», «supuestas entregas», «medio falaz», «defraudaron», «evidente animo de lucro», son tan vulgares y corrientes en la vida ordinaria, que cualquier persona medianamente culta, conoce su alcance y significado pero es que además, si se llevara tan rigidamente el que no constara en la declaración «de facto» ningún concepto que figurara en las Leyes Penales, fácilmente se llegaría a una oscuridad en los recursos que pudieran ser motivo para alegar el mencionado núm. 1.º del art. 851 (S. 21 diciembre 1961).

— Las cercanías de un punto y la distancia menor de 200 metros no son expresiones imprecisas para concretar si se trata de casco urbano o de zona rural, ya que con anterioridad el hecho probado expresa que el recurrente conducía su camión por la carretera de Andalucía con dirección a esta capital, y en cuanto a que dicha referencia de distancia, constituya concepto predeterminante del fallo como expresión idéntica o semejante a la del artículo 26 del Código de la Circulación, ha de rechazarse igualmente porque no se trata, según la doctrina de esta Sala, de expresión compendiosa de una idea, norma o institución jurídica, sino de un hecho que regulan las disposiciones administrativas sobre tránsito y en el caso presente se han de tener en cuenta para la debida apreciación del hecho enjuiciado (S. 2 diciembre 1961).

— Decir que se presentó a un guardia manifestándole a impulsos del arrepentimiento espontáneo, que había disparado un tiro contra su suegro, y que lo hizo antes de haberse abierto procedimiento judicial alguno, es la expresión de hecho —la presentación— y el momento en que tuvo lugar, dato necesario para poder aplicar o no la atenuante 9.ª del art. 9.º, y las palabras «a impulso de arrepentimiento espontáneo», aunque sean las mismas utilizadas por el precepto legal, son usuales en el lenguaje ordinario para dar a conocer la motivación de un acto y su comprensión no precisa conocimientos jurídicos; y si bien este factor principal puede ser revisado en casación, como cualquier otro de esa índole, en el caso contemplado no es el soporte de la atenuante aplicada, porque sin esas palabras la atenuante venía indicada por el conjunto de la narración fáctica, y su omisión hubiera sido intrascendente para valoración de los hechos (S. 21 diciembre 1961).

— Las expresiones de la declaración fáctica de «por no disminuir su marcha o parar» y «no siendo dueño del mando de su vehículo» no tiene otra significación que la de explicar con la mayor exactitud de lenguaje la actuación del culpable determinante de la figura delictiva perseguida, siendo vocablos de uso corriente que no implican conceptos jurídicos predeterminantes del fallo (S. 21 diciembre 1961).

— La frase que se consigna en el resultando de hechos probados «con evi-

dente propósito de acabar con su vida» no es un concepto jurídico que predetermina el fallo, puesto que son palabras usuales y corrientes cuya significación está al alcance de cualquier persona de cultura media, y para su perfecta comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de derecho, pero es que además aunque se suprimiera el párrafo entrecomillado, objeto de la impugnación, quedarían en las premisas de facto elementos más que suficientes para poder afirmar que la intención que guió al culpable al realizar la agresión fue, sin género de duda, la de causar la muerte del agredido (S. 22 diciembre 1961).

— Las expresiones «con unidad de propósitos», «prevalido de las facilidades que su cargo le proporcionaban», «faltando a los deberes de lealtad», «se apropió en propio provecho y en perjuicio de la misma», «empleando para apropiarse», «suplantando su personalidad» y «propiaciones continuadas», en que se basa el motivo tercero por quebrantamiento de forma no implican conceptos jurídicos que predeterminen el fallo, pues son vocablos de uso corriente, empleados en la sentencia recurrida para expresar con exactitud y precisión la actuación del culpable y califican su conducta (S. 27 diciembre 1961).

— Si bien es cierto que dice «Animo de lucro», tales palabras son tan de uso vulgar y corriente que, aunque las consigna el Código Penal, no puede concedérseles más alcance que el de manifestar que el apoderamiento del dinero y ropas, no tenía más móvil que el beneficio económico que esperaba obtener la recurrente y que declara también al enumerar los perjudicados y la cantidad en que lo fueron, declaración que en todo caso es necesaria para perfilar el delito contra la propiedad, y en cuanto al concepto de «ilícita procedencia», también de uso vulgar y corriente, no tiene más alcance que el señalar que el otro procesado absuelto, al recibir el dinero y ropas de la recurrente desconocía que eran sustraídos, declaración necesaria para fundar, como hizo en el cuarto Considerando, su absolución (S. 13 noviembre 1961).

— Es inexacto el empleo de términos jurídicos predeterminantes del fallo, puesto que la circunstancia de hacerse constar en el hecho básico que el procesado, obstinado en la errónea creencia de que una vaca con su cría pertenecía al haber hereditario de su difunta suegra, ni la prejuzga o predetermina el fallo, ni es concepto jurídico indebidamente consignado en lugar inadecuado de la sentencia, en razón a que ni el legislador para definir el hurto o la coacción lo emplea, ni usa de por sí expresiones de derecho que exigen conocimientos técnicos para su comprensión o entendimiento, sino vulgares expresiones empleadas en un relato, derivadas de las pruebas que han sido practicadas en el proceso, del que «resultan», según los juzgadores aseguran (S. 3 octubre 1961).

— Para que la utilización de conceptos jurídicos en los hechos probados puedan motivar un quebrantamiento de forma del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es preciso que esos conceptos se consignen como hechos, al punto que su eliminación deje sin contenido a la narración de facto; y no puede constituir tampoco esa infracción emplear palabras que figuren en el artículo del Código que se aplica al rec cuando estas palabras son de uso corriente y vulgar y no precisan de conocimientos

técnicos para comprender su significado; por eso, cuando en los hechos probados se dice que el procesado como regente de una pensión se dedicaba al tráfico de recibir parejas, en la palabra «tráfico» equivalente a negocio, no puede verse el concepto jurídico sustituyendo al hecho probado, porque ni lo es en su significación propia, ni su supresión de la narración fáctica priva a ésta de sentido (S. 7 octubre 1961).

— Por conceptos jurídicos predeterminantes del fallo han de entenderse solamente las expresiones o frases que por su carácter técnico-jurídico, para su perfecta comprensión sea preciso poseer conocimientos especiales de derecho, que no estén al alcance de las personas de cultura media general, o que sean coincidentes con los términos que la Ley emplea para definir el delito o sus circunstancias modificativas, y como las frases «antes de asegurarse que no venía otro vehículo, ni personas, puso precipitadamente en marcha la furgoneta...», «por la poca atención prestada...» son expresiones gramaticales usuales y corrientes, de contenido meramente narrativo y que son necesarios para la mejor exposición y claridad de la forma en que ocurrieron los hechos enjuiciados, es visto que la sentencia de instancia no ha incurrido en el defecto procesal que se denuncia en este recurso, máxime, cuando aunque de las premisas de facto se suprimieron los párrafos entrecuillados, en todo caso, quedarían en la relación circunstanciada de los hechos probados, elementos más que suficientes para llegar a estimar que la actuación del procesado es constitutiva del delito de imprudencia por el que ha sido condenado con acierto por el Tribunal a quo (S. 7 octubre 1961).

— El decir que el recurrente conocía la inminencia de la comisión criminal y acordó proporcionar por encargo, cooperación secundaria en su última fase, ésto no significa ningún concepto jurídico, sino una simple relación de hechos tal como fueron ocurriendo (S. 17 octubre 1961).

— La palabra «falseó» no implica predeterminación del fallo, ya que esa palabra tiene en el Diccionario de la Real Academia Española muy diversas acepciones, algunas de índole muy distinta al término «falsedad», que aun cuando de naturaleza jurídica no se emplea en el resultando básico, pero aun consignado, por cuanto en el hecho aludido se dan otros elementos demostrativos de la existencia de la falsedad atribuida al procesado y explicativos de su actuación delictuosa (S. 22 septiembre 1961).

— No se quebranta la norma del núm. 1.º del art. 851 no obstante la incorrección procesal de emplear en el hecho probado el vocablo «daños», como comprensivo de humedades y desperfectos y calificar el hecho perseguido como delito de daños, porque no obstante esta oposición lexicográfica y no conceptual, la recurrente ha ejercitado su derecho de impugnar el fondo del asunto sin obstáculos formales algunos (S. 9 octubre 1961).

— El resultado de hecho contiene siempre, como obligada necesidad, los elementos indispensables determinantes del pre-judicio sobre el fallo que haya de recaer; de ahí que la redacción de tal premisa aun teniendo que rozar un anticipado criterio judicial, sólo limitadamente cabe esté coartado por una exigencia legislativa que vede el empleo de ciertos conceptos de carácter eminentemente jurídico que le incompatibilicen con la norma del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal determi-



nando la posible existencia de un vicio de forma. Combatido por el recurrente el empleo del concepto «en cuyo tráfico se lucra» inserto en el resultando básico, es preciso reconocer que esas expresiones, ni «per se», ni por su empleo por parte del legislador al describir en el Código Penal el delito sancionado, en este caso el del párrafo 2.º del artículo 431 de la indicada ley, ni por su uso por la vulgaridad de las gentes, es posible entender que se trate de un concepto técnico jurídico, puesto que toda persona de conocimientos medios sabe perfectamente lo que es «traficar» y «lucrarse» y como en la redacción del precepto penal aludido la única palabra que se emplea de las cinco denunciadas es la de «tráfico» y una palabra no es nunca un concepto ateniéndolos a la definición que de éste nos da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, que entiende por tal, «una idea que concibe o forma el entendimiento», o también «un pensamiento expresado con palabras», los términos castellanos que anteceden y subsiguen al impugnado de «tráfico», aun cuando contribuyen a integrar el concepto no son de naturaleza jurídica, sino elementos precisos para dar vida a la idea, aun cuando la palabra «lucro» no deje de ser un sinónimo de «beneficio» empleada igualmente por el legislador, pero sin valor positivo en este caso, por no ajustarse exactamente a lo que es el concepto propiamente jurídico, máxime cuando la necesidad en la expresión obliga muchas veces a acudir al empleo de palabras sinónimas para eludir la inserción en el resultado, de las mismas que el legislador usa y evitar el incurrir en una falta procesal como la que se combate, en este caso sin éxito ante lo que queda expuesto, base para la repudiación del motivo de recurrir (S. 22 noviembre 1961).

— La sorpresa y la dedicación a la caza con cepo y sin autorización del arrendatario, no son conceptos jurídicos, es decir, expresión compendiosa de una idea, institución o norma jurídica, sino elementos de hecho de la infracción que, para ser castigada, necesita establecerse con la precisión que lo hace el Resultando de hechos probados (S. 16 noviembre 1961).

— «El siniestro se produjo por la falta de cuidado y diligencia del procesado», no puede estimársele viciado, según se pretende, por cuanto lo que se recoge no es la formulación de un concepto de puro derecho referido a la imprudencia, sino el antecedente fáctico de que en la conducta del procesado se halló falta de cuidado y diligencia, siquiera este omisivo modo de proceder se enuncie por una fórmula abreviada, que evite la enumeración, tal vez prolija, de cada una de las faltas de celo profesional y técnico en que el recurrente incurriere, siendo, por otra parte, los conceptos de cuidado y diligencia tan usuales en la vida de relación humana, en esferas independientes del derecho, que sólo con olvido de esta extensión se puede pretender una exclusividad jurídica a su contenido, la que por contraste, si aparece tiñendo al hecho probado, al emplearse el modal «antirreglamentariamente» referido a la falta de dirección facultativa en la explotación de la mina José María en la que los sucesos ocurrieron, pero aparte de lo que el período entero tiene de mero hecho, en manera alguna, por su sola virtualidad, puede predeterminar un fallo por imprudencia temeraria, la nota de vulneración reglamentaria que se añade a los hechos (S. 7 diciembre 1961).

— Se atribuye a la sentencia el defecto de sentar como hechos probados,

conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, consistentes en decir «que no adoptó las precauciones reglamentarias debidas»; frase que si aisladamente considerada pudiera implicar un concepto de esa naturaleza, no lo es, y deja de tener contenido propio, al ir seguida de estas otras frases «ver si le era posible la maniobra sin peligro alguno para las personas teniendo en cuenta que el vehículo iba cargado de verdura, lo que tanto al procesado como a su ayudante les impedía la necesaria visibilidad», porque con estas palabras se concreta lo que hizo el procesado, dar marcha atrás sin cercionarse de si lo podía hacer sin peligro por la falta de visibilidad en que se encontraba; o sea, que se relata concretamente una situación de hecho que no se desvirtúa por ir precedida de la frase esgrimida en el recurso (S. 30 septiembre 1961).

— Impugna como precepto jurídico predeterminante del fallo la aclaración del hecho probado sobre las maniobras abortivas que el hoy recurrente estimó convenientes para producir a la embarazada el aborto deseado, en el sentido de que el reo practicó un raspado de matriz a dicha embarazada, a lo que ésta accedió voluntariamente, y dicha intervención originó la destrucción prematura del feto, a cuyas palabras se añade, innecesaria o redundantemente, que la actuación tuvo lugar antes del término de la gestación y que esta actuación determinó la pérdida de viabilidad del feto, puesto que en tal relato no existe ningún concepto jurídico y aunque se consignara algunas de las palabras con que una ley derogada definía el delito de aborto, no se trata de la expresión compendiosa de una idea jurídica, sino de la descripción de actuación punible, o sea, de un hecho que permite, como lo demuestra el planteamiento del recurso de fondo, que por razones formales no ha sido admitido, la posibilidad de discusión sobre el punto controvertido y, en consecuencia, no incide la sentencia recurrida en la causa de quebrantamiento de forma del número 1.º del art. 851 de la Ley Procesal (S. 29 noviembre 1961).

... Por entender que al consignar el hecho probado «y ya en franca reyerta de palabras por el estado de excitación de ambos» significa un concepto jurídico que prejuzga el fallo desestimatorio de la eximente de defensa legítima, y esto no es exacto, pues cuando emplea la palabra reyerta, es a continuación de hacer constar detalladamente y entre comillas, las frases que se dirigieron entre agresor y agredido, cuyo valor y alcance pueden hacerse en casación, cosa más opinable si sólo hubiera empleado la palabra reyerta, pero es que además con alguna expresión tenía que hacer constar la existencia de la conversación entre los dos sujetos, para que no ofreciera duda que fuera después de ellas cuando la que resultó víctima, sacó una pistola, y no olvidemos, además, que la tan citada palabra, tiene tantas analogías que diccionarios hay que cita más de doscientas cincuenta, y forzosamente alguna había de usarse para determinar los hechos (S. 24 noviembre 1961).

f) *Resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851-3º)*.—No puede estimarse que dentro de la obligación que señala este precepto se encuentre comprendido el aceptar o negar expresamente todos los puntos de hecho alegados por las partes, pues el no declararlos probados probados dentro del resultado equivale a no considerarlos y así sucede sobre si la pistola esgrimida por la víctima estaba o no mandada recoger, si el cargador tenía más o menos balas, además de las que pudiera llevar en el bolsillo, y si la

víctima había tenido o no otra cuestión, pues en definitiva no influía en la resolución dictada (S. 24 noviembre 1961).

— Los únicos extremos de los escritos de conclusión a que el aludido precepto se refiere, son tan sólo los que constituyen la materia propia de las calificaciones que han de ajustarse siempre «y limitarse» a lo dispuesto en el artículo 850 de la citada Ley, no a alegaciones que extemporáneamente se hagan indebidamente incorporadas a estos escritos y cuyo planteamiento y resolución debieron haberse efectuado en el período sumarial y como la Sala sentenciadora se ha pronunciado en orden a los pedimentos que constituyen las calificaciones propiamente dichas, bastando la del Ministerio Fiscal para la persecución del delito, no ha infringido la norma procesal en que se basa esta reclamación (S. 2 diciembre 1961).

— Si por la defensa del procesado en el trámite de conclusiones provisionales se adujo la presencia en aquél de un estado de trastorno mental transitorio, total o parcial, así como subsidiariamente de una ofuscación o arrebato en el momento de ocurrencia de los hechos, peticiones que tras una realización de pruebas a ellas enfocada, se mantuvieron en el escrito de conclusiones definitivas y cuyo contenido y realidad susceptibles de enjuiciar, a los meros efectos de examen y resolución —sin ninguna valoración anticipada de pertinencia o prejuicio por parte de esta Sala— dieron lugar a que uno de los componentes del Tribunal «a quo» formulase un voto particular con estimación de la eximente invocada; pues bien, si las alegaciones oportunas, ni la prueba polarizada hacia esas cuestiones, ni la divergencia de criterios en los Juzgadores, llevó a éstos a que recogieran en la relación fáctica los elementos de hechos en que fundamentaban sus criterios de repulsa hacia eximente o atenuante —haciendo así imposible un recurso de casación por infracción de Ley, como el intentado— a que en los considerandos aludiesen a tales problemas y así el fallo, respondiendo a tal pobreza de antecedentes precisos, se limitó a condenar por un delito despojado de todo matiz, lo que viene a corroborar la pertinencia del recurso, puesto que dejó de resolver directa y peculiarmente problemas de interés esencial y al estimarse este quebrantamiento de forma, se relegan al campo de lo innecesario las alusiones y resoluciones de las de fondo (S. 1 julio 1961).

— La omisión de no declararse en los hechos probados si el procesado realizó la maniobra de retroceso de acuerdo con las indicaciones que el ayudante le iba haciendo desde el suelo, es intrascendente a los efectos de casación, porque lo que tiene que resolver la sentencia son las cuestiones de derecho planteadas por las partes, sin que venga vinculada a hacer declaración expresa sobre las versiones del suceso, sino que hace la declaración de los hechos en la forma que los estima probados en conciencia (S. 30 septiembre 1961).

— Si bien es cierto que se pidió en juicio la aplicación de la atenuante del número 10 del artículo 9.º del Código —aclarando en conclusiones definitivas que la analogía invocada con el número 9.º y no con el 8.º de dicho artículo—, también aparece en la resolución impugnada un Considerando, el tercero, en el que se estudian las condiciones de aplicabilidad de las circunstancias de responsabilidad que se consideraron pertinentes, siendo el silen-

cio revelador de la impertinencia de las restantes alegadas y a que se alude en los Resultandos y si el fallo, en consecuencia, luego de recoger atenuaciones y agravaciones estimadas, condena al procesado sin tener en cuenta atenuación alguna, esta misma condena resuelve, según doctrina de esta Sala, la cuestión propuesta (S. 19 diciembre 1961).

— El problema de valoración de prueba que plantea, conforme al apartado 3.º del artículo 851 de la Ley procesal, no tiene cabida ante la jurisdicción repressiva, porque la soberanía enjuiciadora de la Audiencia provincial se manifiesta en la declaración de hechos probados, sin necesidad de otra justificación que la conciencia del Tribunal y la apreciación libérrima que hace de las pruebas practicadas en el juicio, razones expuestas por la acusación y la defensa y manifestaciones hechas por los mismos procesados según el artículo 741, y en consecuencia, dicho recurso de forma debe rechazarse (S. 2 diciembre 1961).

— La amplitud que se pretende otorgar al número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el segundo motivo del recurso, aunque rebasare los límites de su concordante número 3.º del artículo 142, jamás puede extenderse a los fines en él perseguidos, que trastocarían los principios más elementales del proceso penal, notablemente el de la legitimación y personalidad de las partes, dado que el recurrente Antonio P., aunque fuese querellante en su sumario número 269-53 acumulado a la causa motivadora de la sentencia y del recurso contra ella interpuesto, no fué parte acusadora ni puede arrogarse la defensa en este trámite dicha específica función, alegando tardíamente, puesto que ni fué siquiera objeto de conclusiones, el no haberse pronunciado el Tribunal sobre una presunta responsabilidad que como inculpado que era y no acusador, no le afectaba, responsabilidad que, por lo demás, no podía ser enjuiciada en el plenario al no haber sido objeto del temario de acusaciones ni defensas y de serlo hubiera justificado el quebrantamiento de forma con mejores razones que el motivo actual al tratarse de decisión «ultra petita» y carente de engarce con legitimación personal activa (S. 22 diciembre 1961).

— La sentencia que absuelve o que condena resuelve por regla general todos los puntos sometidos a debate y únicamente por excepción, requiere pronunciamiento especial algún caso concreto planteado ajeno a la declaración condenatoria, que no es precisamente la de apreciar el delito como coacción, contrariamente a lo calificado, cuando en este motivo a invocar sería el del número 4.º del artículo 851 de la LECrim si se impusiese pena mayor a la pedida (S. 3 octubre 1961).

— Si bien por regla general entiende esta Sala que la sentencia condenatoria viene a dejar en definitiva, resueltas todas las cuestiones objeto de debate, también y como excepción justificada, la misma doctrina ha significado que no puede el anterior enunciado acogerse tan latamente que permita a los Tribunales soslayan el estudio y decisión de temas oportunamente deducidos en el proceso, cuando ellos sean esenciales o de relevancia en la imposición de sanciones, pues esto ya cae dentro de lo que contempla y regula el párrafo 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (S. 1 julio 1961).

g') *Punición de un delito más grave* (art. 851-4.º).—En cuanto al recurso de forma amparado en el número 4.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en el que se aduce como falta, el haber sido impuesta al que recurre una multa superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal, es improsperable, en razón a lo que la ley prohíbe es el castigo por delito más grave, que el que haya sido objeto de acusación, máxime cuando el artículo 63 del Código penal concede a los Tribunales como criterio general, aun cuando hay excepciones, un libre arbitrio en la imposición de multas que no consta se haya rebasado ante la concurrencia de la atenuante aplicada, en el caso sometido a enjuiciamiento (S. 7 diciembre 1961).

Este párrafo del artículo 851 exige, para llegar a la determinación de la anulación de la sentencia que en ella se haya penado por delito más grave que el de acusación y este supuesto es distinto al de condenarse por pedida responsabilidad civil, pero por más suma de la reclamada; esto sí con algo chocha será con la congruencia informadora del sistema acusatorio, pero no tan latamente que, salvado lo esencial, como lo salvaguarda el párrafo 4.º del 851, no ceda cuando se enfrente con facultades discrecionales legalmente otorgadas a los Tribunales, la de moderar la pena base, por ejemplo y, en cuanto interesa, las que en los artículos 102 al 104 del Código se confiere para fijar el «cuantum» en las reparaciones e indemnizaciones, materia que, por lo tanto, y con cuidado ha excluido esta Sala del ámbito de la casación. (S. 7 diciembre 1961).

h') *Menor número de Magistrados* (art. 851-5.º).—No se merma derecho alguno de defensa de la parte por el hecho de la actuación de más miembros de los que el impugnante estima que deben componer el órgano judicial. (S. 8 noviembre 1961).

i') *Magistrado recusado* (art. 851-6.º).—La falta de planteamiento de causa de recusación, sea la del número 11 del artículo 54 de la misma Ley, sea otra cualquiera, impide a la jurisdicción de casación enjuiciar tal extremo, que exige una tramitación determinada en la Ley, imposible de sustituir por la alegación de un motivo de casación a base de una protesta consignada en el acta del juicio oral, sin más antecedentes. (S. 16 noviembre 1961).

d) *Preparación del recurso*: a') *Determinación de la clase de recurso*.—No se cumple con el precepto del artículo 855 de consignar la clase de recurso que se va a utilizar, diciendo que es el de infracción de Ley, porque con ella se queda sin determinar el recurso concreto de que se trate, toda vez que uno se refiere a la infracción de leyes sustantivas y el otro al error de hecho en la apreciación de las pruebas, y como la recurrente, al preparar el recurso, no dijo a cual de los dos se refería, ni invocó siquiera el artículo que lo iba a amparar, su recurso fué mal preparado.

b') *Particulares del documento auténtico*.—Si se han invocado como particulares el contenido literal de los documentos, estamos ante una defectuosa forma de preparación que al obligar a un examen total de esa prueba documental en la que como es natural, se contienen detalles y pormenores que en nada afectan a la finalidad del recurso, con lo que se elude el cumplimiento estricto de lo ordenado en el párrafo 2.º. Del artículo 855 de la

citada Ley procesal, pretendiendo sin duda con ese total examen de documentos, una variación en la redacción del hecho probado, inadecuada pretensión en la casación ya que es el Tribunal a quo el llamado a redactar tal hecho según lo ha entendido y creído conveniente ante la resultancia de las pruebas practicadas, que sólo cabe modificar a virtud del recurso cuando lo que se ha consignado como premisa «de facto» haya sido apreciado erróneamente según aparezca de alguno o de algunos auténticos, es decir, de pruebas irrefutables (S. 6 octubre 1961).

— Al no indicarse los particulares del documento auténtico —inspección ocular— que patentizaban el error de hecho que se dice ha cometido el Tribunal y que era ya causa impeditiva de admisión de esta razón de recurrir, se convierta en el actual momento procesal en motivo de desestimación (S. 29 septiembre 1961).

— Aunque a veces se ha prescindido de esta exigencia cuando se invocan documentos breves de contenido limitado a un solo acto concreto, no puede extenderse al caso de escrituras de constitución de sociedades, aportación de bienes, etc., ni siquiera a las actas de protesto de las letras de cambio, al no decirse si se invocan para acreditar la fecha y el hecho del protesto, o las manifestaciones que hagan los requeridos, particular éste que no tiene carácter de auténtico al ser declaración de voluntad (S. 13 diciembre 1961).

e) *Interposición:* a') *Postulación:* —Si el escrito interponiendo el recurso aparece firmado por un Procurador no designado por la parte insolvente que ha recurrido, ni nombrado de oficio, representa la carencia de apoderamiento a favor de quien suscribe el escrito, con firma ilegible, falta que al no constar subsanada en autos y acreditada con la designación de sustituto del nombrado en la forma prescrita por el Estatuto de Procuradores, provoca la inadmisión del recurso (Auto 10 octubre 1961).

— Si bien la ley procesal no admite recurso alguno contra los autos de inadmisión de los de casación, es de tener en cuenta la alegación y justificación documental aportada por el Procurador del procesado, que aun cuando a destiempo, evidencia que el habilitado que en su nombre formalizó el recurso por infracción de ley había sido designado previamente como tal sustituto y con anterioridad a la fecha del aludido recurso, según exige el Estatuto General de los Procuradores, si bien en la certificación acompañada se omite, como es preceptivo se hiciese, la aceptación de los nombrados como sustitutos, justificación siempre precisa en estos casos, ya que es principio de derecho que lo que no consta en los autos no existe legalmente y como la realidad es que esa sustitución aun cuando ignorada por la Sala, tenía su realidad y razón de ser invocada, es procedente anular el auto de 10 de octubre último que inadmitió el recurso de casación por infracción de ley por no acreditarse en forma la representación del recurrente (Auto 14 noviembre 1961).

— Si bien el Procurador actuante sostiene en su recurso que tiene acreditada su representación en virtud de la designación en turno de oficio, es lo cierto que, aun habiendo actuado anteriormente en la indicada representación no se ha justificado como era obligado y exige el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, su condición de apoderado al inter-

poner el recurso bien con la copia del poder o bien haciendo constar fehacientemente su designación de oficio, y como esta falta comprendida en el número 4.º del artículo 984 de la citada ley hace invariable la admisión del recurso (S. 18 septiembre 1961).

b') *Plazo de interposición.*—El incumplimiento por la parte recurrente de lo dispuesto en el artículo 873 de la Ley de Enjuiciamiento criminal en cuanto al plazo de formalización del recurso, no sólo es motivo de inadmisión en orden al número 4.º del artículo 884 de la citada Ley, sino que obliga a tener por firme y consentida la resolución recurrida, porque si en 27 de junio de 1961 se entregaron los autos para interponer el recurso concediendo el plazo de quince días y hasta el 18 de octubre siguiente no se presenta el correspondiente escrito, es evidente que ha transcurrido el período de presentación de éste (Auto 22 noviembre 1961).

f) *Desistimiento del recurso.*—Si el Letrado o defensor del recurrente, en el acto de la vista, manifestó que habiendo estudiado con detenimiento la sentencia de instancia, después de interpuesto el recurso, entiende que está ajustada a derecho y por ello solicitó que se confirmase en todas sus partes dicha resolución, a lo que se adhirió el Ministerio fiscal, y como esta petición equivale a un expreso desistimiento del recurso que se había formalizado (S. 23 octubre 1961).

g) *Recurso del Fiscal en beneficio del reo.* Las normas reguladoras del recurso de casación no pueden ser alteradas cuando el Fiscal interponga un recurso en beneficio del reo en los casos del núm. 2.º del artículo 876 de la LECrim, no pudiendo, por tanto, formalizar recurso distinto del que fué preparado por el representante del Ministerio Fiscal.

h) *Efectos del recurso sobre el procesado rebelde.*—Al acogerse el motivo del recurso de casación, por imperativo legal ha de extenderse a los demás procesados, incluso al declarado rebelde (S. 30 septiembre 1961).

## CRONICAS EXTRANJERAS

### «La represión de la negligencia en el Derecho penal inglés»

(Estrasburgo, Primavera 1962)

CONFERENCIAS DEL PROF. ARMITAGE

Bajo el patrocinio de la Asociación Internacional para la Enseñanza del Derecho Comparado, en la pasada primavera ha dado el Decano de la Facultad de Derecho de Cambridge una serie de Conferencias sobre el tema que queda epigrafiado, el contenido sucinto de las cuales queremos ofrecer a nuestros lectores.

Comenzó el disertante advirtiendo acerca de la relativa carencia de precisión, por parte de la Jurisprudencia inglesa, desde el punto de vista penal naturalmente, y en el sentido de faltar una definición genérica de la negligencia punible, que, sin embargo, viene tratada por la propia doctrina jurisprudencial con profusión de casos prácticos. Asimismo, afirmó Mr. Armitage que el ámbito de la negligencia referida en el Derecho inglés es más estrecho que en los sistemas penales del continente europeo.

Seguidamente entró en un estudio de los delitos negligentes en el régimen británico en comparación con los Códigos penales francés y alemán en vigor. Tal método comparado lo abordó el Decano de Cambridge examinando los supuestos de "wilful neglect" (descuido voluntario) con peligro para la vida o la salud; abandono o exposición de niños; puesta en peligro de personas que viajan en los ferrocarriles o en otra clase de vehículos; figuras, en suma, previstas por las "Offences Against the Person Act, 1861" y la "Children and Young Persons Act, 1933" inglesas, y por parte de los Códigos francés y alemán, en sus artículos 319 y 320 y 22 y 230 respectivos.

Hace constar Mr. Armitage que en países pertenecientes a la Comunidad Británica, en los que el Derecho inglés ha sido objeto de codificación, se han añadido preceptos en virtud de los cuales se ha configurado como delito, con la categoría de "crime" (matización cualitativa respecto a otras infracciones calificadas de "treason", "felonies" y "misdemeanour"), el inferir imprudentemente una lesión a alguien, con lo que se llenó una laguna abierta en el sistema legislativo penal de la antigua Metrópoli. Tales son los casos de los artículos 206 del Código de Nueva Zelanda y 193 del Canadá.

Daños en los bienes: Sobre este particular nos dice Armitage que es excepcional hallar en el Derecho inglés precepto por el que se defina como delito un daño a la propiedad. La excepción se halla en el artículo 36 de la "Malicious



Damage Act, 1861", por el que se castiga con dos años de prisión el "obstruir o determinar obstrucción, mediante cualquier acto u omisión ilícitos, en máquina o vagón del ferrocarril".

Por el contrario, el Código alemán sobre todo, en sus artículos 309, 316 y 326, advertía el conferenciante la precisión con que están previstos los "daños" a más bienes, por cierto de evidente afección a los intereses públicos.

A propósito de la receptación, también el Código penal alemán, en su artículo 259, llama la atención a Armitage por su referencia a "circunstancias por las que deba conocer" (el receptor) la ilícita procedencia de los bienes; mientras que en Derecho inglés la concurrencia de tales circunstancias de conocimiento no permitirían mantener la acusación.

Una especial atención dedica el disertante a los delitos por negligencia en la conducción de vehículos de motor que, conforme a la gravedad que revista, según los casos, la omisión de lo que nosotros llamaríamos "diligencia debida", determina en el Derecho británico una gradación de delitos: a la cabeza de los mismos se coloca el homicidio causado en tales condiciones (previsto por el artículo 1.º de la "Road Traffic Act, 1960"), siguiendo el supuesto de "conducir un vehículo de motor en forma descuidada o peligrosa" (art. 2.º de la propia "Act"); y, como infracciones menores, aunque también delictivas, se consigna la de "conducir un vehículo de motor en una carretera sin el cuidado o atención debidos o sin la consideración razonable para otros que utilicen la misma carretera" (a. 3); y la de "conducir o hallarse a cargo de un vehículo de la clase indicada, en una carretera o lugar públicos, encontrándose inepto para hacerlo por causa de la bebida o drogas" (a. 6).

A continuación trató Mr. Armitage de la negligencia con relación a los delitos principales, particularmente el de "manslaughter" (homicidio), y de las ya aludidas infracciones descritas por la "Road Traffic Act", asimismo citada. De la atenuación de la gravedad de las penas que la jurisprudencia inglesa ha venido realizando con relación a aquel delito sólo previsto por el "common law", a fin de adecuarlo, pues sólo consiste en las diversas formas de la muerte ilícita que no llegan a revestir la trascendencia del asesinato, a los modernos criterios sobre la "mens rea" y la responsabilidad penal.

A tales propósitos trató el conferenciante del régimen legal aplicable en Inglaterra a "las muertes producidas por o mediante hechos ilícitos cuyo propósito sea el de causar, aunque livianamente, daños físicos"; o a los hechos de igual clase "aptos a exponer a la víctima al peligro de tales daños"; a las muertes "producidas por omisión", que, para ser ésta punible, precisa voluntariedad y que se produzcan dichos daños, la existencia de un deber legalmente establecido cuyo cumplimiento se omite gravemente. De interés son las definiciones acerca de la "voluntariedad" en el criterio británico: que el hecho se realice deliberadamente y con intención, no por puro accidente o inadvertencia; de la "negligencia", en la que hay ausencia de las precauciones que hubiera adoptado un padre 'razonable' (el 'buen padre de familia' del antiguo Derecho español) y más curiosa todavía es la tesis sustentada por el Court of Crown Cases Reserved (Casos reservados a la Corona), que proclamó hay omisión punible cuando faltó asistencia médica a un niño moribundo.

De indudable esencia social (como ahora se viene diciendo) es el criterio determinante de la apreciación de "negligencia grave"; no adoptar las me-

didadas 'activas' para conservar la vida o preservar a los demás de los peligros; o las encaminadas a evitar la realización de actos peligrosos, específicamente referidas a los patronos o empresarios y que éstos han de adoptar en pro de sus empleados. Finalmente, advierte el conferenciante que puede remontarse a la categoría de asesinato el homicidio causado por omisión, pero con propósito de matar o de inferir daño corporal grave ("grievous bodily harm").

Seguidamente Mr. Armitage expone las dificultades prácticamente surgidas para sentar una definición comprensiva de la "negligencia grave" ("gross negligence"), tanto en el ámbito del Derecho civil inglés como en el del penal; recurre al efecto al Código penal del Canadá, que en su artículo 191 declara punible la negligencia cuando se hace algo o se omite hacer algo a cuyo respecto hay obligación en un sentido u otro. Examina posteriormente los casos sometidos a los tribunales ingleses en los que éstos hubieron de apreciar la existencia de negligencia punible con ocasión del manejo de ferrocarriles, o de la conducción de vehículos (en los que no se admitió como excusa la embriaguez), o de armas de fuego y otras armas peligrosas, o con motivo de la conducción o empleo de animales de los que es sabida su condición de peligrosos a la especie humana.

Con particular atención se consideraron luego los supuestos de la ya antes citada "Road Traffic Act, 1960", estableciendo los matices diferenciales entre la conducción "peligrosa" (en condiciones de producir peligro) y la realiza descuidadamente".

A propósito del error se registra la existencia de resoluciones inglesas en las que se aprecia como excusa absolutoria el que aquél sea "honrado y razonable"; pero, en términos predominantes, el error no releva de responsabilidad, sobre todo tratándose de casos en los que la responsabilidad dimana de la concurrencia de negligencia grave.

Por último, concluía su conferencia Mr. Armitage con sucintas respuestas al "cuestionario que fué sometido" como pauta del curso sobre "negligencia"; respuestas relativas a la noción, forma y grados de la negligencia; a si en Inglaterra existe una definición formulada en Estatuto acerca de la negligencia o ausencia de cuidado. Respecto a las penas establecidas; a las penas accesorias o medidas complementarias de todo pronunciamiento condenatorio; a si es o se reputa indispensable la privación del permiso de conducir para la efectividad de la prevención tratándose de casos producidos en el uso de vehículos de motor; sobre la forma de ejecución de las sanciones dictadas; cuestiones todas ya suficientemente desarrolladas en el núcleo de la conferencia pronunciada por Mr. Armitage, de indiscutible valor, como toda enseñanza de Derecho comparado por las sugerencias que en el transcurso de aquélla fueron ofrecidas al auditorio.

José SANCHEZ OSES

## REVISTA DE LIBROS

**AGUILAR MAWDSLEY, Andrés:** «La delincuencia en Venezuela, su prevención». Caracas, Ministerio de Justicia, 1961; 85 págs.

Con motivo de la celebración de la Semana Antidelictiva en Caracas, el Ministro de Justicia, doctor Andrés Aguilar Mawdsley, ha hecho una exposición de los planes oficiales de prevención y lucha contra la delincuencia, así como el alcance real de la misma y sus causas en Venezuela.

Comienza el doctor Aguilar ofreciéndonos con todo rigor un cuadro estadístico de la criminalidad venezolana durante los trimestres que van del tercero de 1959 al primero de 1961.

Del examen de los datos presentados se deduce que en el tercer trimestre de 1960 se registró la cifra más alta de criminalidad. Esta desciende sensiblemente en el cuarto trimestre de 1960 para experimentar un ligero incremento en el primer trimestre de 1961. La cifra más alta de los delitos contra la propiedad aparece en el tercer trimestre de 1960, descendiendo en 12,7 por 100 en el cuarto trimestre de 1960. Los delitos contra las personas descienden igualmente en 9,5 por 100 en el segundo trimestre de 1960 con relación al trimestre anterior del mismo año.

La criminalidad del área de la capital, con sólo un 18 por 100 de la población de Venezuela, se eleva al 62,13 por 100 del total del país, habiéndose cometido en 1960-1961 en la región de Caracas el 67,33 por 100 de todos los delitos contra la propiedad y el 40 por 100 de los delitos contra las personas.

Los meses de mayor criminalidad son los de julio, agosto, para los delitos contra la propiedad, y los de septiembre y diciembre para los delitos contra las personas.

Comparando los coeficientes de criminalidad general en varios países, el doctor Aguilar observa que Venezuela alcanza la cifra de 519,19 delitos por 100.000 habitantes, Colombia 742,40, Costa Rica 339,81, Estados Unidos 896,00, España 249,48 y Gran Bretaña 1.337,30. Los datos corresponden al año 1960, menos los de Colombia y Estados Unidos que son de 1959.

Sigue luego un informe sobre la etiología criminal venezolana, subrayando el papel que las causas biológicas juegan en la delincuencia del citado país, como ha podido observarse en el 48,7 por 100 de los reclusos examinados.

Entre las causas sociales del delito señala: la falta de formación religiosa y moral, la inexistencia o mala organización de la familia, falta de educación y sanas diversiones, la indigencia, promiscuidad y malas viviendas, alteraciones políticas, primitivismo cultural, tenencia de armas blancas y de fuego, al consumo inmoderado de bebidas alcohólicas, los espectáculos pornográficos y la exaltación del delito y del delincuente.

En la parte dedicada a la profilaxis criminal, propugna el doctor Aguilar exámenes periódicos de la población escolar para diagnosticar y tratar precozmente a quienes presenten síntomas de trastornos del delito, así como la inauguración

de centros apropiados para alcoholizados, toxicómanos y enfermos mentales peligrosos.

Para atacar las causas sociales estima necesario: 1.º Favorecer la obra de enseñanza y la acción de la Iglesia y la difusión de los principios morales y religiosos. 2.º Fortalecer la familia. 3.º Dar oportunidad de educación a todos. 4.º Mejorar las condiciones económicas y sociales. 5.º Facilidades recreativas para todas las edades y particularmente para los niños y adolescentes.

Concluye el doctor Aguilar su preciado estudio con la descripción de las medidas más inmediatas para combatir la delincuencia venezolana y tres anexos dedicados a la lucha contra la importación y tenencia de armas, consumo de bebidas alcohólicas, espectáculos nocivos y pornografía.

Destaca en esta sucinta, pero penetrante investigación, el riguroso enfoque de los problemas y la certera visión de las soluciones, por lo que se recomienda su lectura a todos cuantos pretenden lograr una lucha científica contra el delito.

ALBERTO LAGUÍA ARRAZOLA

**BAJARLIA, Juan Jacobo: «Sadismo y masoquismo en la conducta criminal».**  
 Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1959; 133 págs.

Comienza el autor con un rápido esbozo histórico sobre las teorías de la culpabilidad para ver en qué fundamentan el reproche contra el delincuente sexual. Después de negar la existencia de un derecho natural y de una moral universalmente valderos intenta la explicación psicoanalítica a base del complejo de culpabilidad y de un pansexualismo a ultranza, que le lleva a buscar motivos sexuales hasta en la prohibición del ajedrez por Luis IX en 1254 ("Era el sexo liberado [la Dama], con su fuerza ciega; que recorría las diagonales del tablero", pág. 9).

Sigue una larga crónica sobre los excesos sodomasoquistas más conocidos (Sadé, Sacher-Masoch, etc.), en la que no raras veces adopta la narración el estilo del folletín picante. Luego intenta reducir al sadomasoquismo la necrofilia, la antropofagia, el fetichismo y los excesos cometidos en la colonización de América, tanto por los indios como por los españoles, así como varias manifestaciones pseudo-místicas. También cree ver formas de sadismo, más o menos inconscientes, en casi todas las penas de la antigüedad (talión, tormento, muerte, etc.), e incluso en varias modernas, para terminar indicando que la condena condicional, unida a la sentencia indeterminada, son el medio único "para limpiar el derecho de toda vinculación con las formas inconscientes del sadismo" (pág. 86).

En seguida recorre varias de las tipificaciones propuestas en Psicología a partir de Hipócrates, con el intento de encontrar un tipo en que encaje el sadomasoquista, pero con resultado negativo.

Finalmente se enfrenta con la dificultad de penar dichas perversiones por la falta de un tipo penal adecuado, lo que obligaría a violentar uno de los existentes o a intentar la analogía, extremos ambos reprobables. Cree que la fundamentación del posible tipo penal habría que buscarla en la intangibilidad de la familia (pág. 110), lo que no deja de sorprender en quien rechaza el derecho

natural y afirma que la promiscuidad es la forma más primitiva de la vida sexual (pág. 10).

El mérito más destacado del autor se basa en haber abordado un tema casi inexplorado hasta hoy, y con una amplitud tal que apenas deja por insinuar, por brevemente que sea, ninguna de las relaciones del problema con los aspectos más dispares de la criminología e incluso del Derecho penal. Por ello hay que disculparle la superficialidad con que toca dichos temas, sobre todo si se tiene en cuenta que el texto real del ensayo no pasa de las 120 páginas. La misma naturaleza del tema, tan proclive al sensacionalismo folletinesco, es tal vez disculpa para las no raras páginas en que apenas se supera el nivel de la crónica picante. Más de lamentar sería el hecho de que maneje sin distinción obras poco críticas, cuyos datos son rechazados hoy unánimemente y que se encierre en un pansexualismo psicoanalítico que los mismos discípulos de Freud han abandonado hoy.

C. M. LANDRCHO, S. J.

**BLARDUNI, Oscar: «Progreso Técnico y Delincuencia». Colección de cuadernos de criminología, cuaderno número 9. Publicación del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas. La Plata, 1961. República Argentina. 48 págs.**

Tiene extraordinaria importancia el trabajo de C. Blarduni, Secretario del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas de La Plata, por la palpitante actualidad del tema, ya que, como es sabido, en los países técnicamente más desarrollados es donde reviste contornos más alarmantes el problema de la criminalidad, y especialmente el de la criminalidad juvenil.

Toma como nación tipo para este estudio los Estados Unidos de América del Norte, por ser, indiscutiblemente, una gran potencia mundial, esencialmente urbana e industrial. Por iguales razones, toma como ciudad tipo la de Nueva York.

A lo largo de las páginas de que consta el trabajo, son estudiados por el autor los problemas referentes a la que denomina "Sociedad de las Masas", a la revolución industrial, aparición del maquinismo, el éxodo de la población del campo a la ciudad, etc.

Considera como consecuencia del progreso técnico: el descenso del índice de mortalidad; la desintegración familiar; la masificación de la cultura, el incremento de las enfermedades mentales, etc.

Tratando de los efectos de la civilización técnica sobre la criminalidad, dice: "Los criminólogos italianos de la Escuela positiva, desde Sighele a Nicéforo, pasando por Ferrero, han sostenido que la criminalidad tendía a evolucionar espontáneamente desde la violencia al fraude. Según ellos, en las sociedades primitivas preponderarían los delitos violentos, mientras que en las sociedades civilizadas y supercivilizadas prevalecerían los delitos de astucia y de fraude. Que estos últimos han aumentado en la sociedad de hoy es cosa

innegable. Pero la delincuencia violenta no sólo ha persistido, sino que se ha agravado por el perfeccionamiento de su técnica. Los delitos de violencia no han disminuido, sino que se han perfeccionado y agravado, y no sustitutivamente, sino aditativamente, se añaden hoy los delitos de fraude, en número cada vez mayor.

Pero no son estos hechos resonantes los más peligrosos y nefastos, sino otros cometidos a diario y en forma cada vez más generalizada. Son los delitos de las grandes sociedades anónimas, mercantiles, de inversión, inmobiliarias, etc.; las prácticas deshonestas de los comerciantes, de los artesanos, de los deportistas, de los que ejercen profesiones liberales; la corrupción de los funcionarios la adulteración de alimentos y bebidas; los delitos fiscales, aduaneros y monetarios, etc., etc.

CÉSAR CAMARGO

**CARRANCA Y TRUJILLO, Raul: «Código penal anotado». Antigua librería Robredo. México (D. F.) 1962; 891 págs.**

El ilustre antiguo catedrático de Derecho penal de la Universidad Nacional autónoma de Méjico enriquece la numerosa lista de sus trabajos jurídico-penales con la publicación de esta nueva edición del vigente Código penal para el distrito y territorios federales, en materia de fuero común, y para toda la República Mejicana, en materia de fuero federal, promulgado el 2 de enero de 1931.

Comienza el autor con unas notas en las que expone la historia del Derecho punitivo mejicano, señala las numerosas modificaciones de que ha sido objeto el citado texto primitivo (15 hasta la fecha) y resalta las principales novedades de este Código con relación al precedente de 1929. Como más importantes, cita las siguientes:

En cuanto al vigente Código, presenta como novedades importantes, respecto de los anteriores, las siguientes: la extensión uniforme —salvo algunas excepciones, como en robos, fraudes y abusos de confianza de cuantía varia y en lesiones de resultado progresivamente agravado— del arbitrio judicial, por medio de amplios mínimos y máximos para todas las sanciones y la consiguiente regulación legal de dicho arbitrio, para fijarlas individualmente, el perfeccionamiento de la condena condicional, de la fórmula de la tentativa, del encubrimiento, de la participación y de algunas excluyentes, el uniforme carácter de la pena pública, de la reparación del daño, etc., etc.

Sigue a cada uno de los 400 artículos de que consta el Código una atinada selección de la jurisprudencia a él referente, debida al actual profesor de Derecho penal de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Licenciado Raúl Carranca y Rivas, y extensas notas de Carranca y Trujillo, en las que se expone la doctrina científica aplicable a cada caso, concordando con las legislaciones extranjerías y principalmente con el derecho positivo español, tanto vigente como histórico, ya que son numerosísimas las citas de las Leyes de Partidas y otras fuentes de nuestro Derecho. Se destacan los acuerdos tomados en los Congresos Internacionales y, sobre todo, se interpretan y aclaran todas las

dudas que puedan presentar cada uno de los preceptos comentados, con la maestría y autoridad que tiene el autor, que ha unido al desempeño de las tareas universitarias y de las judiciales, ya que no solamente ha explicado su cátedra en la Universidad Nacional Mejicana, sino que ha desempeñado los cargos de juez y magistrado de lo penal, llegando al altísimo puesto del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales.

CÉSAR CAMARGO

**CARRANCA Y TRUJILLO, Raul: «La Administración de Justicia». Cuadernos «Criminalia», núm. 23. México D. F. 1961; 106 págs.**

El profesor Carranca y Trujillo, en este "Cuaderno" de la colección Criminalia, hace un completo estudio de lo que ha sido, es y debiera ser la Administración de Justicia en Méjico.

En los diez apartados de que consta el trabajo, trata de los siguientes temas:

Un programa: la Justicia.

Nuestro "Antiguo régimen".

La Administración de Justicia en la Constitución.

El artículo 21 de la Constitución.

El artículo 49 de la Constitución.

El artículo 73. Fracción VI. Bases cuarta y quinta de la Constitución.

Los artículos 94 a 107 de la Constitución.

El Proceso Legislativo Secundario sobre la Administración de Justicia.

Algunas desideratas logradas.

La realidad viva de la Administración de Justicia.

En las conclusiones señala que la Administración de Justicia requiere competencia, inquebrantable probidad moral, capacidad laboriosa, expedición y eficacia; pero, además, independencia, inamovilidad y suficiencia económica, cosas que aún no se han conseguido, según reconoce el autor cuando dice:

"En cuanto a la Administración de Justicia, en más de un aspecto es de advertir que el pensamiento de la Revolución Mexicana, expresado en el Congreso Constituyente de Querétaro y a través de la Constitución, no ha sido fielmente recogido. Así, por ejemplo, en lo tocante a la cada vez mayor intervención del Poder Ejecutivo en la organización judicial. Así también en cuanto a la inamovilidad. No menos en cuanto a la suficiencia económica."

C. C.

**CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: «Interpretación dogmática de la definición del delito en la legislación penal mexicana». Cuadernos «Criminalia», número 25. Méjico, D. F.; 1961.**

De modo constante, los Códigos penales mejicanos, al reconocer tradicionalmente como fuente a los españoles, han consignado en sus artículos la definición del delito, lo que determina que el autor comience su trabajo con un estudio del

concepto del delito en nuestros Códigos penales, estudio éste que amplía al derecho positivo de los principales Estados europeos.

Después de un minucioso examen del derecho positivo mejicano, estudia la definición del delito contenida en el Código penal vigente, que en su artículo 7 contiene la siguiente: Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

Finaliza el estudio con la siguiente conclusión:

"Cabe señalar que cada vez va abriéndose paso con mayor vigor la tendencia a no definir lo que es delito en la ley penal mexicana. La corriente tuvo inicio en la "Exposición de motivos" del anteproyecto de 1912, elaborada por Miguel proyectistas. Por fin, hoy, el Código penal del Estado de Sonora no contiene S. Macedo. Ha seguido su curso fortaleciéndose cada vez más en otros ante-definición alguna."

A la pretensión de que se hace indispensable la definición en nuestras leyes penales por resultar así del artículo 4, párrafo 3, de la Constitución Federal.

A nada concluyente conduce nueva definición sumaria que, como hemos visto, ni siquiera en las leyes vigentes es completa, no obstante lo cual nadie ha tachado de inconstitucionales esas leyes ni por tal concepto las sentencias judiciales a que han dado lugar a través de su vigencia, más o menos larga.

La corriente dirigida a la supresión de dicha definición va, pues, abriéndose paso e incorporándose a la universal, representada por los Códigos penales de Francia, Noruega, Italia, Japón, Haití, República Dominicana, Puerto Rico, Paraguay, Argentina, Panamá, Perú, Venezuela, Colombia, Brasil y Costa Rica. Y es de esperar que los Códigos mejicanos del futuro se sumarán, por fin, a ella.

C. C.

**CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: «Métodos y procedimientos técnicos empleados en la elaboración de la sentencia penal». Cuadernos «Criminalia»; México D. F. 1961, 35 págs.**

Comienza el autor con una breve exposición de la organización judicial mejicana (capítulo I) para luego seguir ocupándose de los requisitos externos que ha de revestir la sentencia penal y la influencia que tienen en su elaboración (capítulo II).

Merece ser destacado el estudio del arbitrio judicial como medio de valoración de la personalidad del delincuente, ampliamente recogido en los artículos 51 y 52 del vigente Código penal de 13 de agosto de 1931 (aplicable a toda la República para los delitos de orden federal y en el Distrito y Territorios Federales para los delitos comunes), en los que se dispone que "el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho, en la medida requerida para cada caso", añadiendo que, en cuanto al delincuente, deberán ser tenidas muy en cuenta "la edad, la educación, la ilustración y la conducta precedente del sujeto, los motivos que le impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas".

Los dos últimos capítulos (IV y V) están dedicados al estudio de la valoración judicial de las pruebas aportadas al proceso penal y de la formación técnica, aptitud profesional y conocimientos criminológicos del juez penal.



Finaliza el autor sentando las conclusiones siguientes:

1.<sup>a</sup> Conviene que las leyes procesales penales establezcan los requisitos de forma y de fondo que deben llenar las sentencias penales. No es necesario que dichos requisitos sean fijados hasta el mínimo detalle; pero sí que expresen lo esencial del contenido y de la forma de las sentencias.

2.<sup>a</sup> Conviene que las leyes penales procesales establezcan los requisitos que debe llenar la prueba para que pueda ser tenida en la sentencia como suficiente. Debe darse la mayor importancia a la prueba indiciaria, por ser la que conduce a la verdad con mayor probabilidad científica.

3.<sup>a</sup> Para apreciar la personalidad del delincuente y poder adecuar en la sentencia penal la sanción que corresponde a su peligrosidad y al fin científico de las penas, el juez debe gozar de arbitrio suficiente. En el estado actual de la mayoría de los pueblos del mundo, basta con que las leyes reconozcan el arbitrio judicial restringido y no el ilimitado.

4.<sup>a</sup> El reconocimiento legal del arbitrio judicial para la valoración de la peligrosidad del delincuente hace indispensable la especialización profesional del Juez Penal, la que debe ser impuesta por las leyes de organización de los tribunales penales y obtenida por medio de una apropiada capacitación teórica y práctica.

C. C.

**CASTIGLIONE, Teodolindo: «Lombroso perante a criminología contemporânea», Saravia, Editor. Sao Paulo, 1962; 295 págs.**

El movimiento de sorpresa que notó el autor cuando en la IV Reunión Penitenciaria Brasileña hizo mención del criterio nato, le lleva ahora a reconsiderar el problema. Para ello empieza estudiando la figura de Lombroso tal como la ven o la vieron otros autores: Asúa, Ruiz Funes, Saldaña, Gemelli, Max Nordau, Ferri, Sergi, Marzorati, Di Tullio, etc. Después su doctrina sobre los delincuentes, para concluir esta primera parte con la exposición de cómo autores posteriores a él se pronuncian sobre el delincuente nato, expresión que si fué primeramente usada por Ferri y quizá por el español Cubí y Soler, al adoptarla Lombroso tomó la universalidad que hoy tiene.

Tras estas afirmaciones hechas en esta primera parte o introducción, a cuyo final hace la exposición más acabada de la evolucionada teoría lombrosiana, es decir, de su aceptación o repudiación por los autores, una segunda parte como de transición hacia lo que ha de ser el trabajo mismo. En ella estudia: la Criminología como ciencia afirmando que no se constituye como tal hasta Parmelee; lo que revelan las leyes penales en la civilización contemporánea, que es la reprobación en todas ellas de un determinado número de actos que son los delitos; y al considerar al hombre en sociedad, afirma que la conducta criminal no puede emanar de la voluntad libre, sino que es resultado de determinadas anomalías.

Para demostrar su tesis, fin de la obra, que, como se ha visto, es cerradamente positivista, sin vacilaciones ni concesiones, estudia el valor de la heren-

cia en la delincuencia y aquélla en los gemelos, y su consideración tanto en los autores de genética como en los ejemplos literarios.

Ya realmente en materia, en una tercera parte de la obra, estudia las causas de las diferencias entre los gemelos e interpreta los datos que sobre ellos, en relación con la delincuencia, ha recogido Lange, sobre cuya teoría centra su trabajo, así como las observaciones que se le hacen, y por su cuenta las relaciones de camaradería entre gemelos distintas de las de los hermanos que no lo son, para continuar con los ejemplos observados por otros autores el estudio de la influencia neutralizante del medio, quejándose del escaso número de casos observados y exponiendo los resultados estadísticos, haciendo resaltar que la observación de casos es menor cuando se trata de determinar la influencia de la herencia, no en la criminalidad, sino en la epilepsia.

Con un capítulo titulado "Herencia y crimen", termina esta parte de la obra. En él estudia, desde el punto de vista genético, los cromosomas y los genes como transportadores de la herencia, distingue el factor hereditario del congénito, la influencia que en las enfermedades mentales congénitas tiene la irregular constitución de un gene o un número excesivo de cromosomas, y sin llegar a la anomalía en la formación de la personalidad, que posteriormente ha de actuar de forma normal o de forma criminal.

En una cuarta parte, no menos interesante que las anteriores, tras de definir la Criminología como el conjunto de investigaciones que tratan de conocer en todos sus aspectos y direcciones las causas de los hechos antisociales y procurar los medios eficientes para su disminución y, a ser posible, la desaparición de tales hechos, estudia las relaciones de esta ciencia con el Derecho penal, con la Psiquiatría, tratando de determinar dónde termina la una para empezar la otra, y con la Endocrinología, y en el último capítulo de esta parte con el Psicoanálisis, con una comparación entre la galería de criminales de Freud y de Lombroso.

La última quinta parte, la constituyen dos capítulos. El título del primero, "La repercusión del positivismo en el Brasil", dice bien su contenido, no menos que el del segundo, "La sombra de Lombroso", en el que afirma la cabida que en el positivismo, liberado pronto de sus presupuestos filosóficos iniciales, tienen los que pertenecen o provienen de escuelas espiritualistas, como el católico Garófalo y tantos más, para terminar el capítulo y el libro afirmando que todos los que con la cabeza y el corazón trabajan en el campo de la Criminología están a la sombra benéfica de Lombroso.

Esta obra, coincida o no con su tesis, tiene como otra del mismo autor, de que di noticia en este ANUARIO (tomo XIII, fasc. I), un gran valor de información por la abrumadora labor de fichaje de opiniones de autores, que es su característica más destacable.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

**DÍAZ PALOŠ, Fernando, Doctor en Derecho y Abogado Fiscal de la Audiencia Territorial de Barcelona: «El Delito de falsedad documental», separata de la «Revista Jurídica de Cataluña». Barcelona, 1962; 24 págs.**

Comentando tres sentencias de la Audiencia de Barcelona, fechas 14 de enero de 1960, 30 de septiembre de 1960 y 30 de septiembre de 1961, estudia Díaz Paloš, con el acierto y competencia que son habituales en él, los principales problemas que plantea el delito de falsedad documental, tema sobre el que casi se puede asegurar que en lo único que están de acuerdo los penalistas es en proclamar sus múltiples dificultades. Así, por ejemplo, el maestro Carrara decía que “la falsedad documental es uno de los temas de mayor perplejidad en la doctrina penal” y reconoce Francesco Antolisci que estos delitos constituyen “la materia más compleja, delicada y ardua de la Parte especial del Derecho penal”. Los problemas estudiados son los siguientes:

a) *Naturaleza jurídica*.—Dentro de la esfera jurídica, considera la falsedad como lo opuesto a la *verdad*; pero considerando estos conceptos en un sentido relativo, esto es, como conceptos “que aluden a una valoración común, dominante en la comunidad, que afirma (o niega) tal valoración vigente”.

Mas, en su aspecto jurídico penal, es preciso reducir este concepto, ya que la mentira puede ser intrascendente para el Derecho o constituir una falsedad ilícita) civil o penal.

Partiendo como punto de arranque de un concepto unitario de la antijuricidad y concediendo a la tipicidad una función concretadora o delimitadora del injusto, estima que es en la tipicidad donde se encuentra la clave para diferenciar el falso civil del penal. Señala que el documento ha de ser idóneo en orden a la lesión del bien jurídico protegido, para que la falsedad sea punible, encontrando aquí una importante restricción impuesta por la tipicidad penal sobre la genérica mendacidad o el mero falso civil.

b) *Momento consumativo*.—Estima el autor que existe en la falsedad documental una dualidad de delitos perfectamente diferenciales: la de documento público, que es delito social, y la de documento privado, que ataca un interés individual. “Empeñarse en unir ambas especies falsarias, como hace nuestro Código, en virtud de la común meta de mendacidad, es seguir un criterio asaz empírico, que no puede sino llevar al confusiónismo y al equívoco.”

Después de calificar como *instantáneo* el delito de falsedad documental (lo que no impide ni que este delito pueda producirse en forma continuada, ni que pueda producir efectos permanentes), haciendo uso de la dualidad anteriormente indicada, señala el momento consumativo de la falsedad en documento público en el de la realización de la conducta falsaria típica, en tanto que tratándose de documento privado, la consumación exige la conducta falsaria más la producción de un perjuicio a tercero o que, al menos, tal conducta refleje el ánimo de causar dicho perjuicio.

c) *Posibilidad de la forma culposa*.—Es éste uno de los problemas que ha despertado más interés en España en estos últimos tiempos, con motivo de la promulgación, en 18 de diciembre de 1946, de la nueva Ley orgánica del Notariado.

El autor afirma que el delito de falsedad documental puede cometerse por culpa (imprudencia o negligencia), tanto en el plano de *lege ferenda* como en

la esfera del *ius positum*, apoyando su afirmación en las siguientes palabras de Maggiore: "La figura de la falsedad documental culposa es del todo configurable desde un punto de vista teórico; y de *iure condendo*—el problema de su acriminación es digno de estudio—. Hay casos en que el elemento psíquico de la falsedad está en el equilibrio entre la conciencia, por una parte, y por otra la imprudencia o negligencia; o más bien la balanza se inclina abiertamente hacia esta última interpretación. En tales casos, sería injusto hallar el dolo y excesivo admitir únicamente una responsabilidad civil o contravencional. Acriminar el hecho a título de culpa sería la solución exacta".

En este artículo se expone extensamente la doctrina española y extranjera sobre la materia, habiéndonos limitado nosotros a resumir la opinión del autor sobre cada uno de los puntos atacados en este interesante estudio, que completa la ya gran producción científica de Fernando Díaz Palos.

C. C.

**GARCIA BASALO J., Carlos: «Introducción a la Arquitectura Penitenciaria».**  
Buenos Aires, 1961; 96 págs.

Al estilo clásico el autor empieza buscando una definición de Arquitectura Penitenciaria, un lugar para ella en la Técnica y como parte de la Ciencia Penitenciaria, para llegar a la conclusión preliminar de que en la realización de estas Instituciones deben colaborar estrechamente Arquitectos, Penitenciaristas, y siguiendo esta línea de exposición no puede faltar una evocación histórica, que arranca del horror de las antiguas cárceles en su papel meramente asegurativo, hasta que por influjo de nuevas circunstancias históricas y, sobre todo, la atención que ciertos pensadores—Cerdán de Tallada, el Papa Clemente XI, Vilain, Howard Benthham—prestan a este problema van cambiando la fisonomía de las cárceles.

Como en la evocación histórica referida ha descrito la Casa de Corrección de San Miguel de Roma, la Maison de Force de Gante y la prisión de Nwgate, puede ya, al encararse con los sistemas clásicos, arrancar del panóptico de Benthham clasificando las prisiones, en las que fundadas en este principio llama de inspección central, subdivididas en panóptico en sentido estricto de estilo circular, de estilo radial con sus subdivisiones de pabellones laterales construídos en ambos lados del edificio administrativo con celdas en varios pisos dispuestas en dos filas, que pueden ser observadas desde el pasillo, que creado en Auburn, se siguió en la construcción de Sing-Sing y predomina en Norteamérica, y el sistema paralelo que dispone de pabellones rectangulares de celdas exteriores paralelamente entre sí y perpendicularmente a un pabellón central, que es el sistema seguido en Fresnes.

La arquitectura penitenciaria el siglo pasado, cuyas realizaciones aún son la base de la administración penitenciaria, están dominadas por la idea de seguridad, pero se ha observado que gran número de reclusos no necesitan muros aseguradores, y por otra parte, al abrirse camino las nuevas tendencias de tratamiento reeducador han dejado teóricamente inactuales los grandes edificios penitenciarios.

Los esfuerzos realizados hasta ahora para correlacionar la arquitectura con la moderna penología, ha dado lugar a nuevas tendencias, según las cuales el problema ha de considerarse como adecuación de la arquitectura a diversos niveles de seguridad, generalmente concretados en tres: máxima en establecimiento cerrado tipo Bastilla, medio para régimen semiabierto y mínimo para régimen abierto, que se corresponde con la graduación de la peligrosidad de los reclusos, y como hoy la base de todo tratamiento penitenciario es su observación y clasificación, habrán de crearse establecimientos en que puedan realizarse, y como ha de tenerse también en cuenta el empleo de diversos sistemas, la variedad de los tipos de alojamiento, aun dentro de la misma institución y creación de establecimientos a propósito para la realización de nuevos métodos de tratamiento.

Como consecuencia de lo que ha venido exponiendo, fija las bases para proyectar nuevas instituciones penitenciarias, para lo que habrá de tenerse en cuenta: el tipo de población penal que alojará; el papel que el trabajo industrial o agrícola representará dentro del programa de rehabilitación que en él se desarrolle; si la Institución tendrá muro, cerco o estará desprovista de ellos, y el tipo más eficaz de alojamiento de los reclusos para el fin de rehabilitación perseguido, así como el emplazamiento y dimensiones del establecimiento proyectado.

Aconseja, respecto a capacidad y situación, que no han de alojar tan gran número de reclusos que haga imposible la individualización de su tratamiento, ni tan pequeño que impida la organización de un sistema adecuado, y respecto a la situación, que si bien ha de estar alejado de todo centro populoso, debe tener fáciles vías de comunicación.

El autor, argentino, como es sabido, acaba su excelente trabajo, en parte reproducido en revistas españolas, con una enumeración y descripción de establecimientos penitenciarios existentes en lo que él llama Latinoamérica.

D. T. C.

**GERMANN, O. A.:** «Schweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen», 7.<sup>a</sup> ed. Schulthess & Co. Zurich, 1962; (XXXVI)-530 págs.

Bajo el aspecto de una corriente edición legislativa de bolsillo, la del Código federal penal suizo del Prof. Germann constituye un verdadero alarde de concisión, ya que, en rigor, se trata de un verdadero comentario. Reducido éste, naturalmente, a su mínima expresión, sólo cuando el texto lo precisa, los artículos son acompañados de concordancias históricas y de legislación especial, así como de las decisiones jurisprudenciales rigurosamente seleccionadas y condensadas. Se utiliza la redacción alemana del Código, mas cuando determinadas expresiones ofrecen alguna duda de interpretación se acude a la francesa e italiana, como, por ejemplo, en el debatido extremo del "apoderamiento" en el hurto del artículo 137. Detalladísimos índices de abreviaturas y materias completan la utilidad de esta edición, rigurosamente al día, hasta el 15 de octubre de 1961, recogiendo, por lo tanto, las muy importantes reformas legislativas introducidas en la revisión de 1955.

ANTONIO QUIJANO RIPOLLÉS

**GRAVEN, Jean: «L'Argot et le tatouage des criminels». Edition de la Braconnière. Neuchatel, 1962; 152 págs.**

Sabido es el importante lugar que el estudio de las costumbres del mundo criminal ocupó en la literatura de la primera generación de los maestros positivistas, y concretamente el del *argot* y el tatuaje en la capital de Lombroso. Un tanto olvidado el tema por los criminalistas modernos, aunque siempre tratado por literatos y folkloristas, Jean Graven, ilustre rector y presidente de la Corte de Casación de Ginebra, lo toma de su mano prócer para hacer un libro ciertamente delicioso, a añadir a la ya copiosa bibliografía del autor. Aliando del modo feliz que le es característico la erudición a la amenidad, exento de conclusiones precipitadas y simplistas, como las de Lombroso, abundan los datos literarios y reales del más subido interés que se leen como el más apasionante relato policíaco, y no en vano se dedica la obra a Francis Carco, el sin igual narrador de la vida del hampa parisién.

Por lo que respecta al lenguaje argótico, el autor señala con sutileza sus lejanos orígenes históricos y su continua adaptación a las exigencias del tiempo, si bien, a veces, responden a circunstancias efímeras que no logran imponerse. Su valor psicológico, al igual que el del tatuaje, no tiene para Graven, como tuvo para Lombroso, una significación criminológica decisiva, a modo de estigma criminal, sino de dato interesante por lo que tiene de expresión propia de una sociedad y profesión. Pone de manifiesto, sobre todo, el espíritu de vanidad y bravuconería característico de los peores profesionales del crimen, lo que llama "argot corporativo". De otra parte, es una realidad que a medida que las expresiones de jerga se popularizan en la literatura, el cine y aun en determinados círculos de alta sociedad por puro snobismo, el mundo criminal procura evitarlo, como el tatuaje, ya que tales peculiaridades resultarían contraproducentes y servirían más bien a la policía que a sus propios fines delictivos y de ocultación. Cuando subsiste, sin embargo, puede ofrecer al criminólogo, en vez de la prueba irrefutable de estigma sí el más relativo pero siempre curioso de un "test" revelador de asociaciones de imágenes y profundos sentimientos que tantas veces escapan a las declaraciones burocráticas. En cuanto al tatuaje, también niega el autor la conocida tesis lombrosiana de constituir un signo de atavismo de proximidad psicológica y somática entre el criminal nato y el salvaje. Abundan casos de tatuaje en personas ajenas al mundo criminal, el militar y marinero sobre todo, y su significado actual en criminología se limita casi exclusivamente a los fines de identificación. No queda excluido, sin embargo, un cierto valor psicológico en tanto que lenguaje emblemático, que requiere dotes de observación profundas y que debe precaverse contra los graves riesgos de las generalizaciones.

Acompañan al libro un copioso e interesantísimo material fotográfico, así como léxicos y antologías de suma curiosidad, por todo lo cual es bien seguro que está llamado a contar entre los clásicos de la especialidad criminológica descriptiva.

**HALL, Jerome:** «General Principles of criminal law», 2.<sup>a</sup> ed. The Bobbs-Merrill Company, Inc. Indianapolis-New York, 1960; 642 págs.

La primera edición de esta obra del profesor de Derecho de la Universidad de Indiana data del año 1947. Entonces su autor se propuso discriminar con ella las ideas fundamentales del Derecho Penal actualizándolas conforme al estado entonces del conocimiento en la materia, así como formular una teoría precisa de la disciplina.

Por entonces, el propio Jerome Hall manifestaba que poco después de haber publicado su trabajo titulado "Theft Law and Society" ("Hurto, Derecho y Sociedad": 1935), comenzó a fijar su atención cada vez más hacia las cuestiones más generales del Derecho Penal. En 1937 escribió un artículo acerca del principio de legalidad, desarrollando en él lo que ya había expuesto en la reunión de La Haya ante la Sociedad Internacional de Derecho Comparado. A continuación, se dedicó al estudio de la tentativa, de la responsabilidad estricta, y de las relaciones recíprocas entre el Derecho penal y la doctrina (inglesa) de los "daños" civiles ("torts"). Hacia 1940 se persuade Hall de la importancia y necesidad de un libro que tratara de los principios fundamentales y de las teorías peculiares del Derecho penal, consagrando a ello sus esfuerzos, aunque aprovechando sus trabajos anteriormente aludidos, así como otros también a nuestra disciplina relativos; siendo el resultado la mencionada primera edición de la obra.

En esta edición segunda ha sido la misma objeto de una casi total revisión, así como de nueva ordenación de su contenido, aparte verse aumentada con la adición de capítulos también nuevos, si bien se ha omitido una parte considerable contraída a la tentativa. El capítulo octavo, es asimismo, una edición revisada sobre anterior trabajo del autor, titulado "Studies in Jurisprudence and Criminal Theory" (1958).

La obra que examinamos, aparte de dos prefacios (el primero, copia del que precedió a la edición primera), de un capítulo primero, en el que, bajo el epígrafe "Los progresos de la literatura profesional", se trata ante todo de "ambientar" a los lectores en la disciplina sobre la que el libro versa y, dentro de la misma con la "Teoría del Derecho Penal"; consta de dos partes fundamentales, dedicada la una a los *Principios* (el de legalidad, "mens rea", intención, descuido, negligencia; comportamiento delictivo, causabilidad, motivación; sanción, su justificación, su índole; responsabilidad estricta), y la otra parte a las *Doctrinas*, comprendiendo dentro de esta última: la ignorancia y el error (el de hecho y el de derecho), necesidad y amenaza o coacción; enfermedades mentales (el estado de la Psiquiatría en el ámbito de las Ciencias, el criterio de la jurisprudencia inglesa sentado en el caso M'Naghten, su revisión, el impulso irresistible; el criterio sustentado en el caso Durham; irresponsabilidad fundada en la apreciación de que el hecho delictivo fué un 'producto' de una enfermedad o de un defecto mentales); toxicomanía (intoxicación voluntaria, resultados de las investigaciones efectuadas acerca del alcoholismo, reformas legales que se proponen; y tentativa criminal (historia, normas y jurisprudencia, distingo entre preparación y tentativa, teorías contradictorias, el criterio del 'Common Law' al respecto, imposibilidad, riesgo objetivo, la imposibilidad de hecho y el principio de legalidad).

El capítulo XVI y último versa sobre la Criminología y la Teoría penal, con-

chuyendo la obra con un índice de casos jurisprudenciales y otro de materias tratadas en el texto.

Para dar a nuestros lectores una idea de las consideraciones o temas más salientes que el autor aborda, citemos, por ejemplo, su opinión consistente en que en Derecho penal "la política juega un papel importante incluso hasta en la interpretación de las normas legales" ("statutes"); que "en los países democráticos, la significación política del Derecho penal había sido casi olvidada hasta que el efecto causado por la dictadura del siglo xx, con su invariable inmediato recurrir al aparato legal punitivo, reanimó la convicción de la dependencia de las libertades civiles respecto al Derecho penal... Aunque ni el principio de legalidad, ni las consecuencias que del mismo se derivan, pueden estudiarse tan sólo en el aspecto de la teoría democrática o del gobierno constitucional. Pues cuando se encuentra uno con que hace sólo escasos años Dinamarca establece tal principio; que Italia en su Código de 1930 lo proclama nuevamente, incluyendo el de la no retroactividad; que Polonia hace la propio, que Alemania lo repudió en 1935, y que en Rusia, que lo rechazó por completo, tanto en 1922 como en 1926, acude a él de nuevo recientemente, debe deducirse la consecuencia de que la identificación del susodicho principio de legalidad con la forma de gobierno democrática y constitucional carece de validez. Sin embargo, se incurriría en falacia si se pensase que el principio de legalidad no entraña un aspecto esencial del gobierno constitucional libre". Como resumen de todo esto, cita Hall a Goodhart: "Así, podemos decir que aunque la norma jurídica no es por sí una garantía de libertad, su existencia, empero, es un requisito previo para que tal libertad llegue a establecerse" ("The Rules of Law and Absolute Sovereignty" (106 U. of Pa. L. Rev, 943-1958).

En otro orden de cosas dentro de nuestra disciplina, Jerome Hall resume su parecer en cuanto al criterio a seguir acerca de la responsabilidad, en términos de que, "con las solas limitaciones impuestas por el significado ético del principio que entraña el concepto 'mens rea' y por el respeto hacia el correlativo de legalidad, la responsabilidad penal debe ser fundamentalmente subjetiva" (p. 170).

Tratando de las "omisiones" punibles, tema que aborda Jerome Hall con una claridad meridiana, comienza diciendo: "Pasos se han dado ya para exigir a terceros presten asistencia o ayuda en ciertas circunstancias. Hay leyes que imponen a motoristas y ferroviarios el deber de prestar ayuda a personas a las que han herido; hay también en Estados Unidos una norma de ámbito federal que exige al patrón de un barco que preste igualmente asistencia a "cualquier persona que encuentre en el mar en peligro de perderse"; obligación por parte de los propietarios de ciertos locales o lugares a propósito de la asistencia de niños a los mismos; la de instalar aparatos o instrumentos de seguridad o protección a favor de los respectivos empleados o del público concurrente... Pero el Derecho angloamericano va a la cola del europeo a estos respectos, por cuanto en este Continente precitado ya "se halla ahora bien establecido que cualquiera que, sin peligro para sí, deja intencionadamente de prestar ayuda a una persona desasistida, se halla sujeto a responsabilidad penal. Muchos de los procesados conforme a tal criterio europeo (?) son médicos, empleados de hospitales y otros individuos que las circunstancias han colocado en la situación del que debe prestar ayuda" (pág. 211).

Analizando la diferencia entre 'daños y perjuicios' civiles y 'lesión criminal',



Mr. Jerome Hall, considera previamente los criterios que sustentaron Blakstone Austin, Stephen, Kenny y, más recientemente, Sir Carleton Allen, para concluir en sentido de que en la perspectiva del Derecho penal prevalezca el criterio de la responsabilidad objetiva o de la estricta, hay un vano evidente tanto en la teoría como en el derecho positivo... todo lo que se sepa acerca de los 'daños criminales' (procedentes del delito), es la única base para abordar en la práctica las cuestiones atinentes a los efectos formales, indiferentes, adecuados, fotuitos, irracionales de tales daños" (pág. 246).

Finalmente, como recogiendo deducciones de algunas cuestiones fundamentales tratadas en su obra, Mr. Hall recuerda que la discriminación del sentido de las normas legales, así como de la jurisprudencia depende también del conocimiento empírico. No otra cosa puede decirse a propósito de temas estudiados, como cuando se trata de la anomalía mental, del alcoholismo agudo, de la enfermedad, en términos generales. Otro tanto cabe decir con respecto a las cuestiones que suscita la conjunción de los procesos volitivo e intelectual al elaborar el concepto de la "mens rea". Es decir, que el Derecho penal se refiere a hechos, a datos, que son contenido —en tales ejemplos— de la Psicología. Lo mismo ha de deducirse con respecto a la Sociología cuando se consideran los delitos que atentan contra la propiedad. Los caracteres externos de la propiedad, el comerciar con bienes hurtados, etc., son datos que fijan el sentido de los preceptos legales. Y, no cabe duda, cuanto mayor sea el conocimiento empírico, más fácil será la discriminación establecida por la teoría penal.

Pero, mientras es indudable esa 'dependencia' en que se halla el Derecho penal con relación a la Criminología, las aportaciones a esta ciencia por parte de aquél no suelen ser reconocidas de buen grado por la mayoría de los autores. Por otro lado, el problema que implica el estudio de las relaciones del Derecho penal con la Criminología, aquél en su aspecto teórico, suscita muchas dificultades, además agudizadas por la especialización que prevalece en estos ámbitos. Hace alusión con esto nuestro autor, por ejemplo, a la no menos evidente realidad de que no sólo en los Estados Unidos, sino en otros muchos países, se propende a que la teoría penal sea la materia peculiar de los estudiantes de Derecho, mientras que la Criminología se pretende esté reservada, entendiéndola como una de las ramas de la Sociología o de la Psiquiatría, o incluso hasta de la Ciencia política, a los respectivos profesionales dedicados a estos sectores del conocimiento o de la práctica. Visto el caso desde otro lado: en las Universidades estos últimos ramos del saber constituyen asignaturas diferentes y, desde luego, separadas del Derecho penal.

Tal especialización, característica de nuestros tiempos, se manifiesta a su vez ceñidos al ámbito de la Criminología desde el momento en que son muchos los aferrados a considerar como todo el contenido de esa ciencia ceñido a los factores psicológicos o de índole social. Incluso se estudia el comportamiento delincente aislado del Derecho penal y de los conceptos penales.

Pero, con razón afirma nuestro autor, por mucho que se quiera lo contrario, ceñidos al ámbito de la Criminología desde el momento en que son muchos los to humano, "fases interdependientes de un sólo cuerpo científico".

Esa interdependencia es, en verdad, mucho más compleja de lo que cabría deducir con la usual y simplista exégesis de la distinción aristotélica entre la 'teoría' y 'conocimiento práctico' —no sólo se peca de complejidad, sino también

de simplificación, sobre todo cuando ésta, como ocurre con mucha frecuencia, se somete a un uso torpe o abusivo.

La Criminología se emplea también para la solución de problemas prácticos —y no carece, por otro lado, de 'su' teoría—: en la prevención de la delincuencia juvenil y en la rehabilitación de los delinquentes. Además, exige el conocimiento del Derecho penal en muchos aspectos importantes, sin olvidar que el significado de las leyes penales se deriva de la referencia que éstas hacen a los hechos, al estudio profundo, en suma, de la que es el ámbito 'peculiar', pero no exclusivo, de la Criminología.

La apreciación adecuada de la interdependencia en que se hallan la Criminología y la teoría penal presupone la existencia de una ciencia penal en la que el Derecho penal y el comportamiento humano constituyen su contenido.

Si alguien titubea en aceptar la postura precedente, el autor le aconseja estudie los influjos históricos que han llegado a conformar la Criminología.

JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS

**LÜDER, Italo A.: «Los estudios criminológicos». Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas. La Plata, 1962; 44 pág. Cuaderno núm. X.**

Ya se ha dado noticia en este ANUARIO de la publicación de estos cuadernos de divulgación, realizada por el Instituto de Investigación y Docencia Criminológicas de la provincia de Buenos Aires, a propósito de la de uno del que también, como de éste, es autor el Director de dicho Instituto.

Hemos adelantado el fin de divulgación que, como los demás llegados a nuestras manos, se advierte en este cuaderno, que sirve este fin exponiendo con ejemplar claridad los principios fundamentales y las ideas más generalmente admitidas en materia criminológica.

Sus cortos capítulos están dedicados a la importancia del estudio de la Criminología con la consideración de los presupuestos científicos de toda política criminal y del enfoque multidisciplinario de este estudio, a la investigación criminológica, en el que considera el proceso causal, la concepción dinámica de la personalidad y la manera de realizar la indagación sociológica claramente influenciados por la dirección sociológica americana.

Merece especial mención el dedicado a la Criminología Clínica, en el que, después de subrayar la coincidente opinión recogida por Carrol y Pinatel y elevada a la UNESCO de que sólo es posible la verdadera investigación en esta materia donde se hace clínica criminológica, recuerda la división de la Criminología hecha por Pinatel en dos grandes ramas, de Criminología General, la una, y Clínica, la otra, y transcribe las recomendaciones que, a propuesta de Di Tullio, aprobó la Primera Convención Internacional de Criminología Clínica, que en 1958 se celebró en Roma, recomendaciones a las que se alude frecuentemente por otros autores que no las describen.

El valor informativo de esta publicación aumenta en su último capítulo, en el que el autor expone la creación y fines del Instituto que él dirige y que es el que publica los cuadernos, siendo éstos estudiar la personalidad del delincuente y la manera de clasificarlo para establecer su correcta pronosis social, y el delito para determinar los factores que provenientes del medio influyen en

su producción, propendiendo a la remoción de estas causas, ejercer función docente criminológica divulgando éstos conocimientos, recopilar el material investigado, confeccionando tablas estadísticas, y colaborar con la Justicia, evacuando las consultas formuladas por los jueces, organización y funciones de dicha Institución, que, como es natural, está basada en la realización de estos fines.

D. T. C.

**POLLOCK, Sir Frederick: «Jurisprudence and legal essays». Londres, Macmillan & Co. Ltd., 1961; 244 págs., 25 chelines.**

La presente obra comprende una serie de "ensayos" seleccionados y puestos al día, en lo que a jurisprudencia y estatutos posteriores ingleses se refiere, por el profesor A. L. Goodhart; materias recogidas de tres obras importantes del gran abogado inglés y que no habían vuelto a ver la luz desde el año 1929. El texto original no ha sido variado, pues las notas y citas de precedentes, que proceden de la pluma del profesor Goodhart, figuran como llamadas independientes.

No es, como se habrán percatado aquellos de nuestros lectores para quienes la personalidad de Sir Frederick Pollock no es desconocida, una obra peculiar de una rama jurídica, y aunque entre esos "ensayos" que la misma comprende figure alguno con neta adscripción al derecho público, paladinamente ha de proclamarse que no corresponde precisamente al Derecho penal ni a ninguna de las ciencias que el mismo abarca o que con él se hallan en rotunda concomitancia.

Sin embargo, no faltan razones para recomendarla a los estudiosos de cualquier rama del Derecho; pero la principal razón estriba en tratarse la obra que reseñamos de una obra donde se expresan los principios jurídicos y se amplían: una serie de ensayos de grandísima utilidad para quienes, inevitablemente zarrandeados en la hora presente por ese aluvión de criterios que con tanta prodigalidad se vierten en orden a los fundamentos del derecho de penar, o de la adopción de medidas preventivas o de seguridad, respecto a los métodos a seguir en la aplicación de los criterios esenciales ya adoptados, precisan como si dijéramos algunos momentos de recogimiento asidos a aquellos postulados que, pese a los continuos embates a que vienen sometidos, persisten como verdades inmutables a las que hemos de recurrir si aspiramos a que el Derecho penal no llegue a perder el terreno que le disputan las ciencias empíricas y, sin negar a éstas tampoco el valor de sus resultados efectivos, preservar la nota jurídica que siempre debe prevalecer en el tratamiento a los delincuentes y en la lucha contra el delito.

Sir Frederick Pollock nace en 1845, siendo hijo del "Queens Remembrancer", cargo equivalente a nuestro Secretario del Gobierno del Tribunal Supremo ("senior Master of the Supreme Court"), Sir William Frederick Pollock. Se educa en Eton y, tras colegiarse en la abogacía, a través de "Lincoln's Inn", en 1871, a la edad de treinta y dos años publica su primera obra jurídica, y en 1882 sus "Essays in Jurisprudence and Ethic". Al siguiente año va a formar parte del profesorado de la Universidad de Oxford, encargándose de la Cátedra de Jurisprudencia, cubriendo así la vacante dejada por Sir Henry Maine. En 1890, Pollock publica su ensayo sobre "Introduction to the History of the

Science of Politics", uno de los más inspirados y brillantes y en el que aborda la relación entre las ciencias políticas y el Derecho. La presente obra abarca también la que Pollock tituló, en 1896, "A First Book of Jurisprudence for Students of the Common Law". En 1904 se publican las diferentes conferencias que pronunció sobre "The Expansion of the Common Law" en el año precedente, y en 1912, la Universidad de Columbia edita las lecciones que ante la misma expuso en 1911, bajo el título "The Genius of the Common Law". Ya anteriormente se había desplazado a Calcuta, donde asimismo dió lecciones sobre "The Law of Fraud", siendo prácticamente el fundador de la importante publicación inglesa "Law Quarterly".

El Derecho penal, al par de su antigüedad y su universalidad, supera en importancia a las demás ramas jurídicas por su ámbito: a través de él es como, indiscutiblemente, podemos obtener una visión más completa del Derecho, y como bien dió a entender Mr. Pollock, a poco que se pare atención en sus párrafos alusivos a la génesis jurídica, podremos comprobar que la aparente dificultad en ofrecer una exposición rotunda y convincente del Derecho penal y, por ende, el simulado fundamento de sus detractores, responde tan sólo a las razones de tipo político, moral e incluso legal que dentro de dicha rama tratan de ganar preponderancia, cuando sólo en puridad deben utilizarse en su objetiva e inevitable ensambladura, importante en ese Derecho, pero en modo alguno del mismo privativas.

Y, efectivamente, si despojamos a la consideración del Derecho penal en su conjunto de los ingredientes aludidos, sobre todo los que a la moral y a la política atañen, fácilmente veremos que aquél comienza apareciendo en las primeras formaciones sociales ofreciendo, en su enfoque, dos perspectivas: una, guardando relación con la vida privada; otra, que surge conforme va adquiriendo desarrollo la noción "abstracta" del Estado, o de cada una de las entidades previas que luego el mismo concluye absorbiendo.

Desde la primera perspectiva no podremos apreciar el delito como concepto esencial dentro del Derecho penal, más que en cuanto implica infracción, vulneración, de uno de esos derechos de que disfruta cada uno de los miembros de la comunidad, tales como la vida, la buena reputación y las condiciones habituales de una saludable existencia física; derechos éstos que al principio se aprecian de modo muy confuso e inadecuadamente hasta que, posteriormente, la convulsión consciente que provocan los primeros atentados contra ellos les va concediendo transcendencia. Es así como una gran parte del Derecho penal coincide en ámbito en las sociedades modernas con el régimen de los daños civiles, lo que en Inglaterra se denominan "torts" y es de esta idea de donde emana la práctica originaria de la "composición" para determinadas clases al menos de delitos.

La otra perspectiva antes aludida nos deja entrever, como consecuencia del delito, o ciertas figuras de ellos, atentados, no ya sólo para el individuo, sino para la comunidad entera, que siente así a veces la consternación. Puede consistir en un acto de deslealtad o de traición a dicha comunidad; el asesinato del dirigente o benefactor de la misma; el de un miembro de la colectividad perpetrado en tales circunstancias de crueldad, cual el parricidio, que suscita la indignación de todos los componentes de aquella. La reiteración de actos de tal índole es la que a su vez provoca la formación de una "conciencia" colec-

tiva frente al crimen que determina el juicio colectivo del culpable, luego confiado a miembros elegidos.

Y con ésto, demos fin a nuestra reseña de esta reciente edición de la obra de Sir Frederick Pollock en la que, por lo precedentemente expuesto se podrá comprobar cómo se esboza la formación de los conceptos fundamentales en que ha venido descansando, y en los que habrá de seguir sustentándose para su permanencia, la estructura del Derecho Penal.

J. S. O.

**Schafer, Stephen: «Restitution to victims of crime». Londres, Stevent & Sons Limited, 1960; 130 págs., 25 chelines.**

Trátase de una obra publicada bajo los auspicios del Instituto para el Estudio y Tratamiento de la delincuencia, escrita por el Doctor Schafer, Lector de Criminología en la Universidad de Maryland y constituye el volumen 2.º de la Colección titulada "The Library of Criminology", dirigida ésta por Edward Glover, Hermann Mannheim y Emmanuel Miller.

Por lo que al autor de la obra respecta, ha venido dedicándose a la Criminología y a la Penología, desde que alcanzó el título de Doctor en Filosofía por la Universidad de Budapest, capital de su nacimiento. Entre las treinta obras que hasta la fecha tiene publicadas, figuran: "The Criminality of the Women" (La delincuencia femenina), "The White Collar Criminal" (El delincuente de guante blanco), "The Effect of War on Juvenile Delinquency" (El efecto de la guerra en la delincuencia juvenil), "Sterilization and Castration in Penology" (La esterilización y ablación sexuales en Penología), "Drug Addiction and the Task of International Criminology" (El consumo de estupefacientes y la tarea de la Criminología internacional), y "Old Age and Crime" (Senectud y delincuencia).

Tras la segunda guerra mundial, la Universidad de Budapest le nombró profesor adjunto de Criminología y Penología, llegando a ser presidente de la Junta Inspectoral de la Delincuencia Juvenil, así como de la Comisión Penitenciaria húngara, a más de miembro de distintas sociedades y organismos de índole científica.

En dos ocasiones se vió interrumpido su profesorado: por los "nazis" la vez primera y, en 1951, por los comunistas, al considerarle "desafecto" cada uno de dichos regímenes. Cuando el levantamiento húngaro, el profesor Schafer y su familia consiguieron evadirse a Inglaterra, época a partir de la cual el doctor Schafer ha escrito también diversos artículos, encomendándosele por el Home Office británico trabajos de investigación en cuestiones criminológicas. Además de todo ello es también lector en la Politécnica, miembro de la Sociedad Internacional de Criminología (París) y de otras entidades, tanto con sede en Londres como en otros países.

Por lo que a la presente obra atañe, responde, como debe ser, a una idea o concepto primordiales: la hiperestimación presente del efecto sociológico del delito, con la consiguiente desatención, más o menos relativa, hacia la víctima. Es algo que también pugnaría con la equidad reputar ha quedado cumplida la acción penal por el hecho de que el reo haya pagado su débito a la sociedad,

olvidando las obligaciones que aquél aún tiene pendientes, por razón del hecho que perpetró, hacia la víctima del mismo, considerada ésta en su aspecto individual, desligada por tanto de la exigencia social que la moderna Ley penal impone.

En rigor, puede darse la bienvenida al estudio que en la obra presente realiza el doctor Schafer enfrentándose con indudables dificultades, tanto prácticas como teóricas.

Aborda Schafer el examen de distintas legislaciones extranjeras y, tras ello, después también de analizar el criterio preponderante al respecto en el derecho inglés positivo (que culmina, puede decirse, en el "Criminal Injuries Compensation Bill", gira el enfoque de su observación hacia dos aspectos dogmáticos: "The Restitutive Concept of Punishment" (El criterio compensatorio de la pena), y "The Punitive Concept of Restitution" (El criterio punitivo de la compensación).

Prevalece en los tiempos presentes la idea de que un hecho delictivo provoca una relación, si no propiamente "tan sólo" (como dicen los editores de la obra), sí "sobre todo" entre el reo y la sociedad. Por ello sugiere el autor que la restitución o compensación impliquen además un nexo obligatorio del delincuente hacia su víctima, y ello en forma tal que tal compensación no consista únicamente en la ayuda a aquélla en su situación de abandono, sino que además entrañe una revisión o matización a tal efecto del presente concepto del castigo penal.

Sobre tales bases, el doctor Schafer aboca, a modo de tesis, en las siguientes conclusiones, muy dignas de tener en cuenta en fase de "lege ferenda" por otros países, pues sustancialmente el nuestro ya lo acoge:

La restitución a la víctima del delito debe ser objeto del pronunciamiento del propio tribunal que juzga el caso.

La restitución puede pronunciarse a instancia de la víctima, pero sin que ello sea un requisito formulario; por tanto, el tribunal ha de acordarla en todo caso de oficio.

Si el pronunciamiento aludido sobre la restitución puede presuponer la práctica de diligencias que dilaten la sustanciación del proceso principal, el tribunal dictará su fallo a este respecto, proveyendo luego sin demora al aspecto compensatorio.

El pronunciamiento a la restitución relativo ha de fijar el importe de la misma y disponer la entrega de un porcentaje de los ingresos del culpable, "tras la liberación de éste del establecimiento en que cumpla su condena, o tras el abono de la multa, si en esto consistió la penalidad impuesta". Esta decisión debe adoptarse tras la consideración de la posición económica del reo, sus circunstancias personales y un "razonable nivel medio mínimo de vida".

A la exacción de los importes en que la restitución estriba ha de procederse por el mismo método empleado para la efectividad de las contribuciones o impuestos, deduciéndose dichos importes por el empresario o patrono del culpable. Si no tuviera medios suficientes el mismo para cubrir el importe total de restitución, ello no implicará la imposición de una penalidad con carácter de supletoria.

Finalmente, con el importe de las multas y otras fuentes de ingresos, el Estado deberá establecer un Fondo de Compensaciones, con cargo al cual se harán

efectivos a las víctimas los importes de las restituciones respectivas cuando fueren insuficientes los medios peculiares de los culpables o en los casos en que no se conociere el paradero de éstos.

Para la administración del Fondo propuesto, el autor sugiere la constitución de una Comisión integrada por personas que designen el Ministerio del Interior (Home Office en Inglaterra) y el de Hacienda (Treasury).

Entre cuatro partes se hallan agrupados los veinte capítulos de la presente obra del doctor Schafer. La parte primera, de índole histórica, nos habla de los antecedentes de la restitución y de las penas en sus relaciones recíprocas. El capítulo segundo de dicha primera parte versa sobre el "ocaso de la restitución". Los capítulos 3 a 17, integrados en la segunda parte, se ocupan sucesivamente de los fines y métodos del estudio a que el libro responde en Bélgica, Francia, Holanda, Austria, Suiza, República Federal de Alemania, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, Italia, Turquía, Grecia, Yugoslavia, Canadá, Estados Unidos, Cuba, República Dominicana, Méjico, Argentina, Israel, Persia, Egipto, India, Pakistán, Australia, Nueva Zelanda, Unión Sudafricana, Hungría y la Unión Soviética. Tras un capítulo final dedicado a unos resúmenes comparativos, la tercera parte trata del desarrollo actual de la institución que nos ocupa en el Reino Unido, y la parte cuarta concluye examinando recíprocamente los criterios penalidad y restitución.

J. S. O.

**TOME, Amancio: «Pequeña historia de su vida profesional». Un ensayo de relato biográfico. Madrid, 1960; 266 págs.**

Siempre es conveniente la publicación de memorias o recuerdos de los que, como Goron, en Francia, al cesar en una actividad dicen a los demás el fruto de sus experiencias y reflexiones, con lo que hacen que la vida y experiencia de cada lector se enriquezca con lo no vivido por él o se recuerde lo que ya empezaba a olvidar.

Esto creímos, por el título, que sería la obra de don Amancio Tomé, cuya personalidad, por conocida, sería superfluo dar a conocer a un público español y aun universal en su especialización penitenciaria, pero aún juvenil y combativo al contemplar el mundo a los ochenta años, no tiene la serenidad filosófica, hecha en gran parte de renunciamiento, de un Cajal, sino que se apresura, en un humano deseo de supervivencia y demostrar a sus contemporáneos su labor profesional, a hablar de ésta, pero con pluma ajena, principalmente con lo que los periódicos de muy diversa tendencia dijeron de ella, exhumando recuerdos que, sin duda, día por día fueron amorosamente guardados por manos próximas y cariñosas.

Con esto, si la contemplación de una vida profesional ejemplar gana objetividad es menor la experiencia que para los demás pueda deducirse, tanto más para la legión de penitenciaríos que se honran con el título de discípulos suyos, y la obra, en sí valiosa, queda como una aportación o base documental para la redacción de sus Memorias o autobiografía completa, que espero leer, en las que ya llegado a la zona de serenidad en que los hechos propios ya pasados pueden ser imparcialmente alabados o censurados, como si se tratase de los de otro,

exponga y reflexione sobre la evolución de la teoría y práctica penitenciaria, que con tanta intensidad ha vivido en una consagración amnagada y total de sus primeros ochenta años.

D. T. C.

**VASSALLI, Giuliano:** «Funzioni e insufficienze della pena». Separata de la *Rivista Italiana di Diritto e procedura penale*. Abril-junio 1961. Milán, Giuffré, Editor, 1961; 49 págs.

El autor empieza haciendo resaltar que adormecida la lucha de las escuelas después de la primera guerra mundial, la dureza represiva durante la segunda y los horrores de las medidas de policía eliminatorias durante ella, ha hecho que a su final se produjese una reacción en que en todos los pueblos se exigiese la aplicación de penas eliminatorias sin tener en cuenta la posible enmienda y readaptación del delincuente y como contrarreacción un espíritu de estudio con profunda humanidad de la personalidad del reo para su tratamiento más adecuado, que caracteriza la Nueva Defensa Social, de la que Ancel es expositor.

Fijando por adelantado su exposición, continúa que no puede decirse que en ningún serio sistema penal pueda sustraerse a un eclecticismo, que hoy impera en Italia, de colocar junto a la pena las medidas de seguridad y de tratar de alcanzar una diversidad de fines con la pena misma.

Si se trata de fundar la pena en un principio de justicia absoluta, se corre de vista la infracción cometida y la reacción producida, la pena ha de imponerse el riesgo de volver a confundir Moral y Derecho, pero tampoco puede perderse en los límites que sea necesaria, justicia y necesidad son sus fundamentos. La idea de justicia lleva a la pena retributiva, a la pena sufrimiento, pero también es un medio para conseguir un fin que se le asigna y cuya determinación varía y que son diversos en las concepciones predominantes en los países civilizados.

La primera función o fin primordial de la pena es la reafirmación del derecho objetivo violado mediante la pública y solemne descalificación social del hecho, que no se puede expresar más que por la imposición de un mal a su autor, habiéndose querido sustituir este fin por el de reintegración del orden moral violado y satisfacción del sentimiento de justicia, que sólo es un fin colateral de la pena, al no castigarse con ella más que los actos más gravemente inmorales, y por el de expiación moral ha largo tiempo abandonado.

El segundo, en orden a su importancia, de los fines de la pena, en estrecha relación con el fundamental del restablecimiento del orden jurídico perturbado, es el de prevención general, pero no limitado a la intimidación, sino dirigido a una idea educadora general, ya que su imposición impulsa la formación de un Código moral del que la acción sancionadora es rechazado. La pena debe tender a hacer mejores a los demás, no siendo obstáculo a esta concepción el indudable valor intimidativo de las medidas de seguridad, porque este fin de prevención general no es sólo común a ella, sino a muchas de las sanciones jurídicas de todo orden.

La prevención especial es la tercera función o fin fundamental de la pena, que no se agota en su función retributiva y que no puede negarse o relegarse sin



negar todo el desarrollo del Derecho penal al tratar de poner a todo delincuente en condiciones de no dañar, de borrar en su alma la huella del delito y el impulso a otros nuevos.

Esta función no ha sido jamás desconocida. La doctrina católica elabora la pena medicinal en contraposición a la pena vindicativa, y cuando Carrara se opone es sólo a que se asigne a la pena sólo este fin, que hoy no podría ser desconocido y forma la base del entero sistema penitenciario, y entre las mismas tendencias eclécticas se abre camino la idea de una pena admonitoria para la criminalidad ocasional, una pena castigo para los más graves casos de culpabilidad y una pena impregnada de finalidad preventiva para la criminalidad caracterizada por su destacada personalidad.

Tras esta exposición, el autor busca la consagración de estos fines en la legislación italiana, en la que si la pena continúa siendo retributiva y dirigida a la reintegración del orden jurídico perturbado y a la prevención general, el de la prevención especial entra a banderas desplegadas en el Código Rocco, está expresamente ordenado en la Constitución e inspira la legislación y la práctica penitenciaria.

Al final, bosqueja o da un avance de lo que, a su juicio, ha de ser la reforma del sistema penal italiano, que ha de basarse, por precepto constitucional, en la reeducación del penado, ha de concebir que la retribución no trata de impedir la prevención especial y en el que las medidas de seguridad han de merecer la mayor consideración.

Este es el trabajo, muestra de la magnífica y dispersa labor del profesor de Roma, de la que ya di noticias (T. XIV, F. II), y sobre la que he de volver.

D. T. C.

# REVISTA DE REVISTAS

## A L E M A N I A

### **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**

**KAUFMANN, Arthur: «Die eigenmächtige Heilbehandlung» (El tratamiento médico sin consentimiento del paciente).**

El Autor trata de descubrir, en primer lugar, las causas de las considerables diferencias de opinión entre los médicos y los juristas en este punto. La virulencia de la polémica permite presumir, según él, que las raíces de las divergencias de criterio son profundas.

Se dice, que el pensamiento de los juristas es un pensamiento formal, abstracto, orientado en leyes, mientras que el médico se ocupa de hombres concretos, que debe sanar, no siendo ningún caso igual al otro. Arthur Kaufmann señala, sin embargo, con razón, que un pensamiento ordenado y por tanto, científico, no es posible sin un mínimo de formalización y abstracción. El mismo diagnóstico lo requiere.

Algunos médicos consideran que sólo ellos pueden juzgar acerca de la licitud de una medida curativa y, sobre todo, decidir sí y en qué medida debe ser informado un paciente sobre su enfermedad y sobre el tratamiento. Esta pretensión, dice Arthur Kaufmann, supondría la exclusión de gran parte de la actividad médica del control judicial. El paciente quedaría indefenso ante el médico sin conciencia. La jurisprudencia no puede aceptar este criterio sin negarse a sí misma, pues no habría razón alguna para no excluir también del control judicial otras actividades profesionales.

A veces se reprocha a la jurisprudencia del Tribunal Federal un carácter excesivamente esquemático y una falta de atención a los matices del caso concreto. Este reproche puede estar en algunos casos justificado, dice Arthur Kaufmann, pero cabe hacérselo también a algunos médicos y juristas. Incurren, por ejemplo, en este defecto, los que quieren hacer depender el deber de informar sobre las consecuencias posibles de un tratamiento, del tanto por ciento de probabilidades de la complicación. La jurisprudencia y los médicos tienden también a esquematizar el problema del deber de informar a los enfermos de cáncer. Los tribunales afirman, en principio, el deber de informar, pues consideran que los casos en que el enfermo no podría resistir el conocimiento de la verdad, sin grave daño para su salud, son siempre casos excepcionales. Los médicos consideran, en cambio, que estos casos constituyen la regla general y se debe prescindir, por ello, siempre de la información.

Lo que separa, en realidad, a los juristas y los médicos, dice Arthur Kaufmann, es una distinta valoración de los bienes jurídicos de la libertad personal por un lado y la vida, la salud y el bienestar, por otro. Según la jurisprudencia

dencia, el médico puede omitir sólo la información, cuando ésta pudiera suponer un grave peligro para la salud o la vida del paciente. Los médicos consideran, en cambio, que la información debe ser también omitida cuando pudiera afectar al estado de ánimo o al bienestar del enfermo y sobre todo cuando pudiera producirle un shock que le moviera a negar su consentimiento al tratamiento.

La solución del conflicto de bienes sólo puede ser hallada, dice Arthur Kaufmann, recurriendo a criterios supraleales, es decir, a los preceptos y valores éticos fundamentales, immanentes al Derecho. Las dos sentencias del T. F., en que éste invoca una ley moral objetiva, accesible al conocimiento del juez, han sido objeto, sin embargo, de severas críticas. Grünwald se ha adherido últimamente a ellas, diciendo que los jueces no están facultados para resolver problemas éticos discutidos, en el sentido de declarar antijurídico un acto, que según *su* propio criterio sea reprochable. En el problema del tratamiento médico sin consentimiento del paciente esto significa que los tribunales deberían considerar conforme a Derecho la omisión de la información, siempre que ésta se viera avalada por las opiniones de los médicos—tanto si se trata de una mayoría, como de una minoría seria— basadas en la ética profesional. Arthur Kaufmann dice, que no puede abordar, naturalmente, en este lugar el difícil problema de la posibilidad y los límites del conocimiento moral objetivo. Se limita, por ello, a señalar, que el criterio de Grünwald no es aceptable en la práctica. Si los tribunales atienden a las opiniones de los médicos, ¿por qué no deben atender también a las opiniones de los demás profesionales? Esto no es posible ya, sin embargo, porque en los casos que examinan los tribunales estas opiniones son contrapuestas; como lo son también las del médico y el paciente. Arthur Kaufmann señala también, con razón, que si los tribunales consideran, en caso de conflicto de deberes una conducta es *conforme a Derecho* (amparada por una causa de justificación), no respetan con ello las divergencias de criterio existentes en torno a su licitud moral, sino que adoptan una posición determinada. Su decisión prejuzga la solución del problema ético. Los tribunales están vinculados, por otra parte, a la ley y al Derecho (art. 20 III, de la Constitución), pero no a las opiniones de los grupos sociales. Su tarea consiste en la elaboración de un juicio valorativo independiente (Eb. Schmidt). El conocimiento objetivo de los preceptos morales puede ser problemático, pero también lo es la invocación de las concepciones valorativas o culturales dominantes, pues ésta lleva implícito el problema de la vigencia. Una sociología empírica positivista, dice Arthur Kaufmann, no puede substituir nunca a una ética valorativa material. En este punto es preciso señalar, sin embargo, que Grünwald no invoca nunca las concepciones valorativas *dominantes*, sino que considera atendible *toda opinión seria*. El problema de deslinde de las opiniones atendibles y no atendibles es, sin embargo, difícil y en el fondo inseparable del problema del conocimiento de los contenidos de la ley moral.

Los tribunales han hecho bien, según Arthur Kaufmann, al no aceptar sin más, la opinión de los médicos y buscar un criterio objetivo. Con ello no se ha dicho aún, sin embargo, que su solución del conflicto de bienes entre la libertad personal y la vida sea correcta.

La solución del conflicto de bienes entre la libertad y la vida es muy discutida, dice Arthur Kaufmann, porque no existe hoy acuerdo sobre los problemas éticos fundamentales de la profesión médica. La actividad del médico debe estar dirigida, sin duda, a restablecer la salud del enfermo. ¿En qué consiste, sin embargo, esta salud? Sólo es posible contestar a esta pregunta, si se adopta previamente una actitud en el problema del sentido de la enfermedad y la muerte. Como consecuencia del continuo proceso de secularización, hemos perdido, dice Arthur Kaufmann, una relación íntima, existencial, con la enfermedad y la muerte. Algunas corrientes filosóficas modernas expresan crudamente lo que piensan hoy muchos hombres: la enfermedad es algo absurdo y mucho más aún la muerte, pues con ella todo termina, es el salto en la nada. El correlato necesario de esta actitud nihilista ante la enfermedad y la muerte, es la divinización de la vida, de la mera existencia, que caracteriza al hombre moderno. Lo que hoy se suele denominar, con gusto, entre nosotros, filosofía vitalista. Esto explica la falta de comprensión para el valor de la libertad personal y la extrañeza ante la consideración, de que el médico pueda verse impedido por la voluntad del paciente para hacer lo que mejor convenga para su salud. La aparición de la filosofía vitalista, a principios de siglo, está, además, íntimamente unida al desarrollo de las ciencias mecanicistas de la naturaleza y a la extensión progresiva de la técnica en todos los sectores de la vida. El espíritu de la técnica y la especialización han dado lugar a que el paciente considere su enfermedad como una «avería», que el médico puede y debe reparar rápidamente con medios científico-naturales. El tratamiento médico es reducido a una actividad técnica, desapareciendo poco a poco la relación de confianza entre médico y enfermo. Se olvida que hay enfermedades, precisamente las más graves, y las que ocupan a los tribunales, en que el médico no puede limitarse a realizar un tratamiento científico-natural, sino que debe prestar al enfermo asistencia humana y espiritual. En estas enfermedades, que constituyen para el enfermo, según dice Jaspers, «situaciones límites de la existencia», el médico sólo puede ayudar al paciente en su necesidad existencial, si existe entre ellos una relación de confianza. Esta relación de confianza sólo es posible, sin embargo, si el médico informa debidamente al paciente y respeta su libertad personal. La información y asesoramiento del paciente forman parte, por ello, de los deberes del tratamiento médico, aunque no influyan directamente en el resultado curativo.

La libertad personal, dice Arthur Kaufmann, es un valor superior a la vida, la salud y el bienestar. De otro modo no se podría comprender, que en todos los pueblos y en todas las épocas haya habido hombres —mártires y héroes— que han sacrificado su vida por algo que consideraban superior. Esta capacidad específica del hombre —el animal carece de ella— de sacrificar conscientemente su vida por algo que considera más valioso, revela que es precisamente la libertad aquello que confiere al hombre la dignidad de persona.

El hecho de que la libertad sea el bien superior, no quiere decir que deba tener siempre, en el caso concreto, una preferencia absoluta frente a los bienes de la vida y la salud. Depende de la medida en que deban ser sacri-

ficados cada uno de los bienes. El médico puede omitir en parte la información, cuando ésta pudiera poner en grave peligro la salud del enfermo. El médico no puede mentir, sin embargo, en ningún caso, al paciente.

El médico no puede estar autorizado a no informar al enfermo por el simple hecho de que la información pueda afectar a su estado de ánimo o a su bienestar general, dice Arthur Kaufmann, pues en caso contrario el deber de información dejaría de existir prácticamente en toda enfermedad o intervención grave. Tampoco está autorizado el médico a omitir la información cuando tema que ella pueda dar lugar a que el enfermo, impresionado, niegue su consentimiento al tratamiento. En caso contrario no se respetaría la libertad del paciente. Cuando el enfermo rechaza un tratamiento razonable e indicado, el médico está obligado a informarle de las consecuencias de su actitud, pero está exento de responsabilidad, si, a pesar de ello, el paciente persiste en su negativa. Sólo en los casos —dice Arthur Kaufmann— en que la voluntad del enfermo no sea en absoluto libre, debido a los grandes dolores que padezca o a los medicamentos que haya tomado, podrá el médico prescindir de la voluntad del enfermo.

¿Qué sucede, sin embargo, si la negativa del paciente a consentir en el tratamiento equivale a una voluntad suicida? ¿Por qué no ha de poder intervenir entonces el médico, haciendo caso omiso de la voluntad del paciente, siendo así que, según un uso extendido, los médicos impiden, incluso mediante el uso de la fuerza, los intentos de suicidio? Arthur Kaufmann considera, con Gallas, que la intervención del médico para impedir un intento de suicidio, está sólo justificada, si dicho intento es el resultado de una situación anímica anormal. En otro caso, la intervención del médico rebasa los límites de la coacción permitida. Arthur Kaufmann aplica el mismo criterio en el supuesto del paciente que se niega a consentir en el tratamiento.

El Tribunal Federal no sigue, sin embargo, el criterio de Gallas y Arthur Kaufmann en el problema de la interrupción del intento de suicidio. Según la jurisprudencia del T. F., todo testigo presencial, que no impide un suicidio, se hace reo del delito de omisión de socorro del art. 330 c. Algunos médicos consideran que esta doctrina implica una contradicción con la actitud del T. F. en el problema del paciente que se niega a consentir en el tratamiento. Arthur Kaufmann critica acertadamente la doctrina del T. F., pero considera que la contradicción no es tan grande como parece, pues entre el verdadero suicidio y la negativa a consentir en un tratamiento médico, hay una diferencia no sólo fáctica, sino también moral. En algunos casos límite, sin embargo, la diferencia puede ser, a mi juicio, muy pequeña.

El autor se ocupa, por último, del problema de la regulación jurídica, de lege lata y de lege ferenda, del tratamiento médico sin consentimiento del paciente. Parte, para ello, del concepto de tratamiento médico del art. 161 del Proyecto de 1960. No están comprendidas en dicho concepto, las operaciones de cirugía estética, la esterilización, la castración, las intervenciones con fines experimentales, así como las transfusiones y los trasplantes de órganos, en la medida en que no afectan al paciente, sino al «tercero». Todas estas intervenciones, dice Arthur Kaufmann, constituyen, sin duda alguna, lesiones corporales, que pueden ser justificadas por el consentimiento, siempre

que no sean, a pesar de él, contrarias a las buenas costumbres (art. 226 a del Código penal). Tampoco es un tratamiento médico la interrupción del embarazo, o la perforación, por indicación médica, pues aunque protegen la vida de la madre destruyen la nueva vida.

El tratamiento médico sin consentimiento del paciente es, según Arthur Kaufmann, un delito contra la libertad, es decir, un delito de coacción o de detenciones ilegales. No es un delito de lesiones corporales, como estima el Tribunal Federal. Arthur Kaufmann llega a esta conclusión, como la mayor parte de los autores alemanes (Engisch, Eb. Schmidt, Welzel, Mezger, Gallas, Bockelmann, Kohlrausch-Lange; etc.) por considerar que el tratamiento médico, indicado y realizado con arreglo a la *lex artis*, no puede constituir nunca delito de lesiones, aunque su resultado sea desafortunado. Arthur Kaufmann parte, para fundamentar su tesis, de la doctrina de los caracteres negativos del tipo y distingue un tipo restringido y un tipo amplio. El tipo restringido, o tipo del delito, contiene únicamente los caracteres específicos de una figura delictiva. El tipo amplio, o tipo de lo injusto, comprende, en cambio, todas las circunstancias de las que depende lo injusto del hecho. Si la operación es afortunada no realiza el tipo delictivo, dice Arthur Kaufmann (porque no causa un daño a la salud, ni constituye un maltrato corporal) y si es desafortunada, no realiza el tipo de lo injusto, si estaba indicada y se ha realizado con arreglo a la *lex artis*. El daño causado a la salud se mantiene, en este caso, dentro de los límites del riesgo permitido, es decir es socialmente adecuado.

Gran parte de los casos de tratamiento médico sin consentimiento del paciente no están comprendidos, sin embargo, dice Arthur Kaufmann, en los artículos 239 y 240 (detenciones ilegales y coacciones) del Código penal. De lege lata existe, pues, una laguna.

El Proyecto de 1960 se adhiere a la opinión dominante en la doctrina alemana, al declarar en el art. 161, que el tratamiento médico no es punible como lesiones corporales. Deja conscientemente sin resolver el problema de si la impunidad se debe a la falta de tipicidad, o a la falta de antijuricidad. En el art. 161 se prevé, además, la posibilidad de que la falta de consentimiento pueda fundamentar a veces el tipo de las lesiones, siempre que, con arreglo a la ética profesional médica, un determinado tratamiento sea sólo conforme a la *lex artis*, si media el consentimiento del enfermo. Si éste falta, la intervención realizada no puede ser calificada como tratamiento médico. Puede que sea cierto, dice Arthur Kaufmann, que el consentimiento sea necesario en algunos casos, no sólo para respetar la libertad del paciente, sino también por razones de salud. Es imposible, sin embargo, deslindar estos casos de los demás, en que el consentimiento carece de relevancia médica. Arthur Kaufmann considera, por ello, acertada, en definitiva, la opinión de Bockelmann, de que la falta del consentimiento no puede fundamentar nunca, por sí sola, el tipo de las lesiones (Niethammer, Schönke-Schroder y Baumann han sustentado recientemente la opinión de que la falta de consentimiento fundamenta siempre, por sí sola, el tipo de las lesiones corporales). El art. 161 es, además, superfluo, dice Arthur Kaufmann, una vez que

se ha creado el delito de tratamiento médico sin consentimiento y debe ser, por ello, suprimido.

En el art. 162 del Proyecto se regula la figura delictiva del tratamiento médico sin consentimiento del paciente. Arthur Kaufmann se muestra conforme con la redacción del precepto y lamenta solamente que no haya sido insertado en el lugar que correspondía, es decir, en el Título V de los delitos contra la libertad.

El párrafo 2.º del art. 162, declara que el hecho no es punible como tratamiento médico sin consentimiento, si cabe contar con que el paciente otorgaría el consentimiento, pero éste sólo podría ser recabado mediante un aplazamiento del tratamiento, que le pondría en peligro de muerte, o de un grave daño para la salud. Arthur Kaufmann aprecia (como Engisch) una laguna en esta disposición, porque no se hace referencia al caso en que un tercero (que tenga un derecho de cuidado) esté llamado a otorgar el consentimiento en lugar del paciente. Es acertada, sin embargo, según él, la solución del problema en el sentido del consentimiento presunto. Este criterio (mantenido por la jurisprudencia) es el único compatible con la libertad del paciente. Arthur Kaufmann señala, con razón, cómo el criterio de Eb. Schmidt, del estado de necesidad, es aplicable en todo caso de indicación vital y el de Engisch, del verdadero interés del paciente, puede dar lugar a que el médico sortee, en algunos casos, el requisito del consentimiento.

La regulación del error del párrafo 3.º del art. 162, según la cual la creencia errónea de hallarse ante un caso en que es posible la intervención sin consentimiento, es un error de prohibición, es censurada por Arthur Kaufmann. Según él, se trata de un error sobre el tipo, que excluye el dolo. No cabe duda, de que el Proyecto incurre aquí en una contradicción, pero a mi juicio, este error es realmente un error de prohibición.

Arthur Kaufmann advierte, que no está regulado en el Proyecto el caso en que una persona investida de un derecho de cuidado se niegue abusivamente a dar el consentimiento y no haya posibilidad de esperar a que recaiga la decisión judicial prevista en el art. 1.666 del Código civil. En este caso, cree Arthur Kaufmann, que si el abuso es evidente y la operación está, sin duda, indicada, el médico debe tener el derecho, pero no el deber (como ha sostenido el R. G.) de intervenir.

Arthur Kaufmann considera, que no es aconsejable una regulación legal del deber de información del médico, pues en esta materia depende casi todo de las circunstancias del caso concreto. Arthur Kaufmann se muestra, pues, de acuerdo con la actitud de la Comisión de Reforma del Código penal, que rechazó un proyecto de ley presentado por los expertos del Ministerio Federal de Justicia.

Arthur Kaufmann cree, que en los casos en que la información pueda poner en peligro la salud o la vida del enfermo, el médico está autorizado a omitirla parcialmente.

La información debe ser, según Arthur Kaufmann, lo suficientemente completa para que el paciente pueda adoptar una decisión que constituya un consentimiento jurídicamente eficaz. La forma de la información dependerá,

naturalmente, de la personalidad, la edad, la formación y el estado anímico o corporal del paciente.

En enfermo debe ser informado, en todo caso, sobre la *indole* del tratamiento que se le ha de aplicar. Ha de ser informado, también, de todos los peligros del tratamiento, con los que haya que contar necesariamente, dadas las circunstancias del caso concreto. No es preciso que se le informe de todos los peligros imaginables y tampoco de aquellos que pueden ser fácilmente conjurados con los medios terapéuticos modernos. Arthur Kaufmann dice que la información no puede limitarse siempre a los peligros típicos (como sostiene el T. F. en algunas sentencias y opinan algunos autores), sino que en algunos casos ha de extenderse a los peligros atípicos. Arthur Kaufmann rechaza también, con razón, el principio de que el deber de información deba estar en relación recíproca con la gravedad de la enfermedad, la necesidad de la intervención y el resultado curativo esperado. Es cierto, que en las operaciones innecesarias, o en las de cirugía estética, el deber de información es especialmente amplio, pero no cabe afirmar, que cuanto más necesaria y urgente sea la operación, más reducido deba ser el deber de información. Todo dependerá, en definitiva, de las circunstancias del caso concreto.

En principio se ha de afirmar, según Arthur Kaufmann, el deber de información sobre el diagnóstico, porque sólo conociéndole podrá el paciente otorgar un consentimiento eficaz. Puede bastar, sin embargo, con que el médico informe al paciente, de modo aproximado, sobre la gravedad de su enfermedad, sin que le comunique el diagnóstico exacto. El diagnóstico es, sin duda, lo que más fácilmente puede estar autorizado el médico a ocultar al paciente.

#### **HALL, Jerome: «Strafrechtstheorie» (Teoría del Derecho Penal).**

Jerome Hall es catedrático de Derecho Penal en la Indiana University de Bloomington, en los Estados Unidos. Este trabajo no es un artículo escrito para los penalistas del Continente europeo, sino el primer capítulo de su libro, «General Principles of Criminal Law» (2.<sup>a</sup> ed. Indianapolis y Nueva York, 1960), destinado a los estudiantes y estudiosos del Derecho Penal en los Estados Unidos.

Teoría, en sentido amplio, es para Hall sinónimo de ciencia. Una teoría, en cambio, es un esquema conceptual que reúne en un sistema una serie de conocimientos parciales, que en otro caso estarían dispersos. Una teoría del Derecho penal, se compone, por tanto, de un cierto número de conceptos, con cuya ayuda toda ley penal puede ser insertada en un sistema y al mismo tiempo, explicada. Objeto de toda teoría del Derecho penal es el Derecho penal vigente (códigos, leyes y jurisprudencia).

Toda teoría del Derecho penal se basa, según Hall, en determinados juicios valorativos. Estos juicios deben ser destacados, según él, por los autores, pues permiten explicar muchas diferencias entre las teorías. Su sistema se basa, en primer lugar, en el juicio valorativo de que la culpa inconsciente debe ser excluida del concepto de «mens rea». En este punto se aparta Hall



de las demás teorías existentes hoy en los Estados Unidos. Hall aduce en favor de su posición, que el concepto de «mens rea» puede ser definido así con más precisión, al ir referido exclusivamente a determinados estados de conciencia (dolo y culpa consciente). Por otra parte, la inclusión de la culpa inconsciente en el concepto de «mens rea», haría que éste se convirtiera en un concepto puramente formal, al comprender estados de conciencia y formas de conducta sumamente diversas. Hall parte, pues, de lo que nosotros denominamos concepción psicológica de la culpabilidad y tropiezo, en el fondo, con las mismas dificultades que dieron lugar, en Alemania, a la formulación de la teoría normativa. En la culpa inconsciente falta todo nexo psicológico entre el autor y el hecho. Hall reacciona ante esta dificultad del mismo modo que lo hicieran Kohlrausch, Radbruch y Vannini, es decir, excluyendo la culpa inconsciente del concepto de culpabilidad.

El sistema de Hall se basa, asimismo, en el principio de legalidad. Interpreta este principio, sin embargo, de un modo inadmisiblemente, pues, según él, deben estar definidas en la ley, no sólo las acciones prohibidas (la materia de las prohibiciones), sino todas las circunstancias relevantes para el enjuiciamiento jurídico-penal. No sólo todas las causas de exclusión de la responsabilidad (causas de justificación y causas de exclusión de la culpabilidad (sino también, por ejemplo, todas las circunstancias que fundamentan positivamente la culpabilidad. Hall considera, por ello, consecuentemente, que la inclusión de la culpa inconsciente en el concepto de «mens rea», es contraria al principio de legalidad. Es evidente, sin embargo, que el principio de legalidad, entendido de este modo tan amplio, es inaplicable. Incluso cuando queda reducido a sus justos límites, es decir, a la exigencia de la tipicidad de la conducta punible, a la fijación legal de la pena, su aplicación tropieza con dificultades, como se advierte en los tipos «abiertos», es decir, aquellos que tienen que ser completados necesariamente por el juez (delitos impropios de omisión, delitos culposos, etc.). Hall se da cuenta de alguna de las dificultades que plantea la rigurosa aplicación del principio de legalidad, entendido de un modo tan amplio, pero no deduce de ello las consecuencias necesarias. ¿Cómo es posible, dice, por ejemplo, aplicar rigurosamente el principio de legalidad y acomodar, al mismo tiempo, la pena a las variadas y sutiles circunstancias personales del autor?

Después de fijar los postulados fundamentales de su teoría, Hall hace un breve estudio histórico de la evolución de la ciencia del Derecho penal en los países anglosajones. Es interesante el estudio del nacimiento y desarrollo de una ciencia del Derecho penal en Inglaterra, a partir de los trabajos de Bracton en el siglo XIII. Los trabajos de Bracton, Hale, Hawkins, Blackstone (figura ésta muy interesante, por estar influida por el iusnaturalismo racionalista y la Ilustración), Bentham, Austin, Stephen y Kenny representan un proceso constante y progresivo de generalización, abstracción y sistematización de los preceptos jurídico-penales. En los Estados Unidos, el libro de Wharton (1.<sup>a</sup> ed. 1846) era todavía una obra destinada a los prácticos (en su octava edición fué completamente reelaborada, sin embargo, con fines sistemáticos). La obra de Bishop (1.<sup>a</sup> ed. 1856) representa, en cambio, la primera contribución norteamericana a la Ciencia del Derecho penal.

Las obras de los autores del siglo XIX, tanto del mundo jurídico anglosajón, como del Continente europeo, adolecen todavía, según Hall, de una falta de sistema, a pesar de que en este sentido representaron también un progreso. Esta afirmación de Hall puede ser exacta en relación con los autores ingleses y americanos, pero no lo es en relación con los autores del Continente europeo (piénsese, por ejemplo, en Feuerbach, los hegelianos Carrara, Pessina, Binding, v. Listz, etc.).

Hall señala que en el siglo actual, la teoría del Derecho penal ha experimentado un extraordinario desarrollo, pero considera que aún no se ha logrado una sistematización suficiente de los preceptos jurídico-penales. La Teoría, del Derecho penal se ha dejado influir, según él, demasiado por la práctica. Incluso en los países del Continente europeo, pues en ellos son los Códigos los que acotan el objeto de la Teoría, aunque sus preceptos sean, a veces sólo formalmente penales. Las leyes pueden reflejar, además, hasta cierto punto, una determinada teoría, pero están también influidas por circunstancias históricas concretas (intereses, presiones políticas, soluciones de compromiso, etc.) que dan lugar a la aparición de contradicciones. La colocación de los preceptos en los códigos obedece, además, siempre, necesariamente, a razones de índole práctica. Hall no maneja, apenas, la moderna literatura jurídico-penal de los países del Continente europeo (cita sólo el Tratado de Garraud y los trabajos de Ancel y Marx que acompañan a la colección de códigos europeos) y no puede apreciar, por ello, la íntima relación de la dogmática y la política jurídica en esos países. La doctrina del Derecho penal administrativo intentó decantar, precisamente, dentro del cuerpo de las leyes penales, aquellos preceptos que eran sólo penales desde un punto de vista formal; es decir, intentó deslindar lo injusto meramente administrativo de lo injusto criminal. Esta doctrina ha tenido ya repercusiones legislativas en algunos países, por ejemplo, en la Ley alemana de las contravenciones de 1952 y en la Ley penal económica alemana de 1949-54. En nuestro país el profesor Castejón ha propuesto la creación de un Código de policía. La íntima relación de la dogmática y la política jurídica en los países del Continente europeo se aprecia también, por ejemplo, en el Código italiano de 1930 y en el Proyecto de 1960 de nuevo Código penal alemán. La dogmática ha alcanzado, además, en algunos países del continente europeo un grado tal de desarrollo, que ha permitido superar muchas contradicciones, lagunas y deficiencias de los códigos. La colocación de los preceptos en la parte general de los códigos, obedece, sin duda, muchas veces, a razones de tipo histórico y práctico, pero no ha sido nunca obstáculo para que la dogmática precisara su naturaleza jurídica y los ordenara sistemáticamente.

La afirmación de Hall, de que la Teoría del Derecho penal se ha dejado influir demasiado por consideraciones procesales resulta también más exacta para la teoría de los países anglosajones, que para la de los países del continente europeo.

La Teoría del Derecho penal debe tener sólo por objeto, según Hall, las leyes que sean realmente penales, es decir, que lo sean desde un punto de vista material. No intenta formular, sin embargo, un concepto material del delito y de la pena.

Hall distingue tres grupos principales de preceptos jurídicos: las «descripciones de los delitos», las «doctrinas generales» y los principios fundamentales. Las «descripciones de los delitos» llenan la parte especial de los códigos y definen, con ayuda de las «doctrinas generales», los diversos delitos. Las «doctrinas generales» son preceptos jurídicos más amplios que las «descripciones de los delitos», pero menos generales que los principios fundamentales. Las «doctrinas generales» versan sobre la enfermedad mental, la menor edad, la embriaguez, el error, la coacción, el estado de necesidad, la tentativa, el acuerdo para delinquir, la instigación y la participación en el delito. Las «doctrinas generales» son, según Hall, elementos esenciales de las definiciones de los delitos.

Los principios fundamentales del Derecho penal son: 1.º «mens rea»; 2.º conducta; 3.º concordancia de «mens rea» y conducta; 4.º daño; 5.º causalidad; 6.º punición, y 7.º principio de legalidad. El contenido de estos principios fundamentales puede ser formulado en un solo principio general: un daño prohibido por el Derecho penal, tiene que ser imputado a todo adulto normal que lo haya causado con culpa consciente o con dolo punible y la pena establecida por la ley debe serle impuesta a un tal autor. Los principios fundamentales suministran, pues, una definición general, completa, del delito. Pueden ser considerados, además, según Hall, como las normas supremas del Derecho penal, pues han sido obtenidos de las «descripciones de los delitos» y de las doctrinas generales».

Hall demuestra, a continuación, que las «descripciones de los delitos» no contienen definiciones *completas* de los mismos, pues las acciones en ellos descritas, no constituyen delito si concurre una «doctrina general» (causa de justificación, o causa de exclusión de la culpabilidad). Las acciones descritas en los preceptos de la Parte especial, diríamos nosotros, constituyen sólo delito si son antijurídicas y culpables.

La Teoría del Derecho penal, dice Hall, debe examinar hasta qué punto el Derecho positivo es compatible con los principios fundamentales. Por medio de ellos, ha de realizarse también la selección de las leyes, que han de ser objeto de la Teoría penal. Estos principios no contienen, sin embargo, un concepto material del delito y de la pena.

Si consideramos todos los principios fundamentales, dice Hall, podemos obtener el siguiente cuadro de la Teoría del Derecho penal: una conducta y un daño, unidos por un nexo causal. Estos tres elementos están a su vez sujetos a los principios de legalidad y de la pena. Todos los principios se completan recíprocamente, según Hall. El resultado carece de relevancia para el Derecho penal, si no ha sido causado por un hombre, cuya conducta proceda de un determinado estado de conciencia y si no ha sido causado de una manera determinada. La conducta sólo recibe, a su vez, su sentido de su relación con un daño prohibido por la ley, es decir de la causación del resultado. El nexo causal no debe ser interpretado, según Hall, del modo en que lo hacen las Ciencias de la naturaleza. Es preciso partir de un concepto jurídico de causalidad. La «mens rea» es, según Hall, un elemento esencial del concepto jurídico de causalidad. El principio de legalidad confiere, por último, un sentido especial de los conceptos del delito y de la pena.

Las «doctrinas generales» están íntimamente relacionadas con los principios fundamentales. Las doctrinas de la tentativa, instigación, acuerdo para delinquir y participación, por ejemplo, están íntimamente relacionadas, con el principio del resultado y las de la enfermedad mental y la menor edad con el de la «mens rea». Las «doctrinas generales» están, a su vez, íntimamente relacionadas con las «descripciones de los delitos». Todos los preceptos jurídico-penales guardan, pues, una íntima relación entre sí. No es posible comprender la esencia de ninguno de ellos sin atender a los demás.

La Teoría del Derecho penal distingue las tres clases mencionadas de preceptos y señala la significación de cada una de ellas en relación con los hechos. La esencia de este sector de la Ciencia jurídica no se agota, sin embargo, según Hall, en esta relación del Derecho penal con lo fáctico; pues el Derecho penal no describe sólo situaciones de hecho, sino que refleja también ciertos principios éticos. El que se interese por la Teoría del Derecho penal, en toda su dimensión, tiene que ocuparse también, por ello, de su contenido moral, pues es imprescindible para su comprensión. En este punto Hall coincide con las más modernas tendencias de la Ciencia del Derecho penal en Alemania.

**SCHMITT, Rudolf: «Die Bestechungstatbestände im Entwurf 1960» (Los tipos del cohecho en el Proyecto 1960).**

El autor expone, en primer lugar, brevemente, la regulación de los delitos de cohecho en el Proyecto de 1960. Los arts 460, 461 y 462 tratan de la corrupción pasiva. En cada uno de ellos se regula primero el cohecho simple y a continuación el grave. El art. 460 se refiere a las personas que detentan un cargo, el 461 a los jueces y árbitros y el 462 a las personas encargadas de un modo especial un servicio público. Los conceptos de persona que detenta un cargo, juez árbitro y persona encargada de un modo especial de un servicio público están definidos en el art. 10 de la Parte General. El cohecho simple y el cohecho grave se diferencian en el Proyecto (como en el Código vigente), según que se refieran una acción *conforme* o *contraria* a deber.

En los artículos 463 a 465 se regula la corrupción *activa*. En el artículo 463 en relación con las personas que detentan un cargo y los soldados (en la ley penal militar alemana se castigan sólo los delitos de los soldados), en el artículo 464 en relación con los jueces y árbitros y en el artículo 465 con las personas encargadas de un modo especial de un servicio público. Lo mismo que en el Derecho positivo, sólo es típica la corrupción activa grave, es decir, la que se refiere a una acción *contraria* a deber. La corrupción activa simple sigue siendo impune (no puede ser castigada tampoco como participación en la corrupción pasiva simple). A modo de excepción (como en el derecho positivo), se castiga la corrupción activa simple cuando se comete en relación con un juez y se refiere a una acción *futura*. El artículo 466 contiene una disposición (complementaria de los artículos 461 y 464) sobre la remuneración de los árbitros. La definición de la «acción del cargo» del artículo 11 de la Parte General tiene importancia para los artículos 460 y 463.

El Proyecto prevé para las diversas figuras de corrupción activa y pasiva, marcos penales cuidadosamente diferenciados. La pena de reclusión (Zuchthaus) se aplica ahora sólo a la corrupción pasiva del juez y se prevén también, en ella, casos menos graves. En el Código se castiga, en cambio, la corrupción pasiva de todo funcionario con la pena de reclusión. El Proyecto sigue también aquí su tendencia a reducir el número de crímenes (en sentido estricto).

La sistemática del Proyecto podría ser objeto de censura por dos razones, dice Schmitt.

El Tribunal Federal ha declarado en una sentencia reciente que la corrupción pasiva simple y la grave no guardan una relación de tipo fundamental y tipo cualificado. Esta doctrina, importante para la apreciación de delito continuado, ha sido acogida por la mayor parte de los autores. Algunos (Eb. Schmidt, Arthur Kaufmann, etc.) consideran, incluso, que entre el delito del artículo 331 (la corrupción pasiva simple) y el del artículo 332 (corrupción pasiva grave) del Código penal hay una diferencia esencial. Todas estas concepciones, dice Schmitt, no podrían ser mantenidas si el Proyecto se convirtiera en ley. La corrupción pasiva simple y la grave estarían reguladas en el mismo artículo. Con la pena de reclusión (Zuchthaus) desaparecería también la diferencia esencial de pena entre los dos delitos, que es una de las razones que aducen muchos autores para afirmar la diferencia esencial entre ellos. Cambiaría, además, sobre todo, dice Schmitt, la relación lógica entre los dos tipos. El Código contrapone «la acción que no es en sí contraria a deber» (art. 331) y «la acción que implica una infracción de un deber del cargo o del servicio» (art. 332). Los dos tipos se excluyen recíprocamente. El Proyecto, en cambio, habla sólo de la acción, en la corrupción pasiva simple y en la grave dice que la acción ha de ser contraria a deber. La corrupción pasiva grave aparece, pues, ahora como un caso cualificado de corrupción pasiva simple. Si se quiere evitar este resultado y sus consecuencias, dice Schmitt, es preciso que se diga expresamente en el tipo de la corrupción pasiva simple que la acción ha de ser *conforme a deber*.

Podría ser también objeto de censura, dice Schmitt, que el Proyecto necesite seis artículos de una estructura semejante, para regular la corrupción activa y la pasiva. Esta solución, poco elegante, es, sin embargo, inevitable, según él, pues para cada grupo de personas es diferente no sólo la terminología, sino también la pena.

El autor advierte que no trata de realizar un comentario exhaustivo de los preceptos del Proyecto. Quiere ocuparse únicamente de algunos problemas que pueden ser objeto de discusión en las deliberaciones parlamentarias.

Un elemento común de todos los tipos de cohecho es que el que detenta un cargo (etc.), recibe una «contraprestación» (o por lo menos) la exige o se la deja prometer). Esta contraprestación es designada en el Código con las palabras «regalo u otra ventaja». La interpretación de la palabra regalo no ha planteado dificultades, pero sí, en cambio, la de la palabra

ventaja. Se ha discutido y se discute hoy todavía si la ventaja ha de ser material, o puede ser también inmaterial. La jurisprudencia del Tribunal del Imperio (y hoy la del Tribunal Federal) ha interpretado de un modo tan amplio la palabra ventaja, que prácticamente ha sido eliminado del tipo este requisito. En vista de ello, Schmitt ve con inquietud, que en los preceptos del Proyecto se designe la contraprestación exclusivamente con la palabra ventaja. En la Gran Comisión de reforma del Código se propuso utilizar, en lugar de la palabra ventaja, la de «retribución», lo cual hubiera supuesto (de acuerdo con la definición legal del artículo 11) una exclusión de las ventajas inmateriales. Esta propuesta fué rechazada, sin embargo, por la mayoría, influyendo decisivamente en su actitud el deseo de comprender también los favores de tipo sexual y especialmente el coito. La solución más correcta hubiera sido, según Schmitt, la de utilizar la palabra «retribución» y mencionar, *además*, expresamente los favores de tipo sexual. Mediante la referencia al concepto de «acción deshonestas», podrían excluirse, además, aquellos favores que carezcan, relativamente, de importancia.

El autor considera acertada la definición de ventaja del artículo 466 para el cohecho de los árbitros. De acuerdo con ella, ventaja es sólo la remuneración realizada sin que lo sepa la otra parte y con el deseo de perjudicarla.

Si el funcionario (etc.) acepta el favor *para* la realización de la acción del cargo, la aceptación (lo mismo que las demás formas de la acción) puede preceder o seguir a dicha acción. Se habla, por ello, de una recompensa anterior o posterior. Según Schmitt (lo mismo que Eb. Schmidt y Arthur Kaufmann), sólo la recompensa anterior constituye, en rigor, cohecho. Si se incluye, sin embargo, la recompensa posterior en el concepto de cohecho (como hacen el Código y el Proyecto), no cabe duda, de que al menos en el cohecho grave, aquélla es menos peligrosa y reprochable que la recompensa anterior, pues por ésta se despierta la decisión de infringir el deber. Esta diferencia valorativa la tiene en cuenta, en parte, el Derecho positivo. El Proyecto va aún más lejos, sin embargo, que el Código en la equiparación de las dos formas de recompensa. En la corrupción pasiva no se establece ninguna diferencia entre ellas. En la corrupción activa, en principio, tampoco; sólo en el cohecho del juez se hace una excepción. Cuando el cohecho sea grave, la recompensa anterior debe ser castigada con mayor pena. Esta diferencia es, en sí, correcta, dice Schmitt, pero no hay ninguna razón para que no se aprecie también en el cohecho de los demás funcionarios. Es comprensible, en cambio, que en la corrupción activa simple del juez se castigue únicamente la recompensa previa, pues la corrupción activa simple es en general impune y es lógico que se haya querido castigar sólo su forma más grave.

El Gobierno Federal ha incluido últimamente un tercer párrafo en el artículo 460, según el cual, la corrupción pasiva simple de las personas que detentan un cargo (y también de las personas encargadas de un modo especial de un servicio público) puede quedar justificada por una autori-

zación de la autoridad competente. Esta disposición no es aplicable a la corrupción pasiva simple del juez, ni tampoco, *en ningún caso*, a la corrupción pasiva grave. Este precepto no supone ninguna innovación, pues la jurisprudencia y la doctrina reconocen ya esta causa de justificación. La opinión dominante, incluye, sin embargo, en el concepto de autorización, desde el punto de vista de la «autorización tácita» los casos en que la aceptación de recompensas por los funcionarios es usual y generalmente admitida. En estos casos, la justificación puede basarse sólo, según Schmitt, en un Derecho consuetudinario. El párrafo 3.º del artículo 460 se refiere, exclusivamente, a una autorización expresa, concedida especialmente para el caso concreto.

La autorización no puede basarse exclusivamente en el Proyecto, pues, son las leyes de funcionarios de la Federación y de los Estados federados las que deciden acerca de si es lícita la concesión de la autorización y quién es competente para darla. La regulación de esta materia en las diferentes leyes no es uniforme.

En las leyes de funcionarios, dice Schmidt, se advierte la falta de una regulación de las condiciones necesarias para la concesión de una autorización. En el Proyecto se han mencionado algunas. La autorización no puede funcionar como causa de justificación, si la persona que detenta un cargo, etcétera, ha *exigido* la recompensa. La autorización debe ser pedida, además, antes e inmediatamente después de haber aceptado la recompensa. Según Schmidt falta en el Proyecto otra condición necesaria y es la de que la recompensa ha de ser de escasa importancia.

El Autor se ocupa, por último, de las causas de la ineficacia de la autorización (engaño, amenaza, falta de información suficiente y cohecho). El peligro de esta causa de justificación, como dice Schmitt, consiste en que un funcionario «de manga ancha» conceda siempre las autorizaciones que se le pidan. Con ello dejarían de estar en vigor, en la esfera de su competencia, las disposiciones que castigan la corrupción pasiva simple (art. 331 del Código y 460 del Proyecto). Este peligro puede ser conjurado, sin embargo, según Schmidt, mediante una restricción de la facultad de conceder autorizaciones en las leyes de funcionarios.

El problema más discutido en los delitos de cohecho es, sin embargo, el de la corrupción pasiva de los funcionarios dotados de facultades discrecionales.

Los Comentarios del Código, dice Schmitt, suelen enumerar las clases de funcionarios que han sido considerados por la jurisprudencia como dotados de facultades discrecionales. Este modo de proceder es, según él, erróneo. El que un funcionario deba ser o no considerado como dotado de facultades discrecionales no depende de la índole de su actividad, o del círculo de sus atribuciones, sino del hecho, de que en el caso concreto, tuviera que adoptar una decisión, según su arbitrio, ejercido conforme a deber. Un funcionario actúa sólo en el ejercicio de facultades discrecionales, si podía elegir, en el caso concreto, dentro de un cierto margen, entre dos o más decisiones, cada una de las cuales sería conforme a Derecho.

El problema consiste en si el funcionario dotado de facultades discrecionales debe ser castigado como reo de corrupción pasiva simple o grave. De un modo mediato, se ve afectado también el ámbito de la corrupción activa punible, pues la corrupción activa simple es impune, tanto en el Código como en el Proyecto (salvo una excepción poco importante).

El caso de la recompensa *posterior* no ofrece dificultades, según Schmidt. El funcionario puede ser sólo castigado como reo de corrupción pasiva simple. La recompensa no puede haber influido aquí en su decisión. Esta es, asimismo, la opinión dominante en la doctrina y en la práctica. Algunos autores (por ejemplo, Fuhrmann) consideran, sin embargo, que la esperanza del funcionario de recibir una recompensa puede influir en su decisión. Schmitt reconoce que esto es cierto, pero observa, con razón, que no toda influencia en la decisión, de consideraciones ajenas a la materia, basta para realizar el tipo de la corrupción pasiva grave (art. 332). Es preciso que dicha influencia se deba a alguna de las acciones descritas en el art. 332 y esto sólo es posible si la decisión sigue a la aceptación (etc.). En el Proyecto 1959 II había un precepto (párrafo 1.º del art. 466), en el que se declaraba expresamente, que en caso de recompensa posterior, el funcionario dotado de facultades discrecionales podía ser sólo castigado como reo de corrupción pasiva simple. Aunque este precepto ha sido suprimido, la situación jurídica sigue siendo la misma, según Schmidt.

Los casos en que la recompensa es anterior son mucho más frecuentes y plantean una problemática especial. Prescindiendo de los supuestos de exceso del ámbito de las facultades discrecionales, que aquí no interesan, la acción que realiza el funcionario, después de haber recibido la recompensa, no se diferencia en nada de la que habría realizado, o habría podido realizar en otro caso. El funcionario se mantiene siempre dentro de sus facultades discrecionales. Podría opinarse, por ello (como hace Lange), que el funcionario es sólo responsable de corrupción pasiva simple. Este punto de vista no fue aceptado nunca, sin embargo, por el Tribunal del Imperio. Este mantuvo, desde sus primeras sentencias, el criterio de que la acción del funcionario es contraria a deber, aunque se mantenga dentro de los límites de las facultades discrecionales, si la recompensa ha ejercido una influencia en la decisión. Si la decisión no había sido aún adoptada, era preciso que la recompensa hubiera ejercido ya una influencia sobre la voluntad del funcionario, en el sentido de que hubiera decidido realizar en el futuro la acción contraria a deber. La influencia de la recompensa sobre la voluntad del funcionario tenía que ser probada.

En una sentencia de 1940, el Tribunal del Imperio suprimió, según Schmitt, este requisito de la prueba de la influencia de la recompensa sobre la voluntad del funcionario. Estableció la presunción irrefutable de que la recompensa influye *siempre* sobre la voluntad del funcionario. Algunos autores (por ejemplo, Fuhrmann, Z. Str. W. 72, 1960) han rechazado esta interpretación y afirman que el Tribunal del Imperio no ha establecido nunca una presunción irrefutable, sino únicamente un principio de experiencia. No es posible dilucidar aquí esta cuestión, pues para ello sería necesario un estudio a fondo de la jurisprudencia del Tribunal del Imperio.



El Tribunal Federal ha recogido, según Schmidt, la doctrina del Tribunal del Imperio de la presunción irrefragable.

De acuerdo con esta jurisprudencia, el funcionario dotado de facultades discrecionales debería ser castigado como reo de corrupción pasiva grave, siempre que aceptase un favor, sabiendo (aunque sólo sea con dolo eventual) que se le hace para influir en el ejercicio de su arbitrio. Bastaría, incluso, con que se diera cuenta de ello más adelante y no devolviera el regalo. No sería preciso que la recompensa hubiera influido efectivamente en la voluntad del funcionario.

La Gran Comisión de reforma del Código quiso dar primero una base legal a esta doctrina jurisprudencial e incluyó, por ello, en el Proyecto 1959 I un precepto (párrafo 1.º del art. 473), aplicable no sólo al ejercicio de las facultades discrecionales de las personas que detentan un cargo, sino también de los soldados, jueces y personas encargadas de un modo especial de un servicio público. Esta disposición pasó al Proyecto 1959 II sin modificación alguna (párrafo 1.º del art. 466). A principios de 1960 fue suprimida, sin embargo, como consecuencia, sin duda, de la crítica que había hecho Eb. Schmidt de la jurisprudencia que le servía de base.

Se creía, dice el autor, que al suprimir este precepto, la práctica volvería por sí misma a la antigua jurisprudencia del Tribunal del Imperio. Esta esperanza no se ha realizado, sin embargo. Dos sentencias de la 2.ª Sala de lo penal del Tribunal Federal, que pueden ser consideradas como una respuesta a la monografía de Eb. Schmidt (die Bestechungstatbestände in der höchstrichterlichen Rechtsprechung von 1879 bis 1959) no representan ningún cambio de orientación respecto a la jurisprudencia anterior. Se distancian, es cierto, dice Schmitt, de la presunción irrefragable de la influencia de la recompensa en la decisión, pero mantienen la consecuencia más importante de dicha presunción, es decir, la afirmación de que la voluntad del funcionario de cometer la infracción del deber no pertenece tampoco al tipo de la corrupción pasiva grave en el caso del funcionario dotado de facultades discrecionales. Esta doctrina implica, según Schmidt, una contradicción. La presunción irrefragable de la influencia de la recompensa en la voluntad del funcionario es, según él, el correlato necesario de la afirmación de que la voluntad del funcionario de cometer o no la infracción del deber es irrelevante. A este respecto es preciso señalar, sin embargo, que según el Tribunal Federal, el funcionario infringe ya su deber, si acepta la recompensa, sabiendo que se le hace con el fin de influir en el ejercicio de sus facultades discrecionales, pues entonces carece de la libertad interna necesaria a la hora de adoptar la decisión (véase, a este respecto, Welzel, «Das Deutsche Strafrecht», 7.ª ed. página 462; Fuhmann, Z. Str. W. 72, 1960 y mi recensión de este artículo de Fuhmann en el Anuario de Derecho Penal, XIV, 1961, fasc. 2.º, págs. 360-61). La infracción del deber se da, pues, según el Tribunal Federal, aunque la recompensa no ejerza de hecho ninguna influencia en la decisión.

Schmidt dice, que si se quiere acabar con la presunción irrefragable y tener al mismo tiempo en cuenta las necesidades de la práctica, es preciso incluir en el Proyecto un precepto sobre la corrupción pasiva de los

funcionarios dotados de facultades discrecionales. La fundamentación del Proyecto de 1960 insinúa la posibilidad de una regulación legal de esta materia.

El autor cree que existen dos soluciones posibles para una regulación legal. La primera es la de substituir la presunción irrefragable por una presunción *iuris tantum*. Esta es la solución que cuenta hoy con más posibilidades de aceptación, dado el estado de la doctrina. No recaería, con ello, sobre el acusado una carga de dirección de la prueba, pero sí una carga material, en el sentido de que un *non liquet* repercutiría en contra suya. Esta solución conduciría a resultados distintos de aquellos a que conduce la solución propuesta por Eb. Schmidt. Según éste, en caso de duda, el funcionario debe ser castigado como reo de corrupción pasiva simple. Según la tesis de Schmidt, la duda sobre la influencia de la recompensa en la voluntad del funcionario determina su condena por corrupción pasiva grave. Esta solución parece corresponder más a la realidad de la vida, dice Schmidt, pues no cabe negar que la recompensa ejercerá *normalmente* influencia en la voluntad del funcionario. Lo que aquí se niega es que la recompensa ejerza *siempre* dicha influencia. En el Proyecto desaparece, además, la pena de reclusión (*Zuchthaus*), que desempeña un papel decisivo en la argumentación de Eb. Schmidt.

La segunda posibilidad es la de crear un tercer tipo de corrupción pasiva para los funcionarios que actúen en el ejercicio de facultades discrecionales. En la discusión de la Comisión de reforma del Código penal, Dreher había propuesto la creación de este nuevo tipo, que tanto por su contenido de lo injusto como por su marco penal, ocuparía un lugar intermedio entre la corrupción simple y la grave. Esta propuesta de Dreher fue rechazada por la Comisión. Henkel ha hecho después una propuesta semejante, a la cual se ha adherido Stein.

Schmidt dice, con razón, que en este tercer tipo se recogerían casos de muy diverso contenido de lo injusto y la culpabilidad. Esta objeción es también, en parte, válida, según él, para la propuesta de Henkel. Es cierto que éste quiere castigar como corrupción pasiva grave, los casos en que se demuestre positivamente la influencia de la recompensa en la decisión del funcionario, pero entonces sería inadmisibles la inclusión en el tipo intermedio, de los casos en que se demuestre la inexistencia de dicha influencia.

Si se adoptase esta solución, dice Schmidt, quedarían sólo incluidos en el tercer tipo de corrupción pasiva los casos de *non liquet*, es decir, en que no pueda ser probada ni la influencia ni la falta de influencia de la recompensa en la decisión del funcionario. La corrupción activa tendría que ser sancionada entonces expresamente con pena.

Cualquiera que sea la solución que se adopte, dice Schmidt, será mejor que la falta de regulación legal.

**HELLMER, Joachim:** «*Hangtäterschaft und Berufsverbrechertum (Zur Anordnung der Sicherungsverwahrung)*» (Delincuentes de inclinación y delincuencia profesional.—Para la aplicación de la custodia de seguridad).

La creación de la custodia de seguridad (por la Ley contra los delincuen-

tes habituales peligrosos y sobre las medidas de seguridad y corrección de 1933) planteó un problema, que, según Hellmer, no ha sido aún resuelto: ¿qué autores son los que deben ser sometidos a esta medida? La ley no lo dice, pues el concepto de delincuente habitual peligroso, ni está definido en las normas ni es comprensible criminológicamente. Se trata de una auténtica laguna de la ley.

Las investigaciones realizadas han puesto de manifiesto que en la práctica ha habido grandes divergencias. Muchos tribunales han aplicado la custodia de seguridad en casos en que su aplicación no estaba justificada, mientras que otros han rechazado, a veces, su aplicación a pesar de concurrir los presupuestos legales. La inseguridad en la aplicación de esta grave medida ha sido especialmente grande han influido en la práctica criterios políticos y ajenos al Derecho. La custodia de seguridad debía ser aplicada, según opiniones autorizadas, a un número de autores que oscilaban entre 700 y 3.000, mientras que, en realidad, ha encontrado aplicación a unas 16.000 personas. La estadística acusa también unas oscilaciones enormes en el número anual de personas, a las que se ha aplicado la custodia de seguridad. Estas grandes oscilaciones obedecen, principalmente, según Hellmer, a la influencia de las circunstancias políticas.

Nos encontramos aquí, dice Hellmer, ante una apertura del Derecho hacia el exterior; una apertura que debía ser evitada, precisamente, en el Derecho penal. Sus causas son la falta de claridad en las ideas y la falta de madurez de este problema en la Criminología. Lange dice que el «delincuente habitual peligroso» no es un tipo criminológico, sino una «tipificación jurídica de una situación jurídicamente desaprobada». Al faltar, sin embargo, toda definición normativa de esta situación, dice Hellmer, la Ciencia tiene que recurrir a la experiencia criminológica. En este punto reina también, sin embargo, en la Criminología una gran inseguridad. Esta se advierte ya en la falta de un concepto unitario y claro, aplicable a esta clase de autores. No existe, además, acuerdo sobre los grupos de delincuentes, a los que deba aplicarse la custodia de seguridad. Estas divergencias de criterio se han reflejado en la práctica, de modo que la jurisprudencia no ofrece un cuadro unitario.

Esta laguna no se ve tampoco colmada, según Hellmer, en el Proyecto de 1960. En el art. 85 se ha sustituido simplemente el término «delincuente habitual peligroso» por el de «delincuente de inclinación». La sustitución se ha llevado a cabo, según la fundamentación del Proyecto, porque la circunstancia decisiva para la aplicación de la custodia de seguridad es la existencia de una inclinación, con independencia de que esté condicionada por la disposición del delincuente o que haya sido adquirida por la costumbre o de otro modo. Este cambio no representa, según Hellmer, ningún progreso, pues el concepto de «delincuente de inclinación» no es más preciso que el de «delincuente habitual peligroso».

Si la custodia de seguridad, dice Hellmer, no sólo debe ser conservada en el futuro, sino que se debe aumentar, incluso, su eficacia, es preciso resolver, por fin, el problema de cuáles sean los autores a los que deba ser aplicada. Es inadmisibile, desde el punto de vista del Estado de Derecho y de la política criminal, que una medida de esta gravedad se aplique a un grupo

de autores, que, según las diversas interpretaciones, oscila entre 700 y 1.600 personas. Sólo es posible remediar esta situación, según Hellmer, restringiendo radicalmente el círculo de autores a los que deba aplicarse la custodia de seguridad, mediante una modificación de sus presupuestos legales y no confiando simplemente en la aprensión de los jueces a aplicarla. Esta rescisión es, además, necesaria para devolver a esta medida su carácter de Derecho de excepción, su función pedagógica «como ultima ratio» y aumentar su poder de intimidación. Ha sido precisamente su extensión a una masa incontrolable de autores, la que ha apartado a esta medida de su fin originario de intervenir cuando ya ninguna pena pudiera ser eficaz. Hoy corre, incluso, el peligro de convertirse en un mero expediente para una agravación de la pena, cuando ésta no sea posible de acuerdo con las reglas de medición.

La restricción del círculo de autores puede ser conseguida haciendo más rigurosos los requisitos objetivos o los personales. Tanto la Ley contra los delincuentes habituales peligrosos como el Proyecto 1960 aplican un método mixto: debe darse una cierta acumulación de hechos delictivos (requisito objetivo) y el autor debe reunir, además, la condición de delincuente habitual peligroso o de delincuente de inclinación (requisito personal). En cuanto a los requisitos objetivos, el Proyecto (art. 85) exige ahora, acertadamente, una inclinación a cometer delitos «importantes». Este requisito faltaba en el artículo 20 a) del Código. Queda todavía la duda, sin embargo, dice Hellmer, de si la importancia del delito ha de ser medida con criterios objetivos y abstractos o subjetivos y concretos.

La restricción ha de basarse principalmente, según Hellmer, en los requisitos personales. La custodia de seguridad no puede ser aplicada a todo delincuente plurirreincidente, cuyos delitos tengan una cierta importancia. La necesidad de la medida debe derivarse de una característica de la personalidad del delincuente. Hasta ahora nos falta, dice Hellmer, esta característica. La habitualidad y la inclinación significan, sin duda, algo más que la mera reincidencia, pero estos conceptos dicen demasiado poco, para que puedan destacarse suficientemente de la simple reincidencia y evocar una imagen independiente.

Los conceptos de delincuente habitual peligroso y delincuente de inclinación comprenden, además, dos tipos completamente diferentes de autores. Esto no ha sido visto, o al menos considerado suficientemente, hasta ahora, según Hellmer. Este recurre a una distinción de dos grupos principales de delincuentes crónicos, conocida hace ya tiempo en la Criminología, pero de la cual no se habían deducido hasta ahora consecuencias para la doctrina del delincuente habitual peligroso. Se trata de la diferencia entre el delincuente crónico por debilidad de la voluntad y el delincuente crónico por dirección de la voluntad. El primero es el delincuente de inclinación, dice Hellmer, y el segundo el delincuente profesional.

El delincuente de inclinación tiende, por la debilidad de su voluntad, a una vida parasitaria, sucumbe fácilmente a las malas influencias del exterior y no logra volver nunca por propio esfuerzo a una vida ordenada (que exige una constante actitud defensiva frente a las tentaciones). Su defecto personal principal consiste en su excesiva dependencia del mundo circundante.

y en que se deja seducir con gran facilidad. El delincuente de inclinación no es, por ello, dice Hellmer, un tipo específico del delincuente crónico. El delincuente ocasional y el delincuente habitual representan sólo dos grados de la criminalidad por debilidad de la voluntad (Aschaffenburg).

El delincuente profesional no tiene, en cambio, según Hellmer, ninguna inclinación, o en todo caso no tiene sólo una inclinación, sino que actúa en virtud de una determinada voluntad. Existe una relación entre su voluntad y la comisión de delitos. Ha adoptado conscientemente una decisión en favor de la vida criminal. El delincuente profesional es un tipo activo y, además, un especialista. Comete siempre delitos semejantes y, además, en una forma especializada. No actúa, como el delincuente de inclinación, bajo la influencia de la excitación momentánea, sino que planea cuidadosamente sus delitos y utiliza las relaciones personales que puedan facilitar su comisión. Esta diferencia influye también en la importancia de los delitos. El delincuente de inclinación, al delinquir, quiere satisfacer sólo necesidades momentáneas. El delincuente profesional actúa, en cambio, por codicia. El delincuente profesional se caracteriza, además por su superioridad frente a las demás personas que puedan participar en la comisión del delito y por el empleo de instrumentos.

El delincuente profesional se distingue, pues, según Hellmer, de la masa de los delincuentes crónicos, por su voluntad. Este concepto coincide esencialmente con la noción de delincuente habitual peligroso formulada, hace ya tiempo, por H. Mayer. Delincuente habitual peligroso es, para H. Mayer, el que ha cometido delitos importantes, con la voluntad de repetir constantemente la comisión de delitos. Hellmer se aparta aquí del concepto de delincuente profesional dominante en la Criminología. La opinión dominante considera que delincuente profesional es el que vive sólo, o casi exclusivamente, del producto de los delitos que comete. Este concepto tiene, según Hellmer, el inconveniente de que no permite distinguir claramente al delincuente profesional del delincuente de inclinación, pues éste vive también muchas veces del producto de su delito (el mendigo-ladrón, el estafador ambulante, etc.). La adopción de este concepto por el Proyecto, al regular la agravante de profesionalidad en el hurto, conduce, por ello, en muchos casos a un tratamiento político-criminalmente erróneo. La inclinación al delito no puede ser combatida con penas más graves. La agravación de la pena exige, además, una mayor culpabilidad y ésta no puede derivarse de la significación material del producto del delito para el autor, sino de su voluntad criminal.

La custodia de seguridad debe aplicarse exclusivamente, según Hellmer, a los delincuentes profesionales. Los delincuentes de inclinación no necesitan ser separados de la sociedad, sino ser integrados en ella. Requieren apoyo y ayuda dentro de la sociedad, para facilitarles la vuelta a una vida ordenada. Su falta de integración (necesaria para contrarrestar la debilidad de su voluntad) y no la ruptura consciente de sus vínculos con la sociedad, es la causa de que reincidan. El encerrar a estos delincuentes, de modo perpétuo, o por un cierto número de años —prescindiendo, de momento del problema de la justicia— sería completamente contraproducente. La forma de ejecución de la custodia de seguridad, semejante a la reclusión, sólo puede estar justificada, por otra parte, frente al reducido grupo de los delincuentes profesio-

nales. La sociedad no puede defenderse frente a ellos de otro modo. El aplicar también esta medida a la masa de los delincuentes de inclinación equívaldría a matar gorriones con cañones.

En la práctica de la custodia de seguridad, desde 1934, se advierte, en cambio, según Hellmer, que los tribunales han aplicado esta medida a un número reducido de delincuentes profesionales y a una parte de la gran masa de los delincuentes de inclinación.

La regulación del Proyecto 1960 necesita ser modificada, según Hellmer, en dos puntos. En primer lugar, es preciso reducir el ámbito de esta medida a los delincuentes profesionales.

La relación de la voluntad con la vida criminal, que caracteriza a los delincuentes profesionales, se da desde el principio y no sería, por ello, necesario exigir la comisión previa de tres delitos dolosos (como nace el Código vigente). No obstante, dada la prioridad de la pena en nuestro sistema penal, debería exigirse, dice Hellmer, que el autor haya expiado anteriormente, por lo menos, una pena larga de prisión o reclusión. Esto parece también aconsejable, porque el delincuente profesional, dada su mayor inteligencia, es más sensible, regularmente, al efecto intimidante de la pena. Hellmer considera, por ello, errónea la innovación del Proyecto, de permitir la aplicación de la custodia de seguridad sin necesidad de ninguna condena anterior.

Debería exigirse también, según Hellmer, para la aplicación de la custodia de seguridad, que los hechos delictivos presenten las características de los delitos de los delincuentes profesionales.

Mediante esta combinación de delincuente profesional y comisión de delitos importantes se garantizaría mejor una aplicación de la custodia de seguridad admisible en un Estado de Derecho y político-criminalmente eficaz. Al quedar reducido el círculo de autores a los que se debe aplicar esta medida, desaparecería también la aprensión de los jueces a aplicarla. Estos tendrían la seguridad de que su aplicación es necesaria, pues el delincuente profesional no puede ser tratado de otro modo.

Para los delincuentes de inclinación son necesarias, según Hellmer, medidas de tipo tutelar. No basta la mera vigilancia. Es necesaria una ayuda eficaz para su inserción en la vida social. La experiencia con los delincuentes de inclinación, salidos de la custodia de seguridad, lo confirma. La mayor parte de ellos vuelven pronto al establecimiento penitenciario, si no se ha producido un cambio radical en su mundo circundante. El mayor porcentaje de éxitos se da, precisamente, en los delincuentes que estuvieron internados en colonias de trabajo.

La fórmula de tratamiento de los delincuentes de inclinación es, según Hellmer, la libertad dirigida. A este régimen de libertad a medias se aproximan bastante los establecimientos de tutela del artículo 82 (párrafo 2.º) del Proyecto 1960. Los delincuentes de inclinación deberían ser internados en ellos, mientras no se disponga de otra medida menos rigurosa para colocarles en un medio social sano. En estos establecimientos el ambiente no es completamente idéntico al de la vida social, pero otra cosa tampoco sería posible, dada la índole de estos delincuentes.

El Proyecto de 1960 sólo permite, sin embargo, el internamiento en un establecimiento de tutela en caso de inimputabilidad o imputabilidad disminuída del autor. Aunque algunos criminólogos (Frey) opinen, que todos los delincuentes habituales son psicópatas, es evidente, dice Hellmer que esta psicopatía, en sentido caracterológico y no psiquiátrico (H. Mayer) no sería reconocida nunca, o sólo en casos excepcionales, como causa de inimputabilidad o imputabilidad disminuída. Los establecimientos de tutela del artículo 82 del Proyecto están, pues, cerrados a la masa de los delincuentes de inclinación. El requisito de la inimputabilidad o de la imputabilidad disminuída debería ser, por ello, suprimido.

En general, dice Hellmer, se ha de seguir la tendencia opuesta al Proyecto: ampliar la base de los establecimientos de tutela y reducir la de los establecimientos de custodia. Con ello, el problema de la justificación de la custodia de seguridad no quedaría resuelto, pero perdería importancia. Según Hellmer (como H. Mayer) no es posible justificar esta medida desde el punto de vista ético y del Estado de Derecho. A mi juicio esta justificación es posible, si la privación de la libertad exterior corresponde a la falta de libertad interna (Welzel) y la ejecución de la medida está orientada en la necesidad de una individualización (Eb. Schmidt).

Hellmer se plantea, por último, el problema de si es realmente necesaria una medida de seguridad para los delincuentes profesionales, una vez que el Proyecto ha establecido en algunos delitos una agravante de profesionalidad. Hellmer cree que sí. La comisión de delitos de modo profesional no coincide, según él, necesariamente con la condición del autor de delincuente profesional del mismo modo que en el Derecho vigente la comisión habitual de delitos no implica siempre que el autor sea un delincuente habitual peligroso. No es necesario ahondar, sin embargo, en este problema, de si y hasta qué punto existe una diferencia interna entre la comisión profesional de delitos y la condición de delincuente profesional del autor, pues existen suficientes diferencias externas. La gravación de la pena obedece a la mayor culpabilidad, mientras que la medida de seguridad se orienta en la peligrosidad del delincuente. La agravante de profesionalidad es aplicable sólo en ciertos delitos (hurto grave, robo, recepción y estafa), mientras que la medida puede ser aplicada en todos los demás casos. La medida puede estar indicada, además, en todos aquellos casos en que el autor carece ya de sensibilidad para la pena.

La sección de Derecho comparado está encabezada por un artículo de:

**LITNER, Klas.** «Karl Roeder ein vergessener Gefängnisreformer (Carlos Roeder, un reformador penitenciario olvidado).

El artículo de Litner tiene para el penalista español un interés especial, pues Roeder y su maestro Krause ejercieron sobre la ciencia penal española de fines del siglo pasado y principios de este una influencia decisiva. De esta influencia nació la escuela correccionalista española.

El autor hace, en primer lugar, una breve biografía de Roeder y una síntesis del pensamiento de su maestro Krause. A continuación pasa a estudiar la obra de Roeder. Se ocupa, en tres apartados, de sus ideas sobre los problemas generales del Derecho, de sus teorías penales y de su pensamiento como reformador penitenciario.

Las ideas de Roeder sobre los problemas generales del Derecho se basan, en su mayor parte, según Lithner, en las antiguas teorías iusnaturalistas. Las teorías penales de Roeder le merecen a Lithner mayor atención. Estas teorías culminan, como es sabido, en la concepción de la pena como tutela y corrección del delincuente. Al tratar de hacer una síntesis del concepto de la pena de Roeder, Lithner reproduce la que hiciera Giner de los Ríos: Restricción de la libertad del individuo para mantenerle alejado de las causas que contribuyeron a su caída, formación educativa de sus hábitos y tratamiento curativo de las personas necesitadas de él. No importa que el delincuente, como consecuencia de la situación de su voluntad individual sienta la pena como un mal. La ejecución de una pena de prisión debe ser concebida como un tratamiento saludable de reforma.

Roeder se interesó también por los problemas penitenciarios y fué un defensor ardiente del llamado sistema de Pensylvania, o sistema celular. A este aspecto de su obra es al que Lithner dedica una mayor atención. Recoge los argumentos de Roeder en favor del sistema de Pensylvania, expuestos reiteradamente en sus diversos libros y relata su labor en pro de la difusión de dicho sistema en varios congresos penitenciarios internacionales y en coloquios de prisiones. Lithner recuerda la influencia de Roeder en el triunfo del sistema celular en Alemania.

La influencia de Roeder fue mayor, en general, en el extranjero que en Alemania. Lithner estudia esta influencia de Roeder en el extranjero, destacando, con justicia, su influencia en España. Esta influencia se advierte, incluso, según él, en la práctica, es decir, en la importancia del sistema celular en las prisiones —especialmente en las prisiones centrales de las capitales— de España y de los países hispanoamericanos. Esta última afirmación es inexacta, sin embargo, en lo que a España se refiere. El sistema celular no se implantó en nuestro país, principalmente por falta de medios económicos. sólo en la Cárcel Modelo de Madrid se hizo un ensayo que no dió resultado (Véase a este respecto; Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 505).

Las teorías de Roeder tuvieron un eco escaso en Alemania. Muchos autores no le mencionaban y otros criticaron sus doctrinas. La mayor parte de las críticas —que reproduce Lithner— subrayaban la unilateralidad con que Roeder destaca el fin de la corrección y consideraban que con ello hacía impracticable su doctrina.

Lithner considera injusto el olvido de Roeder. Su mérito más importante consiste, según él, en su lucha en favor del sistema celular: Este sistema, a pesar de sus defectos, representó entonces en Alemania un notable progreso y no carece aún hoy de importancia.

Lithner destaca el mérito de Roeder de haber señalado el carácter jurídico de la relación del Estado y el ciudadano que cumple una condena y de



haber contribuido, con ello, a mejorar la suerte de los presos. La concepción de la pena como tutela no se ha extinguido tampoco del todo, dice Lithner, como lo demuestra el reciente libro de Roche, un prestigioso psiquiatra norteamericano, que defiende esta doctrina en una forma moderna.

Completan la sección de Derecho comparado un artículo del Prof. Andenaes (Oslo), «Die norwegische Strafgesetzgebung 1933-1960» («La legislación penal noruega de 1933 a 1960») y la traducción al alemán de la «Ley provisional para la modificación y derogación de algunas disposiciones de la Constitución turca de 1924» (Ley núm. 491) hecha por el Prof. Ayhan Onder de la Universidad de Estambul.

JOSÉ CEREZO MUR

## ARGENTINA

### División del Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas.

Núm. 4. La Plata, 1960.

**FREINDENBERG, Isaac:** «Establecimientos penales y correccionales abiertos para la readaptación psicosocial de la mujer delincente»; págs. 23-31.

Parte de la necesidad de aprovechar el tiempo de reclusión para la reeducación del delincuente. También presupone que el establecimiento penitenciario abierto no es para todos los delincentes indistintamente y que exige, por lo mismo, serio estudio en su instalación material (evitar murallones, etc.) y en la selección tanto de personal (para el que postula un estudio preparatorio de tres años), como de las reclusas. Estas deberían ser clasificadas rápidamente para evitar el influjo pernicioso de las más corrompidas, y sometidas a un estudio disposicional y ambiental, que posibilite su readaptación.

**BLANDURNI, Oscar C.:** «Caracteres de la delincuencia femenina en la Provincia de Buenos Aires»; págs. 43-62.

Sobre las estadísticas delincuenciales de la Provincia bonaerense en el quinquenio 1950-54 construye el autor un ponderado y sugestivo estudio.

En primer lugar, compara la delincuencia femenina con la masculina. Ante todo numericamente: sobre la base generalmente admitida de que la primera es sólo un 20 por 100 de la segunda, examina las explicaciones dadas y su inconsistencia. Registra en seguida el coeficiente sorprendentemente bajo en Buenos Aires (6,22 por 100), lo que parece cuenta con otras observaciones anteriores a su favor. Luego compara los índices de reincidencia, libertad condicional y delincuencia juvenil (14-22 años) con ventaja de la mujer, si se exceptúa el último aspecto. Pasa finalmente a examinar la clase de delitos en que caen ambos sexos, con el sorprendente resultado de que no varía sensiblemente el orden, si se exceptúan los que sólo pueden ser cometidos prácticamente por uno de los sexos.

En segundo puesto analiza la delincuencia femenina en sí, con el resultado de que el hurto simple constituye casi el 50 por 100 de los delitos cometidos por la mujer, en rudo contraste con la leyenda tan extendida del predominio casi absoluto de Eros. Como peculiaridad bonaerense recoge la abundancia de lesiones dolosas y la escasez (sólo el 0,1 por 100) de los delitos de injurias. Al comparar estos datos con los europeos, anota acertadamente: «Sería completamente erróneo deducir de estas comprobaciones que la mujer europea (y también el hombre) son más propensos que nosotros a atentar contra el prójimo mediante la injuria o la calumnia. Lo que sucede es que no se aviene a nuestra idiosincrasia, modalidad, y acaso desarrollo cultural, el llevar las cuestiones de este género ante los Tribunales. A la injuria se responde con la injuria cuando no con la violencia. De allí que lo que en otros países da lugar a una querrela por injuria, termina entre nosotros, frecuentemente, en un proceso por lesiones» (pág. 60). Cree que es este un ejemplo de atinada lectura de las estadísticas y a la vez aviso prudente para tanto estadístico comparativo que se limita a aproximar cifras, sin examinar el sustrato sociológico sobre el que reposan. De ahí puede seguirse afirmaciones absolutamente gratuitas a pesar del docto aparato numérico en que parecían asentarse.

El conjunto es un excelente intento de análisis de la criminalidad femenina, en el que sólo se puede elogiar el tino del autor en el manejo de los números y la ponderación de sus conclusiones. Naturalmente —como el mismo autor indica— que las conclusiones a que llega no son susceptibles de generalización, porque están estrechamente delimitadas a un quinquenio y a una Provincia.

#### Número 6. La Plata, 1961.

**LUDER, Italo A.:** «La ejecución de la pena durante la libertad condicional»; páginas 11-16.

Comienza nuestro autor indicando que la libertad condicional tiene por fin el posibilitar la transición adecuada del reo desde el régimen carcelario hasta la vida societaria. De esta institución dependerá, por tanto —continúa—, el éxito o el fracaso de tanta energía puesta en la socialización del delincuente.

Tal medida, exige por lo mismo un personal apto y cuidadosamente preparado, que elija el medio social y ayude al recluso a insertarse en él. Esta es la misión del Patronato de Liberados, en la Provincia de Buenos Aires y, por ello, exige a su personal un curso de dos años, que versa sobre las disciplinas criminológicas fundamentales.

Destaca el autor fuertemente la necesidad de esta preparación adecuada, así como de la Institución. Ambos aspectos son sin duda de trascendencia y merece la atención de todo Estado que no quiera limitarse a sancionar delitos, cuya repetición poco o nada se hizo por evitar. El artículo es por lo mismo muy interesante.

**ROMAY, Francisco L.:** «El Comisario don Antonio Ballvé»; págs. 17-41.

Artículo consagrado a la memoria del que fue figura señera de la policía bonaerense y en general de la Argentina. Destaca el autor los méritos de Ballvé, sobre todo en su empeño de formar un personal de Policía apto, a lo que consagró su «Manual de Instrucción Policial», texto clásico en las escuelas de Policía por más de cincuenta años. También fue alma de la «Revista de Policía» en la que combatió por el avance de las técnicas policiales.

Sabe el autor con la sabia acumulación del dato concreto y la amenidad del estilo hacer de lo que normalmente no hubiera pasado de un «in memoriam» más o menos emotivo, un artículo lleno de interés y de enseñanzas valiosas.

**HERRERA FIGUEROA, Miguel:** «Contornos de la Criminología»; páginas 43-47.

Trata el autor de fijar el concepto y las fronteras de la Criminología, y con ello definir su postura en la Enciclopedia de las Ciencias. La brevedad del espacio que le consagra y la amplitud del tema intentado apenas le permiten más que esbozar este tema a la vez tan interesante y tan debatido.

**LOPEZ LASTRA, Julio E.:** «Etiología de la Criminalidad Infanto-Juvenil»; páginas 49-64.

La etiología de la delincuencia juvenil es investigada por el autor en dos series de causas: exógenas y endógenas. En las primeras distingue a su vez dos grupos: causas congénitas y causas procedentes de la educación.

Entre las causas exógenas (o halotípicas, en la terminología del autor) recoge ante todo el pernicioso influjo de los establecimientos de corrección de menores, que tan frecuentemente degenera en escuela del crimen. En seguida examina la impronta causada en el alma del menor por la constelación valorativa de signo materialista del mundo adulto circundante. Finalmente pone de relieve la transcendencia criminógena del deshabituamiento al trabajo, del pauperismo y la promiscuidad de vida en los cinturones de miseria que rodean hoy las grandes ciudades, de los medios de difusión, y de la incomprensión del menor por parte de los adultos que le rodean.

Pasa luego al examen de las causas que llama genotípicas (endógeno-congénitas) entre las que analiza la oligofrenia y los desequilibrios psíquicos del adolescente; para el remedio de ambas indica como perentorio la creación de examen obligatorio de la población escolar y la investigación psíquica de los delinquentes precoces respectivamente.

Finalmente se fija en las que llama causas fenotípicas (endógeno-educacionales), que fundamentalmente reduce a la falta de familia, de calor afectivo y las situaciones conflictivas que desencadena la falta de autoridad paterna. Por tanto, parece reducirse al estudio de las deficiencias educacionales

de la familia, sin entrar en el examen de las de otros centros que cooperan o debieran cooperar a ella.

Como apéndice añade algunas consideraciones sobre la peculiaridad de la delincuencia juvenil femenina, que hace girar más alrededor de la rebelión instintiva que del afán de lucro, nota esta última que sería distintiva de la masculina.

Brevemente apunta en las dos últimas páginas los remedios a implantar. Además de la preparación de los padres para su misión educativa, de la adaptación de los centros correccionales y de un examen tanto de todo niño en edad escolar como, sobre todo, del delincuente juvenil, se fija sobre todo en la necesidad de la implantación de un Fuero especial para Menores, compuesto de policía, tribunales, ordenamiento y peritos especializados.

El artículo presenta análisis muy interesantes, sobre todo en la primera parte dedicada al examen de la etiología del delito: las soluciones indicadas son meras sugerencias, como ya el título mismo del artículo indica.

**PONS, María Inés:** «Sentido y vigencia del delito de infanticidio»; págs. 65-88.

La fortísima atenuación de la sanción penal del parricidio, cuando lo comete la madre para salvaguardar su honor (o lo que ella reputa por tal) ha sido tema de enconadas controversias. Al estudio de la génesis histórica de este delito y de su sentido actual dedica la autora el extenso e interesante artículo que nos ocupa. A pesar de que a tenor del art. 81, inciso 2.º del Código penal Argentino varía ligeramente en relación a nuestro art. 410, creo que el presente trabajo conserva su interés entre nosotros.

Primero analiza las diversas configuraciones y penas dadas al infanticidio en la Historia; donde distingue cinco estadios fundamentales: pueblos primitivos, en que se eximía de pena el infanticidio en holocausto a los dioses; algunas ciudades griegas (especialmente Esparta), que exigía el sacrificio del niño lisiado por motivos raciales; la impunidad del «paterfamilias» romano, por su poder absoluto dentro de la familia; la equiparación de todo infanticidio con el parricidio dentro del pensamiento medieval; y finalmente el delito privilegiado actual, que crea la Ilustración.

Pasa en seguida a investigar las raíces filosóficas del estadio ilustracionista, en aparente contradicción con el resto del pensamiento de la época, tan fuertemente dominado del imperativo categórico kantiano y, por tanto, en sí tan ajeno a reconocer por lícita una conducta fundada en el prejuicio social.

Cree encontrar la solución de esta antinomia en la concepción de la mujer de entonces, que la degradaba respecto al varón, hasta crearla inferior hasta psicológica y fisiológicamente. Entre los muchos textos que aduce, y que sin duda podría aumentar, se encuentra una extraña afirmación: «El ecuménico Concilio de Trento reunido a mediados del siglo XVI había ya negado alma a la mujer» (pág. 76). Tan estúpido error histórico y doctrinal, que apenas merece refutación, es sólo explicable en el trabajo concienzudo de la autora, por haberse fiado sin duda de la cita que aduce a pie de página. ¿Cómo cabría tal negación en un Concilio que afirma sin distinción de ninguna clase

la misma capacidad en el varón que en la mujer para el pecado, la gracia, la recepción de los sacramentos, la fe, la guarda de la ley moral y, finalmente, la suerte eterna? Todos estos puntos exigen indiscutiblemente una voluntad libre, que es imposible posea un ser sin alma. Por lo demás tal afirmación habría situado al Concilio de Trento en flagrantísima contradicción con todos los Concilios anteriores, con el Magisterio Eclesiástico y, por supuesto, con la Sagrada Escritura.

Luego de esta inexactitud, que por lo demás creo disculpable en este trabajo, por todos los otros conceptos tan digno de atención y de admiración, sigue indicando nuestra autora con su sagacidad habitual que esta aparente defensa del honor de la mujer implica en realidad mucho más la defensa del honor masculino de la época, sometida aún a los contrasentidos de la doble moral vigente en la sociedad de entonces, que disculpaba todo en el hombre, mientras no perdonaba a la mujer. Por ello se sacrifica en este artículo el genuino amor maternal hacia el hijo ilegítimo en aras del honor del marido presente o futuro.

Cree la autora finalmente, que nada justifica actualmente el mantenimiento del art. 31 del Código penal argentino. Aboga por el contrario la supresión del motivo («para ocultar su deshonra») y por la extensión del privilegio a tres días después del parto.

El estudio es digno de toda atención y sin duda que ha de encontrar eco, tanto entre los que abogan por la reforma de este tipo delictual como entre feministas y antifeministas. La exposición es cuidada y exacta, y las hipótesis sagazmente construidas. Tal vez la conclusión final «de lege ferenda» (extensión del privilegio a los tres días siguientes) no se justifica ni por el desarrollo histórico y filosófico hecho en el transcurso del estudio, ni por las razones de política criminal esgrimidas en los últimos párrafos, sino que habría de construir una solución más equitativa. Tal vez podría encontrarse en nuestro Código en la no diferenciación en principio de ambos delitos, y en la mera permisón de atenuación de la pena (quizá en medida menor que la actual) cuando el Juez considere que las circunstancias de pobreza, deshonra real (no meramente presunto), etc., parecieran aconsejarlo.

C. M. Landecho S. J.

## ESPAÑA

### Revista Española de Derecho Militar

Número 13.—Enero-junio de 1962

DE NO LOUIS, Eduardo: «Insulto a superior y prisioneros de guerra»; páginas 9 a 26.

La relación de subordinación y obediencia base del Ejército, sigue siendo la preocupación de los juristas que consagran su actividad al Derecho militar

y por ello los delitos contra estos deberes lo han de ser de los que cultivan la rama penal de este Derecho. Buena prueba de ello son los artículos que en los diversos números de la Revista, que hemos recensionado, se ocupan de aspectos de él.

Este del propio Director lo enfoca desde un punto de vista penal del de uno de los delitos que más atacan, si no el que más, los dichos deberes de subordinación y obediencia, el de insulto a superior, pero referido, esto es su gran interés, a los prisioneros de guerra, cuyo status jurídico empieza estudiando y que dimana de dos realidades, el ser el prisionero un militar en activo servicio en el ejército a que pertenece y el estar sometido desde el momento de su captura a las leyes y Reglamentos en vigor —de las fuerzas armadas del país que lo tiene en su poder—.

La diferencia, continúa, respecto a la subordinación de uno u otro estado, es que mientras con el propio está ligado por un deber de fidelidad, con el de las fuerzas que lo capturaron sólo lo está por el hecho material de su captura, por lo que es imposible, por ejemplo, la equiparación de la evasión del prisionero con la desertión del propio ejército, lo que obligó a la consignación en los textos de los convenios internacionales de determinadas normas específicas, basado en las cuales estudia la problemática de los delitos de insulto a superior y desobediencia del prisionero respecto a los oficiales del ejército aprehensor por la diversa consideración en las legislaciones nacionales de quien es el superior del prisionero.

Estas legislaciones pueden agruparse a este respecto, según el autor, en: legislaciones que contienen normas específicas sobre quién sea dicho superior, legislaciones que no tratan específicamente la cuestión aunque contenga declaraciones sobre aplicación a los prisioneros de las leyes militares del país, y aquellas en las que sólo se hace una declaración de competencia para la sanción de estos delitos, grupo en el que está la nuestra.

Otro aspecto del problema es la relación de los prisioneros con los Jefes de su propio ejército al que siguen perteneciendo, sobre el que si bien existe la opinión de que cesa desde la captura toda relación de subordinación entre los individuos capturados, no deja de existir y predominar la de que esta relación no se rompe, con la posibilidad y necesidad de reforzar con normas penales esta subordinación, sobre todo respecto a los llamados «hombres de confianza» que representan a los prisioneros cerca de los jefes del ejército aprehensor y que pueden ser designados por aquellos mediante el sistema de elección o recaer el cargo en el de mayor graduación de los aprehendidos siempre, naturalmente, que la designación sea aprobada por las autoridades del ejército aprehensor.

Este es el original y magnífico trabajo sobre materia tan poco estudiada que fue comunicación presentada por el autor a las II Jornadas de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra celebradas en la Universidad de Valladolid en el presente año.

**BRAVO NAVARRO, Martín:** «Régimen jurídico penal y procesal de la aeronave en España»; págs. 27 a 95.

En la Introducción de este apretado artículo el autor se hace cargo de la curiosidad que despertó la aparición de la navegación aérea en todos los órdenes y entre ellos en el estudio de los juristas y en su regulación legal, cuyo aspecto penal, material y procesal es el objeto de su trabajo cuya sistemática, en líneas generales, empieza adelantando.

Después estudia el hecho aeronáutico penal con sus modalidades dolosas y culposas y su consecuencia respecto a la responsabilidad civil que estudiadas en el Código penal común de 1928, en el vigente, en el Código de Justicia Militar y en la Ley de Bases de Navegación Aérea; del ámbito y criterios que determinan la competencia de la jurisdicción aérea con especial referencia a la materia penal; el del procedimiento; y aún el del sistema represivo en nuestro Derecho penal aéreo.

El trabajo termina con unas conclusiones en las que pone de relieve la necesidad de terminar con la dispersión y anarquía de las normas que integran el Derecho aéreo desperdigadas entre el farrago de otras disposiciones penales, de policía, administrativas o Convenios Internacionales, necesidad que no puede ya servirse con el desarrollo de la Ley de Bases que por haberse publicado en 1947 ha de resultar inactual dados los avances que desde dicha época ha realizado la aeronáutica y la aparición de la cosmonáutica, pero sí puede ser satisfecho con la publicación de una ley que como la penal y disciplinaria de la Marina Mercante regulase estos aspectos, exponiendo los objetivos que con dicha futura Ley penal de navegación aérea podrían conseguirse.

En la Sección de notas: El Capítulo XIV del Código penal yugoslavo, traducido por Enrique Porres Juan-Senabre; Ley orgánica de los Tribunales de la U. R. S. S. de 25 de diciembre de 1958, traducido por Marino Barbeiro Santos; la Ley de Justicia Militar de Israel, por Gabriel Alvear Casanueva; que por su carácter de traducción de texto legal por razón de la materia y por la naturaleza de este trabajo de recensión no se puede hacer más que dar noticia de su aparición.

Contiene también este número, como los anteriores, las acostumbradas Secciones de recensiones, información, legislación y jurisprudencia de diversas ramas.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

## ESTADOS UNIDOS

«The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science». (Editado por la Northwestern University School of Law, Chicago, Illinois)

Volumen 52.—Mayo y junio de 1961.—Número 1.

«Privilegios y limitaciones en el interrogatorio policial».

Durante el año 1960 la Northwestern University School of Law patrocinó

una Conferencia Internacional sobre Administración del Derecho Penal (nosotros habremos de entender, en vez de «administración», más bien «aplicación», y en su fase de mayor contacto con la realidad delictiva).

Una de las sesiones en que se distribuyó la Conferencia aludida versó sobre lo que es el epígrafe que precede: atribuciones y límites en el interrogatorio de la Policía.

Al respecto se sometió a los participantes la consideración de las siguientes cuestiones: «¿Puede otorgarse a la Policía ocasión de proceder a un interrogatorio antes de que el sometido al mismo haya comparecido, a fin de ser también oído, ante la presencia de un funcionario judicial?; caso afirmativo ¿habrá de fijarse un término prudencial para que se efectúe el interrogatorio? ¿Se hallará facultado un detenido para recabar dirección letrada antes de que se proceda a su primer interrogatorio? En tal caso, ¿qué criterios de orden legal o moral habrán de ser tenidos en cuenta en tal fase por parte del letrado y del acusador en sus relaciones con el detenido? ¿Qué acciones o recursos podrá emplear éste, sobre todo cuando, en ese período previo a su primera comparecencia judicial, haya confesado el delito que se le atribuye o de cuya perpetración se le considera sospechoso? ¿Podrá llegarse a la ficción de dar por no hecha su confesión?».

En las 73 primeras páginas de este número del «Journal» se contienen las respuestas al cuestionario precedente, formuladas por Gerhard O. W. Mueller, Profesor de Derecho en la Universidad de New York, en lo concerniente al punto de vista legal norteamericano; por Fred E. Inbau, también Profesor de Derecho en la Northwestern University y autor de interesantes trabajos sobre «Lie Detection and Criminal Interrogation» y «What Can an Accused Person Be Compelled to Do?»; por Bernard Weisberg, Asesor General de la American Civil Liberties Union, por el Estado de Illinois, el cual muestra un criterio escéptico al abordar los susodichos problemas; por Arthur Martin, primero que trata de las cuestiones citadas en la órbita internacional, concretamente este autor a través del criterio legal del Canadá; por Glanville E. Williams, que nos ofrece la perspectiva inglesa en cuestión; por Robert Vouin, Profesor de Derecho Penal en la Universidad de París; por Walter R. Clemens, quien nos brinda la visión de dichos problemas conforme al derecho alemán, pues este autor es el Oficial Mayor del Ministerio de Justicia del Estado federado de Hamburgo; por Haim H. Cohn, adscrito como magistrado al Tribunal Supremo del Estado de Israel, y, finalmente, por Haruo Abe, Fiscal de Tokio, que trata de los problemas enunciados ofreciendo el panorama del vigente derecho nipón.

**COBIN, Herbert L.:** «Citizen action for abolishing capital punishment» (Acción ciudadana en pro de la abolición de la pena de muerte); págs. 90 y ss.

Una gran parte del éxito logrado en 2 de abril de 1958 por el Estado norteamericano de Delaware, al abolir en su ámbito jurisdiccional la pena expresada, se debe en gran parte a la colaboración de los ciudadanos de dicho Estado con aquellos grupos u organismos más próximos a los delincuentes o encargados de la aplicación de la Justicia penal. Recuerda también el autor



a este respecto el mismo tiempo amplio y profundo, interés suscitado en el referido Estado de la Unión por los trabajos de la Real Comisión Británica que, cual ya saben nuestros lectores, con tanto y tan ponderado ahínco recopiló estadísticas, estudios y opiniones autorizadas sobre la procedencia o inconveniencia de mantener en vigor la pena capital; los del Profesor Thorsten Sellin y del jesuita Donald Campion, estos dos últimos, asimismo, reseñados en números precedentes de nuestro «Anuario»; sobre aspectos de la cuestión relacionados con la seguridad de la policía; sobre aportaciones de guardianes penitenciarios, jueces, psiquiatras y organizaciones religiosas.

Abarcando todos esos elementos se elaboró en el Estado de Delaware un Informe, al que se incorporó una moción del señor Cobin, por entonces Presidente de la Sociedad de Asistencia a los Presos, ex teniente fiscal general y aún antes abogado en ejercicio en localidad importante del propio Estado, quien sugería se tomase en consideración por las autoridades conspicuas el Informe de referencia al menos en razón a las «seis razones prácticas» en que se apoyaba la propuesta final que abocaba por la sustitución de la última pena por la de reclusión por vida.

Distribuidas copias del Informe y anexo aludido al Superintendente de la Policía del Estado, a los Jefes de Policía de las ciudades del mismo más populosas, al Fiscal General, al Director de los Establecimientos de corrección y al Inspector de las Instituciones para deficientes mentales; a cada miembro de la Legislatura del Estado, al Gobernador del mismo, a determinados dirigentes políticos, directores de periódicos y de otros medios de difusión, el resultado transcurrió seguidamente por los cauces de una campaña abolicionista de éxito, siendo general la convicción que llegó a albergarse respecto a que la pena de muerte carece de virtud intimidatoria.

**SHAFTER, Albert J.: «A method of developing University Research programs in Correctional Institution» (Método para desarrollar programas de investigación universitaria en las instituciones correccionales);** pág. 90.

El autor, Profesor Adjunto de Sociología y Orientación en el Instituto de Rehabilitación de la Universidad Meridional de Illinois, en Carbondale, nos brinda en este artículo, al que se asocia la firma de Ross V. Randolph, de la Penitenciaría del propio Estado de Menard, unas sugerencias acerca de que el personal universitario puede contribuir eficazmente a una mejor comprensión tanto del internado en la referida clase de Instituciones Correccionales, como de los métodos o sistema que en cada una de ellas se empleen.

Señálase en este artículo, y muy fundadamente sin duda por lo que se puede apreciar, la existencia de una a modo de laguna entre la actividad universitaria y propensa a la especialización criminológica y la peculiar de las instituciones mencionadas. Hay también indiscutiblemente una tendencia, muy relacionada con esa falta de continuidad o de complemento, a estimar que el penólogo práctico debe sobre todo concretarse a lo que guarda referencia a la seguridad y a la disciplina, lo que inevitablemente arraiga más cada

día el «*stato quo*» que tanto frena la evolución en los establecimientos penitenciarios.

Por otra parte, los encargados de ejecutar las sentencias penales (pero entendida esta referencia en el aspecto de ejecución material o real de los fallos dictados por los Tribunales, no aludiéndose ni tan siquiera con ello a esa misión de «vigilancia de las ejecutorias procesales»), pueden sentir una propensión a criticar los programas evolutivos, en vez de mostrarse dispuestos cuando menos a ensayar su aplicación.

Mas, a juicio del autor, o autores del trabajo que reseñamos, han de mejorarse las técnicas en uso encaminadas al tratamiento del internado corrigiendo; mejoría que ha de obtenerse de la colaboración y compenetración de ambas clases de actividades: la universitaria y la del de esa variante del personal penitenciario que, en los Estados Unidos, es el dedicado a los Centros o Instituciones de Corrección. Y, para que no quede en mera enunciación teórica, este artículo describe seguidamente un ensayo de dicha labor conjunta realizado entre «Menard State Penitentiary» y la «Southern Illinois University».

Dicho ensayo tuvo lugar comenzando por la realización de visitas por parte de estudiantes de las diversas ramas de la sociología a las instituciones de tan obligada referencia, y mediante los contactos de aquellos con los internados en las mismas en las diferentes fases de la vida de los mismos con sujeción al plan correccional. Propúgnase en definitiva en este artículo el fomento de tesis a elaborar por los alumnos universitarios sobre los diversos problemas que la corrección implica, tesis prevalentemente de un carácter empírico; al menos en lo que atañe a los datos y elementos de juicio utilizados para la redacción de las mismas. Y no para ahí la propuesta, sino que tanto Mr. Shafter como su colaborador Mr. Randolph, propugnan que los estudiantes que hayan alcanzado cierto curso universitario reciban en los establecimientos de corrección una instrucción complementaria, siempre que estas enseñanzas se abstengan de proporcionar a los universitarios conocimientos atinentes a la metodología de la investigación. Trátase, en resumen, de que tanto empleados como estudiantes contribuyan al unísono, desde sus perspectivas distintas al conocimiento más real de los diversos aspectos que ofrece el estudio de la conducta de los internados, aprovechándose así aquellos de su trabajo conjunto para deducir los métodos de tratamiento más eficientes y la más adecuada aplicación de tales métodos.

#### Volumen 52. -- Julio-agosto de 1961. -- Número 2

**HAKHEEM, Michael:** «Prediction of parole outcome from summaries of case histories» (Predicción de resultados del régimen de prueba a base de resúmenes de historias clínicas); págs. 145 y ss.

El autor de este artículo es Profesor Adjunto de Sociología en la Universidad de Wisconsin, donde corre a su cargo el desarrollo del cursillo sobre aplicación de métodos correccionales.

Trátase en este artículo de un informe sobre una investigación acerca de

si los funcionarios a quienes en los Estados Unidos viene encomendada la aplicación del régimen de prueba, pueden o no predecir los resultados del mismo o de otra clase a través de resúmenes de las hojas históricas de tales corrigendos. Se recuerda al respecto que tales funcionarios o empleados suelen disponer de unas a modo de fichas personales de cada uno de los corrigendos (traduzcámoslos ahora así; en inglés «parolees») en las que constan los hechos que se les imputan o han determinado sean sometidos al tratamiento en cuestión.

En algunas jurisdicciones norteamericanas los aludidos empleados del régimen de prueba acostumbran a utilizar dichas fichas para formular con ellas sumarios o resúmenes que simplifiquen o, de otro modo, ayuden su labor de investigación. Basándose en tal circunstancia, se considera en principio que esos resúmenes pueden suministrar ciertos elementos de juicio básicos para formular determinadas apreciaciones, bien en cuanto a las probabilidades de regeneración del «probando», ya en el orden al método o táctica que con él se ha de seguir para lograr su regeneración.

Pero conviene advertir que el trabajo que se reseña ahora, enfoca la utilidad de tales datos recogidos por los empleados de la prueba a las probabilidades que cada corrigendo ofrezca de incidir en quebrantamiento de las condiciones o requisitos con que tal régimen (en rigor es también desde el punto de vista penitenciario o penológico un beneficio), les ha sido dispensado por los tribunales o autoridades competentes. Téngase, asimismo, presente que el régimen de prueba, en lo que tiene de método encaminado a la rehabilitación, regeneración, readaptación o lo que se quiera, se contrae al lapso de tiempo, no siempre el mismo, que media entre la salida del delincuente del establecimiento penal o correccional hasta la expiración del término de probanza, que es del que toma nombre el sistema.

La predicción o pronóstico que el autor del artículo trata de conseguir mediante la sintetización de los datos de las referidas fichas de los probandos, van en consecuencia orientados a las probabilidades que cada sujeto ofrece de readaptación, la clase de infracción que es de esperar sea determinante del quebrantamiento de tales condiciones y el tiempo que podrán durar los buenos propósitos con que el corrigendo salga de la institución al pasar al régimen de prueba.

Es opinión generalmente sustentada entre el personal a cargo de la aplicación de los métodos correccionales que los empleados del de prueba pueden formular predicciones fundadas sobre aquellos extremos, e incluso que tales pronósticos se facilitan con una instrucción especial o, cuando menos, mediante la experiencia de dichos empleados.

La investigación que seguidamente expone el artículo trata de comprobar hasta qué punto son ciertas las dos opiniones precitadas.

**CHWAST, Jacob, HARARI, Carmi y DELANY, Lloyd:** «Experimental Techniques in group psychotherapy with delinquents» (Técnicas psicoterápicas experimentales con grupos de delincuentes); págs. 156 a 165.

Este trabajo es más que un artículo, una copia de la moción presentada

por sus autores en una reunión de la «Association for the Psychiatric-Treatment of Offenders» celebrada en New York.

Independientemente del criterio empleado, el tratamiento de los delincuentes es para los referidos autores una empresa sumamente difícil y con frecuencia estéril. Sin embargo, para aquellos, la técnica psicoterápica por grupos brinda, de ser utilizada adecuadamente, perspectivas prometedoras cuando se trata de los delincuentes jóvenes. En este trabajo se comienza repasando los áridos problemas que suscita la cuestión delictiva, describiéndose seguidamente varias modalidades de técnicas y de tratamientos correspondientes que, para los autores, merecen esperanzas de éxito fundados en resultados experimentales.

Entre las manifestaciones vertidas en este trabajo más dignas de atención, figura el aserto de que «parece seguro por completo que, a no ser que los terapeutas no logren una visión más profunda del mundo del delincuente, reconozcan lo inadecuado de técnicas propias para un paciente» del tipo medio, y mientras aquellos no desarrollen una mayor voluntad de abordar a fondo y resolver plenamente algunos de los problemas de la realidad delictiva, no cabrá albergar esperanzas en orden al logro de progresos.

«Es necesario reconocer que el delincuente procede principalmente de un medio social y económico bajos, lo que afecta vitalmente a su propensión, modo de conducirse, aspiraciones y factores ecológicos. Un problema clave para el terapeuta estriba en una clara comprensión de algunas diferencias reales entre sí mismo y sus pacientes delincuentes... Pese a la propensión habitual entre los terapeutas, de restar importancia a la significación sintomática, el modo de conducirse antisocial de los delincuentes, como síntoma, es pródigo en brindar deducción de consecuencias, ello en contraste con su menor importancia tratándose de otra clase de pacientes».

En resumen, que para Chwast, Harari y Delany, «el preocuparse de los síntomas, es esencial en el tratamiento de los delincuentes».

**ROSE, Arnold M. y WEBER, George H.:** «Changes in attitudes among delinquent boys committed to open and closed institutions» (Variantes en las actitudes de los muchachos delincuentes destinados a instituciones de régimen abierto o cerrado); págs. 166 y 177.

El objeto del estudio a que este artículo se contrae no es otro que el ponderar los cambios en cuanto a las actitudes, orientaciones de la vida y otras variables cognoscibles mediante el examen de circunstancias apreciadas en el campo de Thistledeew, si bien en su contraste con las peculiares de la Escuela de Instrucción de Red Wing.

El aludido Campo es un lugar pequeño donde los niños se hallan ocupados en trabajos productivos y donde el personal a cargo de los mismos se especializan preferentemente en tareas de vigilancia y orientación. Por su parte, la citada escuela de Red Wing es una institución correccional típica.

Como resumen de la comparación de características de ambos establecimientos, los autores opinan que los cambios favorables advertidos entre los

jóvenes de Thistledeew son de efectos más duraderos que las mejoras logradas en los internados en Red Wing.

**COE, Rodney M.:** «Characteristics of well and poorly adjusted inmates» (Características de los reclusos bien o escasamente adaptados); págs. 178 a 181.

En este artículo el señor Coe informa acerca de los resultados obtenidos de un estudio recientemente realizado con objeto de determinar qué características han de ser tenidas en cuenta a efectos de determinar qué nuevos reclusos se adaptarán a la vida penitenciaria, cuáles lo lograrán plenamente y quiénes no, o con gran dificultad. Estima el autor que sus deducciones, basadas en el estudio de 200 reclusos de una prisión de «seguridad máxima» del Estado de Illinois, proporcionarán un primer paso básico para la formulación de un método instrumental de predicción, útil sobre todo a los directores penitenciarios, comisiones de clasificación de penados y otros empleados en servicios concomitantes.

**BEELEY, Arthur L.:** «Utah creates state council on Criminal justice administration» (El Estado norteamericano de Utah instaura un Consejo para la Administración de la Justicia Penal); pág. 190.

Con el acuerdo de ambos partidos políticos, la Legislatura del referido Estado de la Unión americana ha aprobado en 1961, sin voto alguno en contra, un Proyecto por el que se crea un Consejo del Estado, cuerpo asesor encargado de «observar la Ley penal en acción» y facultado para fortalecer la aplicación de la justicia penal mediante investigaciones científicas, consultas y mociones. El ámbito de la finalidad perseguida con la creación del Consejo referido es completo, pues podrá el mismo ocuparse de lo relativo a la ejecución, a las multas, a la detención, a la acusación, al juicio oral, al régimen de prueba, a la reclusión, en establecimientos celulares y en penitenciarías, al régimen de libertad bajo palabra y a la aplicación del mismo.

Por vez primera en un Estado norteamericano, se ha implantado, con el referido Consejo, un organismo encargado de cuidar de la efectividad de las leyes penales en su totalidad.

Otra novedad única en la creación del referido Consejo la ofrece la estructura del mismo o, mejor dicho, su composición: Tribunal Supremo del Estado, Fiscal General, Consejo legislativo, Comisión de Bienestar social, Junta de Correccionales. También irán a completar la composición del Consejo representantes de los cuatro grupos profesionales más importantes: el Colegio de Abogados de dicho Estado, la Asociación Médica, la Conferencia de Bienestar Social y la Asociación de Funcionarios de Paz. Los cargos serán totalmente gratuitos y el Gobernador del Estado propondrá seis miembros que, para integrar el Consejo, precisarán de la aprobación del Senado.

WALT, P. J. van der: «University teaching of Criminology in the republic of South Africa» (*La Enseñanza universitaria de la Criminología en la república de Africa del Sur*); pág. 191.

Comienza el autor recordando que, pese a la expansión que en el mundo ha venido logrando la enseñanza de la Criminología, en Europa queda todavía reducida generalmente a la categoría de una disciplina auxiliar de la rama más clásica del Derecho penal. En Inglaterra, Estados Unidos y en Africa del Sur, la Criminología sigue siendo considerada como rama desgajada de las ciencias sociales.

En Africa del Sur hay tres Universidades donde se enseña la Criminología con el rango o carácter de ciencia independiente. Otras seis universidades y seis colegios universitarios sudafricanos no enseñan la Criminología como tal ciencia independiente, sino encajada en el marco de otras ciencias sociales: concretamente la Sociología y la Psicología.

Fue en 1949 cuando la Universidad de Pretoria comenzó a dedicar a la Criminología un curso independiente entre su cuadro de enseñanzas. Siguieron el ejemplo en los años 1953 y 1954 la Universidad de Africa del Sur y la del Estado Libre de Orange. El número de alumnos en tal disciplina aumenta incesantemente.

Métodos de enseñanza: En la Universidad de Pretoria y en la de Orange la enseñanza de la disciplina se realiza principalmente mediante conferencias.

También se utilizan los sistemas de seminarios, en los que los estudiantes realizan informes orales y escritos sobre temas independientes. Este método naturalmente tiene al intercambio de ideas entre disertantes y estudiantes. Igualmente se recurre a las visitas a instituciones conspicuas y oficinas de ejecución legal y correccionales, tratando así de hermanar la teoría con la práctica.

Es de destacar que muchas enseñanzas criminológicas se realizan por las Universidades citadas de la Unión Sudafricana mediante correspondencia, que se cursó sólo durante el año académico y con el aval por cierto de las autoridades también académicas, para reducir al mínimo la infiltración comercial en la enseñanza. Y excusado es decir, para terminar, que se establecen cursos de vacaciones al efecto, también bajo el exclusivo patronato de los centros universitarios, a más de frecuentes conferencias y brindando siempre la oportunidad de facilitar consultas y acercamientos entre los alumnos y los profesores.

Los candidatos al grado de Doctor han de presentar una tesis, en la que se atiende sobre todo a la originalidad y cuyo asunto ha sido previamente sometido a la aprobación del encargado de la enseñanza y del Decano de la facultad. La tesis es enjuiciada por un tribunal que puede instar al alumno a que defienda cuestiones en la misma suscitadas y mereciendo los honores, incluso, de la publicación impresa las tesis más relevantes.

Como cuestiones criminológicas que más han venido suscitando la atención o investigación de los estudiosos en Africa del Sur, se indican las relativas a los problemas raciales en relación con la delincuencia (europeos, bantús y demás gente de color); el problema de la delincuencia juvenil, el

del tráfico de licores, la prostitución, homosexualismo, reincidencia, reforma penal y de las prisiones, reformatorios, estadística penal, clasificación de los delitos, aparte de introducciones de carácter general a la Criminología.

Volumen 52.—Septiembre y octubre de 1961.—Número 3

«The exclusionary rule regarding illegally seized evidence: an international symposium» (El régimen legal de recusación de pruebas con vistas a la obtención de pruebas: una serie de artículos internacionales sobre el tema); páginas 245 y ss.

En el transcurso del año 1960 la Facultad de Derecho de la Northwestern University de Illinois (Chicago), ha patrocinado una Conferencia sobre ejecución de la ley penal, estribando una de las sesiones celebradas en el tema que sirve de epígrafe al comienzo de esta reseña.

Los participantes en dicha Conferencia fueron interrogados acerca de las cuestiones siguientes: ¿El criterio legal sobre recusación de tales pruebas llena los fines que persigue; es decir, proteger los derechos constitucionales sancionando los casos en que la policía no cubra los requisitos establecidos en su misión de busca y captura? Caso negativo, dicho criterio ¿puede sustentarse en base ética a fin de reputar que cualquier prueba obtenida con infracción de los preceptos constitucionales no puede utilizarse para declarar culpable a un acusado? En los países que no tienen establecido legalmente el criterio de referencia, ¿están suficientemente protegidos los derechos de los ciudadanos por otras normas o prácticas similares?

A tratar las cuestiones precedentemente enunciadas y otras muchas más que las mismas suscitan, se dedican los artículos que sucesivamente publica este número del «Journal» y en cabeza de los cuales figura, refiriéndose estrictamente al derecho positivo norteamericano, el de Francis A. Allen, Profesor de Derecho en la Universidad de Chicago, así como el de Monrad G. Paulsen, que desempeña igual cátedra en la Universidad de Columbia: continuando luego otro artículo de Frank J. McGarr, del Colegio de Abogados de Chicago y ex teniente fiscal para el Distrito Septentrional del Estado de Illinois; otro de G. Arthur Martin, quien nos ofrece el panorama del Derecho penal canadiense; de Glanville L. Williams, Profesor de Derecho Inglés en la Universidad de Cambridge, que nos presenta el régimen británico sobre los particulares referidos; de Robert Veuin, Profesor de Derecho en la Universidad de París, que trata de aquellos desde el punto de vista legal francés; de Walter R. Clemens, Oficial Mayor en el Ministerio de Justicia del Estado federal de Hamburgo en la Alemania occidental; de Haim H. Cohn, miembro del Tribunal Supremo israelí; de Haruo Abe, quien lo hace constreñido al derecho nipón, y de Anders Bratholm, que cierra la serie de tales artículos con la transcripción de uno del propio autor publicado el año 1959, en la revista noruega «Tidskrift for Rettsvitenskap» (Revista Jurídica del Norte).

**CLAYSON, M. David:** «*Juvenile Recidivism: a reassessment*» (Reincidencia de los delincuentes jóvenes: Una reafirmación); págs. 302 y ss.

Como bien dice aquí el autor citado, uno de los problemas más inquietantes a propósito de los infractores jóvenes es el alarmante número de los mismos que vuelven, a incurrir en hechos delictivos una vez que han sido licenciados de la primera institución o establecimiento correccional.

Como igualmente se destaca por Mr. Clayson a continuación, la investigación de la etiología de la reincidencia juvenil ha recorrido todas las gamas de la metodología y la técnica: recuérdese los múltiples estudios acerca del «ambiente» (hogar, escuela, pandillas), así como la tendencia más reciente a valerse, a tal respecto, de investigaciones de índole psicológica para penetrar por medio de ellas en la personalidad individual de cada corrigiendo y en los efectos que pueden atribuirse al sistema correccional, variado también por cierto, en orden a las tendencias hacia la reincidencia en el delito.

En un reciente trabajo, realizado por el mismo autor, en colaboración con Mr. Twain («*Juvenile Recidivism*»), y publicado por el mismo «*Journal*» en la página 77 del propio año, se analizaba la posibilidad de que un factor preponderante estribase en la duración de la relación del joven acusado con el Tribunal que entendió de su primer caso, determinante éste de la imposición de la primera medida o condena. Se tuvo al respecto en cuenta por dichos autores que el 65 por 100 de todos los muchachos delincuentes que hubieron de comparecer ante los tribunales respectivos, recibieron suspensiones de sus condenas con sometimiento al régimen de prueba y es tal circunstancia la que en principio se reputa como posible determinante de una experiencia desagradable para tales culpables. En rigor, tal suposición descansa más bien en los dos supuestos siguientes: uno, que la liberación del joven delincuente haga aparecer en la mentalidad del mismo al tribunal como poco consiguiente en las medidas que dicta; otro, la suspensión de la condena legal puede representar para el muchacho un estímulo a pensar ocurrirá otro tanto con las condenas sucesivas. También se considera por el articulista que la liberación o licenciamiento del reo juvenil puede interpretarse por éste como una apatía o desinterés del tribunal por lo que atañe a la ayuda que dicho organismo debe dispensar al menor en sus problemas de inadaptación.

En el artículo presente Mr. Clayson ofrece un estudio ulterior de sus precedentes investigaciones, que se comienza resumiendo las mismas en el criterio de que los muchachos que ya han comparecido ante la jurisdicción correspondiente y experimentado resoluciones alternativas con ocasión de su sometimiento al régimen de prueba o su sobreseimiento «*prima facie*» son los más propensos a reincidir en infracciones punibles.

Como resumen de este su trabajo complementario, Mr. Clayson estima que la reclusión propia de una primera detención, su remisión ulterior a una institución de régimen relativamente riguroso como, por ejemplo, la «*National Training School for Boys*» americana, y la estancia algo duradera en tal tipo de establecimiento, son factores que influyen en la obtención de probabilidades de que el menor propenda a la reincidencia.



**HARNEY, Malachi L.:** «Harney criticizes cantor narcotics article» (Crítica de Harney a un artículo de Donald J. Cantor sobre los Narcóticos); página 307.

En el número correspondiente a los meses de enero y febrero de 1961, publicó este «Journal» un artículo de Donald J. Cantor titulado «The Criminal Law and the Narcotics Problem» (oportunalmente reseñado por nuestro Anuario) y en el que naturalmente se vertían al respecto las opiniones personales de su autor. Ahora éste ha sido objeto de interpelación, digámoslo así, por parte de Malachi L. Harney, ex Inspector de la Sección para el Control de Narcóticos del Estado de Illinois, asimismo comisario federal sobre la propia materia y Ayudante del Tesoro norteamericano para Aplicación de las Leyes.

Dicha interpretación, formulada a Cantor en carta cursada al Journal por Harney, contiene aseveraciones del autor de la misma en las que se tilda al primero de incurrir, a propósito del resumen que en su artículo realizaba de las normas legales yanquis en materia de narcóticos, en algunas omisiones y en proporcionar a veces información retrasada. Asimismo se censuraba a Cantor su discrepancia con respecto a determinadas resoluciones de los tribunales norteamericanos en la materia de referencia y, sobre todo, se apreciaba que Mr. Cantor entraba en materia poco familiar al mismo «cuando trataba de asesorar» (a los organismos o elementos oficiales conspicuos) acerca de las características del tráfico de narcóticos en los Estados Unidos, dando a entender que las leyes severas represivas no causan intimidación a los consumidores de estupefacientes.

En una a modo de réplica a la carta que acaba de aludirse, y que el artículo incluye seguidamente, el autor impugnado, Mr. Cantor, insiste, y ello es lo que nos ha determinado a recoger lo anterior, en que efectivamente, al cabo de cuarenta años no se ha conseguido una disminución, técnicamente apreciable, del consumo de drogas en los Estados de la Unión, como tampoco una reducción en el mercado ilícito de las mismas.

**ILLING, ans A.:** «Delinquent and neurotic children» (Niños delincuentes y neuróticos); págs. 315 y ss.

En este trabajo el Profesor Illing, de Los Angeles (California), nos ofrece unas interesantes reminiscencias en enjundiosas aportaciones a la etiología de los menores delincuentes, con ocasión de comentar una obra del Dr. Ivy Bennett, publicada en New York en 1960, dedicada a las cuestiones que se consignan en el epígrafe de esta reseña, en cuya obra el Dr. Bennett se fundaba a su vez en los trabajos de Augusto Aichorn («Verwahrloste Jugend»), publicado en Viena, de Sir Cecil Burt («The Young Delinquent»), editada en Inglaterra y de William Healy y Augusta Bronner («Delinquents and Criminals: Their Making and Unmaking»), publicada en los Estados Unidos.

Estas cuatro obras, básicas para las aportaciones del Dr. Bennett, se reputan por Mr. Illing como piedra miliare en el camino de la investigación criminológica, para los criminalistas sucesivos.

Coincidiendo con el Dr. Bennett, Mr. Illing sostiene que ha llegado la hora para realizar estudios independientes sobre algunos tipos de delincuencia que han venido hasta la fecha considerándose agrupados, así como ha de hacerse lo propio con determinadas variedades de delincuencia no-neurótica, que ha de ser estudiada, con independencia, pero en contraste con los problemas apreciables en los síntomas neuróticos de los delincuentes jóvenes.

Recuerda también el señor Illing los nueve grupos formados, en el transcurso de 60 años, con los tipos de delincuencia que se distingue a través de todas las obras producidas sobre la materia en dicho lapso de tiempo: delincuentes capitidiminuidos por causas constitucionales, hereditarias, intelectuales o ambientales; los delincuentes «más afortunados», que no ofrecen trastornos emotivos y bien dispuestos a responder progresivamente al menor cambio ecológico y, no digamos, a una adecuada instrucción o método de readaptación; los delincuentes adolescentes, que no revelan síntomas delictivos anteriores a su pubertad, calificados de «normales potencialmente» por cuanto con sólo la ayuda de cambio también de ambiente y un somero tratamiento regenerador, logran ver desvanecida su inicial propensión a delinquir; los delincuentes «conformados» (en criterio de Burt y Levy), por el ambiente hogareños en el que han recibido nocivos ejemplos y más inclinados a adaptarse al «patrón familiar» o «vecindad» como norma de su modo de proceder: Los jóvenes que muestran desórdenes secundarios en su actuación, debida ésta a una reacción, a situaciones orgánicas como la epilepsia, la encefalitis, etc.; los «abandonados» bien en su fase de crianza, bien en lo que atañe a su educación; los delincuentes neuróticos, a su vez subclasificados en cuatro categorías: a) el delincuente «aislado» en su «ego», cuyo hecho reprehensible surge como una solución del conflicto neurótico de una personalidad por otra parte socialmente adaptada; b) el delincuente con una sensación de culpabilidad, con la consabida inconsciente necesidad de castigo» (Freud); c) el afeminado pasivo, cuyo proceder emana de una sensación natural de defensa que se produce en forma ostensiblemente agresiva, como provocando la aplicación del tipo de tratamiento que precisa; y d) el proceder antisocial unido a ciertos desórdenes neuróticos de los descritos por Aichorn, Alexander, Fenichel y otros; delincuentes psicópatas, el menos comprendido de los tipos delictivos a juicio del doctor Bennet, reconocido por ciertas escuelas psiquiátricas, negada tal tipología por otras, y que el susodicho doctor reputa es más bien una categoría, a modo de «cajon de sastre» donde se incluyen aquellas individualidades de más difícil catalogación precisa. Y, por último, los delincuentes psicóticos: aquellos cuya actuación responde a la existencia en los mismos de enfermedad psicóticas o pre-psicóticas de formas más agudas en ambos casos, con las complicaciones inherentes en los casos menos intensos de sintomatología.

**KUH (Richard H.): «A prosecutor's Thoughts Concerning Addiction». (Ideas de un fiscal sobre el consumo de drogas); pág. 321.**

El autor de este artículo es teniente fiscal en el condado de New York y este trabajo suyo que ahora se reseña es copia de una conferencia pronun-

ciada el 12 de mayo de 1961 con ocasión de la Convención anual de la Sociedad Médica del estado de New York.

Se comienza haciendo constar que durante el año 1960, intervino el Ministerio Fiscal del condado referido, nada menos que en 5.000 procesos incoados con motivo del tráfico o consumo ilícitos de drogas tóxicas o estupefacientes. El aumento al respecto registra una proporción del 5 por 100 en los últimos cinco años, o de 200 casos anualmente.

Asevera el articulista, fundado en su experiencia profesional y en la de sus colegas de oficio, que el problema no se centra sólo en el tráfico de la «marijuana» (o «cannabis» para emplear su nombre técnico), pues participa de la opinión emitida al respecto por una Comisión del susodicho Estado, que emitió en 1944 informe sobre dicha droga en sentido de que no crea hábito. Pero dejando esto aparte (pues creemos que la cosa sigue siendo científicamente discutible y discutida), sigue diciendo Mr. Kuh que tan sólo el 8 por 100 de las detenciones efectuadas en su jurisdicción lo fueron por posesión o venta de los productos tóxicos aludidos.

Dentro de la cuestión, tampoco el empleo o consumo del opio o de la morfina, asumen el carácter principal para el fiscal que escribe. No es que éste deje de reconocer la frecuencia de casos que la aplicación de la morfina a determinados pacientes crea en éstos hábito, pero considera Mr. Kuh que es fácil desterrarlo. De todos modos añade, el empleo «clínico» de la morfina podría fácilmente ser controlado.

El problema de los narcóticos se localiza para el articulista en el estado de New York, sobre todo, en la gran urbe del propio nombre, donde de un ocho a nueve por ciento de los detenidos por irregularidades en tal tráfico o consumo se ven procesados en relación con la introducción ilícita de la heroína. La afición a esta droga es donde radica el problema «narcótico» norteamericano.

Prevalece el toxicómano varón, y generalmente joven (entre los quince a treinta años de edad) y peculiarmente desadaptado en el que paralelamente se registran antecedentes penales o de haber tenido que ver con las autoridades jurisdiccionales como infractor juvenil.

Cree también Mr. Kuh que el habitado a la heroína procede en su mayoría de las zonas más pobladas de las grandes ciudades y trata de explicar el fenómeno con la referencia a las consabidas situaciones de «tensión», carestía económica, insatisfacciones en la vida familiar, etc.

A modo de tesis, el autor dice que la «heroína es el elixir que brinda escape al individuo que huye de tales situaciones».

No cree tengan influjo etiológico al respecto las circunstancias étnicas de los habitados; pero sí las «fricciones y situaciones de inseguridad» que caracterizan a los barrios étnicos peculiares de ciudades cosmopolitas como New York.

Comodamente se inhibe el fiscal Kuh en favor del parecer de psiquiatras y sociólogos acerca de las causas generadoras de los delitos entre los negros porciones desorbitadas en comparación con el resto de los habitantes de la

gran ciudad portuaria, tanto por lo que a la delincuencia atañe, como por lo que al consumo de heroína respecta.

Sin empuqueñecer la utilidad que en esta clase de problemas pueda brindar la experiencia psiquiátrica, y menos la sociológica, no debemos de pasar adelante sin oponer un reparo, siquiera que invite a la meditación, a esa «inhibición» de atribuciones que pronuncia Mr. Kuh, y a tal respecto nos limitaremos a sugerir el presente y gran problema mundialmente creado por la prevalencia de las cuestiones internacionales y estratégicas que han venido a producir una situación en la que la sociedad es contemplada preferentemente como «fuerza» y no con la consideración que merecen sus elementos naturales: individuo, familia y grupos de protección a estas dos entidades fundamentales. En esa situación, los fenómenos de «tensión», de insuficiencia económica, de insatisfacción familiar a que el señor Kuh alude como determinantes de la propensión a la toxicomanía, como el mismo escritor y otros muchos criminalistas los señalan cual factores propensos al delito; de producirse en las formas que todos ellos indican, habrán de remediarse en sus causas, mediante una «planificación» en la que las necesidades humanas sean las preferentemente atendidas y no estén subordinadas a los fines perseguidos por empresas y otras «creaciones» que lógicamente sólo persiguen el interés de sus elementos rectores. Sólo así, deslizándose la vida humana por sus cauces naturales, no se producirán esos «fenómenos» hoy visiblemente profusos de hacinamiento, de la concentración, del profesionalismo «dinámico» que, trastornando el normal desenvolvimiento de la economía, hacen más difícil la lucha por la existencia e incompatible la actividad productiva del individuo con sus deberes familiares y sociales auténticos y esenciales. De esa situación derivan esos casos cuya frecuencia alarma a los criminalistas y sociólogos, de tensiones, conflictos, inhibiciones en suma que la mayoría de aquellos se empeña en remediar con paliativos, precisamente por no atreverse a descubrir más que su etiología próxima, desentendiéndose prácticamente de la causa verdadera, en cuya desaparición estribaría la solución, o la «curación» como dirían los que tan aficionados son a la terminología médica casuista, con lo que al paso incurren en la paradoja de propugnar un criterio individualista para extirpar males tan sociales o «colectivos» que mejor aconsejarían el método de vacuna.

No puede negarse a Mr. Koh el honor de reconocer que las medidas legales «han fracasado estruendosamente» en su intento de luchar contra el consumo de estupefacientes en sus grandes ciudades: pero, en cambio, no ve al efecto otras soluciones que la de clamar por la concesión de mayores créditos presupuestarios y alistar más funcionarios para combatir más eficazmente la introducción, en el territorio norteamericano de tales drogas. Y, por lo que concierne al aspecto clínico de la cuestión, es decir, a la «legalidad» con que en Estados se ha reconocido la administración de aquellas a los pacientes, suscribe el plan, no menos costoso, cuya aprobación se hallaba pendiente ante el Congreso americano cuando la redacción del artículo: la hospitalización «masiva» (¡cómo no!), completada con régimen análogo al que con tanta difusión viene utilizándose para con los delincuen-

ites, el del sometimiento a un régimen de prueba hasta el alta definitiva de los mismos una vez asegurada su rehabilitación, o desintoxicación en los habituados.

Volumen 52 - Número 4. Noviembre y diciembre de 1961

**WOLFGANG. (Marvin E.): Pioneers in Criminology: Cesare Lombroso. (Adelantados de la Criminología: César Lombroso); pág. 361 a 391.**

En la historia de la criminología probablemente no se han dedicado tantos elogios ni vertidas tantas censuras a autor alguno como a Lombroso. Desde su muerte, acaecida en 1909, sus ideas lograron la mayor consideración, aceptadas luego o reprobadas, por parte de los estudiosos dedicados al proceder característico de los delincuentes, y ello tanto en Europa como en América. Se ha escrito más acerca de Lombroso que con respecto a cualquier otro criminólogo, haciendo así acaso más difícil el resumen de la vida del biografiado, de sus obras y de sus aportaciones ideológicas. La orientación biológica europea y el criterio ecológico tan considerado en América representan, no sólo dos perspectivas diferentes respecto al mismo problema fundamental del análisis científico de las constantes, uniformidades y características de los factores causales del proceder criminoso, sino que también reflejan dos consecuencias históricas de los trabajos de Lombroso.

Cree evidentemente el autor que Lombroso sigue ejerciendo su influjo en algunas investigaciones criminológicas europeas, especialmente italianas, mientras que en América, el fundador del positivismo penal se utiliza ahora de pretexto para desencadenar impugnaciones contra los criterios biológicos en materia de ecología criminal.

Después de proseguir el artículo examinando al «hombre», su trabajo y su influencia en otros autores o pensadores, se ocupa Mr. Wolfgang de traer a colación las sugerencias más sobresalientes de Lombroso, particularmente las que conciernen al «atavismo» y a la «clasificación de los criminales». Sigue luego un examen crítico de los métodos de investigación empleados por el autor, otro de los factores ambientales y sociológicos que, pese a la prevalencia del criterio biológico, indudablemente fueron considerados por el médico de Verona, como lo demuestran sus referencias a los influjos meteorológicos y climáticos, a los de índole étnica; el influjo de la civilización, la densidad de población, el alcoholismo, la educación, las condiciones económicas y la emigración.

Concluye la reseña biográfica con una impugnación del parecer de algunos críticos, como «Sutherland y Cressey», que afirmaron no representó la aportación de Lombroso más que una rémora de medio siglo en la evolución, compartida por el profesor Sellin, para quien, estuviese aquél ción de los criterios sociológicos en cuanto aplicados a la delincuencia. Esa

acertado o equivocado, «lo cierto es que sus ideas dieron un ímpetu sin precedentes al estudio del delincuente.

**FOX, Sanford J.:** «Statutory criminal law: the neglected Part» (El Derecho penal estatutario: Un aspecto olvidado); págs. 392 a 404.

El autor, Profesor de Derecho en el Boston College, miembro de los Colegios de Abogados de New York y del Distrito Federal de Columbia, ha dado también clases en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard.

El artículo en cuestión, aunque bien es cierto que ensalza los avances logrados ha sido objeto de una profusa regulación, en la que se han publicado muchos estatutos de carácter punitivo referentes a la agricultura, a la salud pública y a otras materias, es de apreciar que muchos de ellos no se encuentran insertos en los Códigos penales de muchos Estados de la Unión, sino que se hallan diseminados en las colecciones legislativas. ¿Cuántas son esas normas penales no codificadas? ¿Qué actividades tratan de controlar? ¿Han implicado algún cambio en los conceptos clásicos de la criminología? ¿Deberán ser codificados, o unificados, al menos por lo que concierne a su aplicación en los diversos Estados?

Todas estas cuestiones son las que examina Mr. Fox, llamando la atención de los colegas sobre las mismas.

**ISAAC, Norman A.:** «The crime of present day crime reporting» (El delito de la actual información sobre el delito); págs. 405 a 410.

Se basa este artículo en una conferencia pronunciada por el autor en el Cursillo para Periodistas patrocinado el año 1961 por las Facultades de Derecho y Periodismo de las Northwestern University del Estado de Illinois.

El artículo en cuestión, aunque bien es cierto que ensalza los avances logrados por el periodismo americano en los veinticinco años últimos, censura en cambio de los directores de los periódicos por lo que respecta al actual estado en que en dicho país se hallan las noticias periodísticas sobre el delito.

Propugna el articulista, haciéndose eco de la perentoria necesidad y aprovechando la oportunidad actual que tal clase de trabajos periodísticos tengan en cuenta el aspecto sociológico del delito, procurando educar al público en muchas cuestiones al mismo atinentes y despertando interés hacia las decisiones judiciales al igual que fomentando las críticas de los sistemas penales anticuados.

**BULLOCK, Henry Allen:** «Significance of the racial factor in the length of prisons sentences» (Significación del factor técnico en las condenas de prisión); pág. 411.

El Profesor Bullock ha realizado un estudio sobre 3.644 reclusos de una prisión del Estado de Texas, tomando datos comparativos en orden a poder

obtener alguna conclusión respecto hasta qué punto la raza ha podido influir en la duración de las condenas de los reos considerados.

José Sánchez Osés

## F R A N C I A

### Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

(Octubre-diciembre de 1961)

**BADONNEL, Dr.:** «Infanticide et abandon d'enfant»; págs. 825 a 828.

Una vez más corre a cargo de la Doctora Badonnel la crónica de Criminología clínica (Véase Fasc. II, tomo XIII; Fasc. II, tomo XIV y Fasc. I, tomo XV), pues no otra cosa es el artículo de que damos noticia.

Durante los primeros días posteriores al nacimiento dos peligros amenazan al recién nacido, el infanticidio y el abandono. Respecto al primero la autora describe magistralmente la situación de las infanticidas, su acobardamiento ante el porvenir y ante la reacción de sus padres, si es hija de familia, cuando conozcan el embarazo, que han ocultado esperando no llegue a término. El abandono puede producirse en las mismas situaciones de depresión, de enloquecimiento pasajero frente a situaciones insalvables, reacciones depresivas con descorazonamiento e irresolución, por miseria material tan frecuentemente invocada, por perturbación, debilidad o enfermedad mentales.

**MAUREL, Edouard:** «A propos de la formation pénitentiaire des jeunes magistrats»; págs. 859 a 866.

Este autor de cuyos artículos en esta revista nos hemos ocupado anteriormente (Fasc. III, tomo XIV), plantea en este que hoy nos ocupa el problema de formación penitenciaria de los jóvenes magistrados.

Los cambios que en la vida del hombre acontecieron y las transformaciones sufridas por la sociedad en el último medio siglo, han tenido su influencia en todos los aspectos de la actividad. En el de nuestro estudio el cambio de consideración en el fin de la pena al transpasar los de retribución, intimidación y eliminación para cargar el acento sobre el curativo, la creación de los Jueces de ejecución de penas y del Centro Nacional de Estudios Judiciales son como los presupuestos necesarios para este trabajo.

El fin de él es dar a conocer los estudios realizados por los aspirantes a la magistratura en materia penitenciaria durante el largo período de su aspirantazgo, tales como visitas a las prisiones, oír las explicaciones del Juez de ejecución de penas, observar el mecanismo de la administración de una prisión, la asistencia a las Juntas de Liberación y de Clasificación de Penados, oír las explicaciones que respecto a su función le den los educadores y asistentes sociales, poniendo su especial cuidado en darles conocimiento de

los problemas que plantea la prisión preventiva, las penas cortas de privación de libertad, la prohibición de residir en un lugar determinado, los delincuentes anormales y los delincuentes juveniles.

Al final del trabajo y después de afirmar que el papel del Juez se parece cada vez más al del Médico, que como éste ha de ver la manera de aplicar la medicación necesaria, se plantea el problema de si el estudio de la personalidad del delincuente ha de hacerse durante el curso del proceso o después de él, creyendo debe hacerse antes para buscar los móviles de su acción, los resortes de su psiquismo, e ineludiblemente después para la determinación del tratamiento adecuado, y como se contesta negativamente a la pregunta que se formula de si los Jueces están preparados para desempeñar esta función, pide que esta preparación se les dé en el Centro Nacional de Estudios Judiciales.

\* \* \*

Casi la mitad de las páginas de este número están dedicadas a transcribir un extracto del Informe general del Director de la Administración penitenciaria francesa, que se corresponde con la Memoria de la Dirección General de Prisiones de España. Es digno de notar en ella la noticia de conferencias, congresos, cursos, etc., sobre materia penitenciaria a que asistieron representantes de dicha Administración, y el cuidado y cariño que en ella se presta, porque es su preocupación, a la puesta en marcha de las nuevas instituciones creadas o desarrolladas en Francia, libertad condicional, Jueces de ejecución de penas, etc., por el reciente Código de Procedimiento penal.

La crónica extranjera referida a Finlandia está redactada por V. Soine y en ella se da noticia de las novedades penitenciarias en aquel país en el segundo semestre de 1959.

(Enero-marzo de 1962)

**COENIL, Paul:** «La réforme des prisons»; págs. 25 a 38.

¿Por qué —se empieza preguntando el autor— frecuentemente las reformas de las prisiones es objeto de mayor atención que otras análogas? Y se contesta que se debe a tres razones: una, el que las instituciones penitenciarias han sufrido una evolución impulsada por el número creciente de reincidentes entre los liberados; otra, la necesidad de seguir constantemente una evolución social por la correlación existente entre las prisiones y el ambiente exterior; y por último, la elaboración por los Parlamentos de nuevas leyes creando nuevas medidas que la Administración penitenciaria debe poner en práctica, como lo fue la deportación a ultramar, la adopción del sistema celular, la implantación de la liberación condicional y la puesta en marcha de los tratamientos especializados, etc.

Después de estas consideraciones generales pasa a exponer la evolución que él ha visto en esta materia. La primera, fue el establecimiento de instituciones abiertas alguna vez por razones científicas, como las que llevaron a la



creación en Norteamérica de prisiones de distinto grado de seguridad o a la creación en Inglaterra de los establecimientos Borstal para jóvenes delincuentes, otras, por necesidad de orden práctico como el aprovechar para prisión alguna isla en la que el agua hace de muro, el utilizar el trabajo de los reclusos para que cultivando un terreno ganasen para su subsistencia como en la Bélgica de la última postguerra, llegando en Suecia a tener más de la mitad de los condenados en establecimientos abiertos, aunque la prudencia aconseja que han de existir siempre establecimientos cerrados para delincuentes con tendencia a la fuga.

Otro aspecto de esta evolución es la situación de semilibertad de los penados en la que trabajan fuera del establecimiento durante el día y vuelven a él a dormir y descansar, empleado como último grado de la pena, y en Inglaterra la prisión de fin de semana (Week-end) y los attendance-centre que acogen a menores después de sus horas de trabajo o de sus clases, encontrando justificación estas instituciones en que las penas cortas de privación de libertad son más perjudiciales que beneficiosas y que ciertos delincuentes como los ocasionales encuentran mejor tratamiento en régimen de prueba en libertad que de reclusión.

Otro aspecto de la evolución es el del tenor de vida de los detenidos, tan distinto del que existía cuando Howard visitaba las prisiones, tan continuamente elevado durante el pasado siglo que hoy hay que plantearse el problema de si debe ser o no más elevado que el de las clases más humildes de cada país.

También hay que tener en cuenta el cambio en la estructura de los edificios dedicados a prisión que ha evolucionado desde las fortalezas prisiones a los establecimientos que en Norteamérica más parecen instituciones de enseñanza, los vestidos empleados al desaparecer de ellos todo vestigio humillante, como las anchas rayas, la alimentación sensiblemente igual a la consumida por la población libre.

El trabajo como parte del tratamiento penal, la educación general profesional y moral de los detenidos, el tratamiento psicológico en grupo, la utilización de los juegos como resortes morales son también aspectos de la evolución y transformación del tratamiento penitenciario que con gran conocimiento de causa va exponiendo el autor, Secretario General del Ministerio de Justicia de Bélgica, en este artículo que es transcripción de la conferencia que pronunció en la Universidad de Montreal en 1961.

**BADONNEL, Dr.:** «De Faut de soins et mauvais traitements a enfants»; páginas 39 a 42.

También en este número la crónica de criminología clínica, que es este artículo, corre a cargo del Director Médico del Centro de Orientación Nacional de Fresnes y es como una continuación del que acabamos de dar cuenta, al darla del número anterior de esta Revista.

La falta de cuidado a los niños, dice la autora, se sitúa en un complejo en que cuentan factores sociales, la personalidad de las víctimas lo mismo

que de los autores y a veces estados patológicos. La miseria, el estado de salud deficiente, las necesidades de confiar el niño a una vigilancia más o menos cierta durante las horas en que la madre se ausenta, son las causas más frecuentes de esta falta de cuidados.

El resto del artículo es una enumeración de casos en que unos u otros factores, o varios a la vez, han sido causa tanto de falta de cuidados como de los malos tratos sufridos por los niños.

\* \* \*

Dos son las crónicas extranjeras de este número, la inglesa a cargo de A. W. Peterson, Presidente de la Comisión de Prisiones de Inglaterra y la belga redactada por J. Dupreel, Director General de la Administración Penitenciaria en Bélgica.

D. T. C.

## I T A L I A

### **Cuaderni di Criminologia Clinica**

**Año III, núm. 2.—Abril-junio de 1961.**

**BENNET, J.:** «Il «Poligrafo» visto da un amministratore penitenziario»; páginas 152 a 164.

Desde que presencié la primera aplicación del «lie-detector» me di cuenta, dice el autor, de que no es un «revelador de la mentira», expresión incierta que ha contribuido mucho a una concepción equivocada de este aparato, que también se ha llamado «indicador de emociones y de tensión», porque lo que hace es revelar gráficamente toda perturbación por las emociones en el sujeto examinado que es todo lo que puede hacer el polígrafo.

La posibilidad de que se descubra la mentira depende de la preparación del observador, pues si es fácil su empleo es difícil deducir consecuencias de él. En Norteamérica donde hay más de dos mil observadores son muy pocos los que realmente están preparados para utilizarlo, quizá sólo una media docena.

Hay dos puntos en que los técnicos no se han puesto de acuerdo. Uno en la técnica a usar en el interrogatorio, aunque parecen coincidir en que ha de precederle una conversación confidencial y han de evitarse las preguntas embarazosas. Otro es las contraindicaciones a su empleo, así se ha observado que es difícil en individuos largo tiempo sometidos a interrogatorios de la policía y en los que padecen perturbaciones en la circulación sanguínea, en la respiración, son deficientes mentales o llegan a elevadas tensiones nerviosas o emotivas.

No ha logrado, continúa, el predicamento necesario para que sea autori-

zado su empleo por los Tribunales. Quizá debidamente perfeccionado y Standardizado su empleo consiguiesen ser tenidas en cuenta sus indicaciones que, el autor cree, sólo pueden ser admitidas en muy contados casos.

Las condiciones necesarias para su aplicación son: el examen debe autorizarse después de un detenido estudio en cada caso; la prueba sólo ha de tener carácter indiciario y sólo cuando la condena no sea convincente; deben concurrir a él psicólogos y médicos; la duración de cada sesión no debe estar predeterminada; ningún detenido debe ser preguntado si quiere someterse al examen; el examinador ha de ser competente; el resultado del examen no debe, a efectos penitenciarios, tener más fin que servir para sucesivas indagaciones que puedan realizarse; no debe ser usado para averiguar una mala conducta en la cárcel, ni cuando su resultado prejuzgue la aceptación o rehusación de un destino determinado.

**JAYEWARDENE, C. H. S.:** «L'influenza del progresso medico sull'andamento statistico degli omicidi»; págs. 165 a 180.

Se ha notado que el aumento de medios más eficaces en el tratamiento médico y la intensificación de la asistencia médica a determinados sectores ha hecho disminuir la mortalidad. Se ha llegado a preguntarse si la reducción del número de homicidios es un reflejo del mejoramiento de los servicios sanitarios, aunque también puede influenciar esta disminución factores no médicos. Este mejoramiento puede tener influencia sobre la mortalidad por homicidio, pero no sobre la morbilidad, podrá reducir el número de homicidios consumados, pero no el de tentativas de él.

Si la morbilidad del homicidio permaneciese estática los progresos médicos harían bajar el número de homicidios consumados y aumentar el de los intentados en relación con el número de aquéllos, pero, si la morbilidad del homicidio variase los progresos médicos causarían una variación no proporcionada a la mortalidad.

En este problema cabe considerar tres hipótesis: las variaciones en el número de homicidios puede reflejar los Standar sanitarios de un país, suponiendo que el solo factor que regula la proporción de los homicidios es el fácil acceso a los medios médicos; los recientes progresos médicos no tienen ningún efecto sobre la proporción del número de homicidios, por suponer que la muerte de un individuo que ha sufrido heridas que ponen en peligro su vida es independiente del tratamiento médico referido; estos progresos tendrían importancia en la variación de la proporción de homicidios, pero sólo junto a otros factores extramédicos.

Esta correlación es estudiada en cuadros estadísticos formados respecto a Ceylán, patria del autor, donde el movimiento entre morbilidad y mortalidad por homicidio es correlativo, en Inglaterra donde decrece la mortalidad mientras aumenta la morbilidad y en Finlandia donde una y otra decrecen con una disminución más fuerte en la mortalidad. Después estos cuadros se comparan con otros sobre mortalidad infantil en dichos países indicadora de la eficiencia de sus servicios sanitarios para llegar a la conclusión de que el aumento de éstos se refleja en la disminución de homicidios.

**MACAGGI, Domenico y CANEPA, Giacomo:** «*Attuali orientamenti medico-legali per la classificazione dei delinquenti imputabili*»; págs. 181 a 188.

Es el resumen de la relación presentada al XVII Congreso de Medicina Legal celebrado en Bolonia en octubre de 1960, y en el trabajo se recuerda que en la relación se estudiaron las clasificaciones de delinquentes según las concepciones positivista, constitucional, psicológica, psicoanalítica y estadístico-pronóstico y el método seguido para la selección de los individuos examinados y se criticó la clasificación de delinquentes del Código penal italiano en primarios, reincidentes, habituales, profesionales y por tendencia y se puso de relieve la inexistencia de tales figuras, tanto en el plano doctrinal como en el tratamiento. El final de estas consideraciones y del análisis de los 651 casos examinados es una clasificación para los fines prácticos del tratamiento penitenciario en normales, débiles mentales, caracteriópatas, psicópatas y psicóticos.

**PALMIERI, V. M. y ROMANO C.:** «*Orientamenti medico-legali nella classificazione dei delinquenti con vizio di mente*»; págs. 189 a 194.

También como en el anterior trabajo, este es el extracto de una comunicación presentada al mismo Congreso, en éste referido a los delinquentes con vicio mental, distinguiendo que sea total o parcial y en éste que sea por enfermedad mental o enfermedad no mental, debiendo emplearse para su diagnóstico médico-legal coloquios y test mentales y para el examen orgánico o cerebral peculiares técnicas radiológicas o de encefalografía a fin de evidenciar alteraciones anatómicas. De la correlación de estos datos nace el diagnóstico fundado en elementos objetivos importantes para la medicina legal. Por último, su diferencia jurídica con los menores a los que ha de hacerse un examen sobre su desarrollo y las causas de las alteraciones de su conducta.

**MELLER, Gerhard O. W.:** «*Il fallimento delle concezioni della teoria criminale nel giudicare il delinquente psicopatico*»; págs. 195 a 224.

Otro trabajo que también es comunicación dirigida a un Congreso, esta vez al de la American Psychiatric Association y que parece completar los dos anteriores, pues se refiere a un tercer grupo formado por los que no son completamente responsables o irresponsables, sino a situaciones intermedias que más o menos pertenecen al concepto de psicopatía.

En estos individuos psicópatas no causa ningún beneficio la pena ideada para los normales, pero no puede declarárseles impunes o dejarlos prematuramente en libertad, pareciéndole el mejor tratamiento someterlos a un régimen especial de un menor período de privación de libertad por su responsabilidad disminuida y al mismo tiempo a una medida reeducativa.

\* \* \*

El caso expuesto en este número no es de los observados en Rebibbia, sino en la Federal Correctional Institution de Ashlandky. Se trata de un epilép-

tico, hijo ilegítimo, criado por los abuelos, que tras de cuatro arrestos por hurto a los diecinueve años, junto con otros dos hurtan un automóvil y lo conducen a otro Estado.

Año III, núm. 30.—Julio-septiembre de 1961

**DE WITT E SELL:** «La psicología correccional como ciencia aplicada»; páginas 275 a 290.

El autor empieza sentando unas premisas ideológicas de la psicología penitenciaria. Así, debe aceptar las conclusiones de la psicología experimental y tiene dos tareas afines, una ayudar al personal penitenciario a comprender la estructura psicológica y los móviles de los detenidos y otra ayudar a estos a comprenderse a sí mismos. Los psicólogos penitenciarios han de tratar de conquistar el respeto de la población carcelaria acercándose cordialmente a los problemas de los detenidos para dirigirlos y aconsejarlos, ocultando su superioridad académica y sabiendo escuchar con paciencia.

Después describe la organización del Servicio Psicológico en las cárceles de adultos de Ohio, su país, y los métodos y tests empleados en él. Los procedimientos psicométricos son una base esencial para la diagnosis de los detenidos y su clasificación para un tratamiento diferenciado.

A continuación enumera los términos de la clasificación de detenidos que rigen en aquel Estado: enfermos mentales, deficientes mentales, psicópatas antisociales, psicópatas con desviación sexual, neuróticos habituales, de situación y psicópatas asociales, para terminar haciendo resaltar la labor consultiva de estos psicólogos que ha de tener el doble fin de ayudar la adaptación del detenido a la situación carcelaria y el más trascendente de hacer que se adapte a la realidad, tanto dentro como fuera de la cárcel.

**YOSHINOBU, Kubomatsu; KEN-ICHI, Hashimota; SUSUMU, Okumura e HIROSHI, Yoshida:** «L'influenza dell'isolamento in cella sulla personalità»; págs. 299 a 306.

El trabajo es una comunicación presentada a la Reunión de las Sociedades Japonesa y Americana de Medicina Penitenciaria celebradas en Tokio en septiembre de 1960. Es la exposición del resultado de la observación hecha sobre 55 detenidos de una prisión japonesa, devididos en tres grupos: unos que a su ingreso han vivido en dormitorio común cerca de un mes; otro que en las mismas condiciones y circunstancias han vivido en régimen de aislamiento en celda, y un tercer grupo de los que como castigo han sido aislados en celdas y a los que se ha examinado a la entrada y a la salida por los tests de Rorschach.

La reacción comparada de unos y otros ha sido bien distinta. Los que han estado aislados han sufrido cambios muy notables sobre su personalidad, disminución de cordialidad, aumento de la conciencia de sí mismo, reducción de la estabilidad interna, acrecimiento de su ansia e incertidumbre que au-

mentan su desadaptación, en ellos su tendencia regresiva es más fuerte que los que han vivido en dormitorio común.

**INGRASSIA, G.: «Su alcuni aspetti genetici delle alterazioni del comportamento»; págs. 307 a 352.**

El autor empieza con unas consideraciones generales, recordando la orientación de la escuela positiva y los puntos de vista de la idealista de Croce y Gentile y de la espiritualista de Gemelli para afirmar que en el estudio de la conducta predomina un eclecticismo que tiene en cuenta todas las tendencias. Estudia después las relaciones entre carácter y conducta, aceptando la clasificación de caracteres de Mounier en: amorfos, apáticos, sanguíneos, fleumáticos, nerviosos, sentimentales, coléricos y apasionados.

Para explicar los desórdenes de la conducta con o sin epilepsia estudia los tres actores genéticos de ella: biogenéticos, fisiogenéticos, neurocriñogenéticos y bioquímicos, psicogenéticos y sociogenéticos.

En las conclusiones con que termina su trabajo afirma la existencia de relaciones entre constitución morfológica, temperamento, carácter y conducta y que las alteraciones de ésta pueden considerarse dependientes del conjunto de factores que se concretan en una Fracción que tiene por numerador los diversos estímulos que empujan al individuo a ser hostil, irritable, despiadado, violento y agresivo y por denominador la fuerza de resistencia ofrecida por la formación biopsíquica del individuo.

\* \* \*

El caso expuesto en este número, el de un joven de diecisiete años que en un pueblecito del sur de Italia juntamente con otros dos violentaron carnalmente a un niño de ocho años matándole después con golpes dados con una piedra para que no los denunciase, y trasladando el cadáver a otro lugar para desviar las pesquisas, es de los observados en Rebibbia y han sido los Doctores Fontanesi, Director de la clínica, y Rizzo, psicólogo de ella, los encargados de su exposición.

D. T. C.

# NOTICIARIO

UN ESPAÑOL DE PRESTIGIO EUROPEO

3 julio 1862

## EL CENTENARIO DE LA MUERTE DEL CORONEL MONTESINOS

**Considerado como la figura más destacada del penitenciarismo español**

Por JOSE RICO DE ESTASEN

Jefe Superior de Administración del Cuerpo  
Especial de Prisiones.

El día 3 de julio de 1862, en su domicilio de la ciudad del Turia donde vivía retirado, entregó su alma a Dios el más insigne de los penitenciaristas españoles, coronel don Manuel Montesinos y Molina, que, nacido en la ciudad de Gibraltar refugiado en San Roque, dedicó la mayor parte de su larga y preciosa vida al apostolado de las cárceles y de los presos y está considerado como el gran reformador de las prisiones de su tiempo por la trascendental labor cristiana, humanitaria, educadora y correccionalista que llevó a cabo como fundador y director del Presidio Correccional de Valencia.

La existencia del ilustre sanroqueño, decidida su vocación castrense cuando contaba doce años de edad, en los inicios de la guerra de la Independencia cuando, portador de caballo propio, se alistó como voluntario en un regimiento de Caballería y peleó con ardiente entusiasmo al lado del glorioso Libertador de la Argentina, general San Martín, en la memorable batalla de Bailén, constituyó una incesante carrera de sorpresas y aventuras.

### ACARCELES

Prisionero de los franceses después de haber tomado parte en diversos hechos de armas, retornó a España con Fernando VII, en 1814, y cuatro años más tarde, pasó a prestar sus servicios a la Secretaría del Ministerio de la Guerra, en la que permaneció hasta 1823, en que, inmediatamente después del trienio constitucional derivado de la sublevación de Riego, se vio obligado a emigrar a Francia.

En noviembre de 1828, tras haber viajado por diferentes países y haber permanecido durante algún tiempo en las nobles tierras de América, volvió de nuevo al Servicio Militar activo en un destino modesto de la Secretaría de la Capitanía General de Valencia.

Las circunstancias que concurrían en el antiguo emigrado de tal modo realzaban su personalidad, que, en menos de diez años, de 1834 a 1844, fue ascendido a capitán, comandante, teniente coronel y coronel, nombrado

inspector y visitador de todos los presidios del Reino y consejero áulico del director general del ramo.

Todo ello como recompensa a méritos y servicios de naturaleza singular; recompensas de carácter extraordinario, que, aunque se nos antojen excesivas, estaban en armonía con lo realizado por él dentro y fuera del Presidio Correccional valenciano, que, como vamos a ver inmediatamente, fue creado por él para constituir un elemento de elogio por parte de políticos y tratadistas extranjeros y españoles, que definieron a Montesinos como un gran español de prestigio europeo.

#### CUANDO EL PRESIDIO DE VALENCIA ESTABA EN LAS TORRES DE CUARTE

El caso fue que, sin ninguna preparación ni aviso previo, sometido a proceso el funcionario que lo regentaba —como consecuencia del asalto que llevaron a cabo las muchedumbres desbordadas, a todas las cárceles de la ciudad, con su secuela de apaleamientos y asesinatos en las personas de los presos políticos—; necesitado de una mano firme que fuese garantía de defensa, seguridad, orden y disciplina, el 5 de septiembre de 1834, el capitán general nombró a Montesinos comandante del presidio de Valencia, establecido en las Torres de Cuarte.

El cronista de la ciudad, don Vicente Boix, nos dice que cuando Montesinos se hizo cargo del mando había en aquel establecimiento más de mil penados en el mayor de los abandonos, en la más terrible promiscuidad.

«Las armas de todas clases —escribía—, las bebidas, los naipes, todo se asociaba en aquel ambiente propicio para la holganza, el vicio y el crimen. Desde las calles próximas se oían muchas veces las blasfemias, los gritos y motines, así como las voces pidiendo libertad y justicia. Las revueltas políticas daban lugar a que muchas veces se mezclaran los profesionales del delito con los que iban allí por sus ideas o por tumultos callejeros.»

A todo hubo de poner remedio el nuevo comandante. Para ello logró que le fuese cedido el viejo convento de San Agustín, que, al igual que otros muchos cenobios españoles, había pasado a poder del Estado como consecuencia de las leyes de desamortización. Y, en el presidio de San Agustín —pues que tomó este nombre— fue donde el coronel Montesinos llevó a cabo su admirable labor de tipo correccionalista y penitenciario, que recogió el ilustre tratadista Spencer en su conocido libro «Ética de las prisiones».

#### DOCTRINA PENAL

Montesinos, a quien el inolvidable doctor Marañón define «como un hombre sensible» y como «uno de los más aleccionadores ejemplos del poder de la voluntad y de la vocación», escribió en un umbral del esta-



blecimiento fundado por él: «La prisión sólo recibe al hombre; el delito queda a la puerta». Fue, en cierto modo, la primera preceptiva de su actuación determinante, y en ella alentaba un nuevo sentido de doctrina penal.

Seguro de la acción permanente de su voluntad directriz estableció un régimen subordinado por entero al imperio de la justicia, de la moralidad, de la religión y del trabajo; que implantó con carácter amplio y permanente, haciendo partícipe de sus beneficios a todos los reclusos. Inculcó las virtudes de la esperanza, de la caridad, de la consideración y el respeto mutuo, entre los corrigendos. Y pronto, lo que era una mansión de tortura y de vicio, se transformó en una bien regulada comunidad de seres que, sobreponiéndose a su desventura, trabajaron sin descanso hasta conseguir la libertad; y, con ella, la rehabilitación social que el comandante les ofreciera.

El tratamiento individual, la observación y el estudio de los penados, que él llevaba a cabo personalmente; la influencia reformadora de que los hacía objeto, indican claramente que nuestro personaje fue el precursor de los modernos sistemas penitenciarios; y que los resonantes éxitos del fundador del sistema progresivo, sir Walter Crofton, tuvieron un eficaz antecedente en la labor humanitaria y científica del militar español.

Y no fue aquélla solamente: la libertad condicional, modalidad que, con la Redención de las penas por el trabajo, constituye la más destacada característica de los sistemas penitenciarios progresivos y, desde luego, del que con tanto éxito viene aplicándose en nuestro país desde que terminó nuestra guerra de Liberación, fue puesta en práctica por el comandante del presidio de Valencia sin ninguna ley que la autorizara. Cuando lo consideraba de justicia dejaba salir y circular libremente por la ciudad a los penados; los enviaba, a centenares, lejos de la prisión para la práctica de trabajos de obras públicas, sin temor a que se evadieran; los empleaba en menesteres de reconocida utilidad, para lo que no contaba con otra garantía que la buena conducta o la palabra de honor de los propios encarcelados.

El Presidio Correccional de Valencia fue visitado, entre otras muchas ilustres personalidades, por la Reina Gobernadora Doña María Cristina de Borbón, viuda de Fernando VII y madre de Isabel II; y por el Regente de España, general Espartero, al que acompañaban los miembros de su Gobierno. El duque de la Victoria, impresionado por la visita, concedió a Montesinos el grado de coronel del Ejército y la gran cruz de Carlos III.

El comandante reformador, tras sesenta y seis años de virtud y de trabajo —había nacido el 17 de junio de 1796—, falleció en Valencia, como ya dijimos, el día 3 de julio de 1862.

En ocasión del centenario de su muerte hemos creído oportuno evocar la obra y el nombre del hijo ilustre de la gibraltareña ciudad de San Roque; obra extraordinariamente eficaz y meritoria; nombre unguido de prestigio, que traspasó infinidad de veces las fronteras de la Patria; que se intercaló con honor en los textos de Derecho penal de casi todas las universidades; que se pronunció con admiración y respeto en los con-

gresos penitenciarios de Roma, Londres, Estocolmo, Valencia, etc., donde tratadistas y sociólogos de reconocida fama definieron a nuestro personaje como la figura cumbre del penitenciarismo español.

J. R. de E.

#### IN MEMORIAM

#### PROF. EDMUNDO MEZGER

El 24 de marzo de 1962 dejó de existir, a los setenta y nueve años de edad, el profesor Edmundo Mezger. Quien haya tenido, aunque sólo sea un mínimo contacto con los estudios penales, sabe lo que el nombre de Mezger representa en la evolución de la dogmática jurídicopenal de los últimos tiempos. Mezger es el punto final de una época egregia del pensamiento penal. El ha sido quien ha escrito el último capítulo de una obra de generaciones. El es el resumen de cincuenta años de labor de la ciencia germánica. Con Mezger ha desaparecido también el último representante del genuino tradicionalismo penal alemán. Muchos y nuevos horizontes se abren hacia adelante, pero éstos no serían posibles si no hubiera habido una cadena de cultivadores del Derecho penal con una honradez y probidad científica ejemplares. Uno de estos incansables trabajadores intelectuales ha sido Edmundo Mezger.

El amor y fidelidad a los principios de donde parte, hace que la obra de Mezger sea un todo compacto donde no existen grietas ni fisuras. Nunca se puede decir de Mezger que no sea consecuente consigo mismo, lo cual no quiere decir que sea sordo a la crítica y a la polémica. Siempre dispuesto a conceder al contrario, se mantiene también firme cuando cree que en sus posiciones está la verdad. Dotado de un extraordinario espíritu crítico, de una discreción y de una ponderación admirables, sus obras fundamentales, su «Tratado» —bien conocido del estudioso español en la ejemplar versión que nos legara el también desaparecido profesor Rodríguez Muñoz— y sus «Libros de estudio» son de una admirable armonía arquitectónica. Sus aportaciones a la dogmática tendrán un valor perenne. Sus investigaciones sobre los elementos subjetivos del injusto, sobre la culpabilidad, su reciente polémica sobre la teoría finalista de la acción y sus trabajos de criminología y sobre aquellas cuestiones fronterizas entre la dogmática y la criminología como son el problema de la libertad y de la imputabilidad, eterno campo de batalla donde se dan y se darán cita permanente juristas, psiquiatras y psicólogos, enriquecerán siempre a quien los lea.

Pero hay algo en la obra de Edmundo Mezger que quiero poner de relieve. En el pensamiento de Mezger existe una dualidad de mundos. Como dogmático es inflexible. Al Derecho le está confiada la salvaguarda de los valores fundamentales de la convivencia humana y esta función tiene que realizarla frente a todo y frente a todos. He aquí los ecos kantianos de Mezger. El otro mundo es el del criminólogo, el de la realidad

delictiva. No se trata ya de ver en el delito un ente jurídico «sin sangre ni color», sino la obra de un hombre delincuente donde hombre y obra forman un todo inseparable. Aquí, Mezger, se muestra lleno de humanidad, de comprensión e incluso de ternura.

Y si de la obra pasamos al hombre, los elogios han de seguir. Durante casi seis años lo traté incluso en su vida íntima, sano y enfermo, triste y alegre en su hogar muniqués. Siempre afable, siempre sereno, siempre lleno de un humor sin víctima, siempre generoso con sus secretos científicos que entregaba a la primera pregunta. Si maestro fue en el terreno científico, también lo fue en esa difícil ciencia que es la vida cotidiana. La guerra le arrebató a su único hijo varón, pero su corazón no se secó y todos los que estábamos a su alrededor éramos como hijos suyos. Y no olvidemos en esta indiscreta mirada en su intimidad, a su mujer, Emma Mezger, desaparecida un año antes que él, su compañera y secretaria en los últimos tiempos. Muchas veces, viéndolos a los dos, me venía a la memoria aquel cuentecillo enternecedor que Alfonso Daudet incluye en la serie de «Cartas desde mi molino» bajo el nombre de «Los dos viejos». El matrimonio Mezger, ejemplo de una familia universitaria alemana, vivió junto y supo envejecer junto.

Y como final a estas líneas llenas de ternura, de respeto y agradecimiento imperecedero, quiero traer a colación las palabras que durante mi estancia en Alemania me escribió un viejo amigo de casi ochenta años: «Padres, Maestros y Patria forman una trilogía cuyo alcance sólo se comprende con el transcurso del tiempo». Y quiero también poner punto final a estas líneas con unas palabras del propio Mezger que pueden servir para caracterizar su obra. «El Derecho y sus discípulos están llamados a un actuar práctico en el presente de la vida. No se les puede exigir más que actúen de acuerdo con el mejor saber que esté a su disposición. Han de permanecer siempre abiertos a los nuevos conocimientos y progresos, pero la posibilidad de que éstos, por el momento, no sean practicables no debe coartarnos en el obrar. Al hombre no le ha sido dado alcanzar lo perfecto».

Una vida tan laboriosa bien merece el descanso eterno.

JOSÉ M.<sup>a</sup> NAVARRETE URIETA

\* \* \*

En prensa este fascículo nos llega la noticia de la desaparición de otros dos egregios maestros de nuestra disciplina: los profesores Baltaglini y Guillermo Sauer.

#### **NUEVOS CATEDRATICOS DE DERECHO PENAL EN LA UNIVERSIDAD DE MADRID**

Ultimamente se han incorporado a las dos cátedras de Derecho penal vacantes en la Universidad de Madrid, el catedrático que fue de la de Salamanca, don José Antón Oneca, y el magistrado del Tribunal Supremo y redactor jefe de este ANUARIO, don Antonio Quintano Ripollés. A ambos nuestra más cordial enhorabuena.

**CONFERENCIAS EN EL COLEGIO DE ABOGADOS**

En los días 7 y 8 de mayo, en el salón de actos del Colegio de Abogados de Madrid, tuvieron lugar solemnes sesiones convocadas por su Comité de Cultura, sobre el tema: «El error judicial».

Las sesiones fueron dirigidas por el Excmo. Sr. Federico Castejón, que intervino al comienzo y al final de las mismas, y en ellas pronunciaron conferencias los abogados criminalistas siguientes: don Diego Mosquete, que disertó sobre «El error judicial desde el punto de vista de la pericia y especialmente de la Medicina Legal»; don Agustín Barrena, que desarrolló el tema de «El error judicial desde el punto de vista del Derecho formal»; don Federico Puig Peña que abordó el tema de «El error judicial desde el punto de vista de las Leyes Orgánicas de la Justicia», y don Juan del Rosal que desarrolló la tesis «El error judicial desde el punto de vista del Derecho sustantivo».

# INDICE GENERAL

## TOMO XV

### Fascículo II

#### SECCION DOCTRINAL

El proyecto del nuevo Código penal alemán, por HANS HEINRICH JESCHECH	253
Exposición crítica de la doctrina finalista de la acción, por CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO	265
El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española, por MANUEL COBO	303

#### SECCION LEGISLATIVA

Proyecto de Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor	317
---------------------------------------------------------------	-----

#### SECCION DE JURISPRUDENCIA

Del intrusismo (S. 10 de febrero de 1961), por JUAN DEL ROSAL	329
Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1961, por FERNANDO ALAMILLO CANILLAS	333
Jurisprudencia procesal penal (S. 22 de diciembre de 1961), por CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER	350
Jurisprudencia procesal penal, por FERNANDO GISBERT CALABUIG	353

#### CRONICAS EXTRANJERAS

La represión de la negligencia en el Derecho penal inglés, conferencias del profesor ARMITAGE	388
-----------------------------------------------------------------------------------------------	-----

#### REVISTA DE LIBROS

AGUILAR MAWDSLEY, Andrés: "La delincuencia en Venezuela, su prevención", por <i>Alberto Laguna Arrazola</i>	391
BAJARLIA, Juan Jacobo: "Sadismo y masoquismo en la conducta criminal", por <i>C. M. Landecho, S. J.</i>	392
BLARDUNI, Oscar: "Progreso técnico y delincuencia", por <i>César Camargo</i>	393
CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: "Código penal anotado", por <i>César Camargo</i>	394
CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: "La Administración de Justicia", por <i>César Camargo</i>	395
CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: "Interpretación dogmática de la definición del delito en la legislación penal mexicana", por <i>César Camargo</i>	395
CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: "Métodos y procedimientos técnicos empleados en la elaboración de la sentencia penal", por <i>César Camargo</i>	396
CASTIGLIONE, Teodolindo: "Lombroso perante a criminología contemporánea", por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	397
DÍAZ PALOS, Fernando: "El delito de falsedad documental", por <i>César Camargo</i>	399

**Anuario de Derecho penal y Ciencias penales**

Páginas

GARCÍA BASALO, J. Carlos: "Introducción a la Arquitectura Penitenciaria", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	400
GERMANN, O. A.: "Schweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	401
GRAVEN, Jean: "L'Argot et le tatouage des criminels", por <i>Antonio Quintano Ripollés</i> ... ..	402
HALL, Jerome: "General of criminal law", por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	403
LUDER, Italo A.: "Los estudios criminológicos", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	406
POLLOCK, Sir Frederick: "Jurisprudence and legalessays", por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	407
SCHAFER, Stephen: "Restitution to victims of crime", por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	409
TOMÉ, Amancio: "Pequeña historia de su vida profesional", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	411
VASSALLI, Giuliano: "Funzioni e insufficienze della pena", por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	412

**REVISTA DE REVISTAS**

**A l e m a n i a**

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—Heft 3, 1961, por <i>José Cerezo Mir</i> ... ..	414
------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**A r g e n t i n a**

DIVISION DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y DOCUMENTACION CRIMINOLOGICAS.—Núms. 4, 1960; 6, 1961, por <i>C. M. Landeche, S. J.</i> ... ..	437
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**E s p a ñ a**

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Enero-junio 1962, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	441
---------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**E s t a d o s U n i d o s**

THE JOURNAL OF CRIMINAL LAW, CRIMINOLOGY AND POLICE SCIENCE.—Mayo, junio, julio-agosto, septiembre y octubre, noviembre y diciembre 1961, por <i>José Sánchez Osés</i> ... ..	443
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**F r a n c i a**

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Octubre-diciembre 1961, enero-marzo 1962, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	459
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**I t a l i a**

CUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Abril-junio, julio-septiembre, 1961, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> ... ..	462
NOTICIARIO ... ..	467