

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XV
FASCICULO III



SEPBRE.- DICBRE.
MCMLXII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:
EUGENIO CUELLO CALON
Catedrático de Derecho penal

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

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

Secretario:
DIEGO MOSQUETE
Profesor adjunto de Derecho penal de
la Universidad de Madrid

Vicesecretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

INDICE

Sección Doctrinal

Páginas

- Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, por Sebastián Soler 477
Eduardo Livingston y la sistematización del Derecho penal, por José Sánchez Osés... 507
La causalidad en Derecho penal, por Enrique Gimbernat Ordeig 543

Sección Legislativa

- Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor...* 581

Sección de Jurisprudencia

- Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1961*, por Fernando Alamillo Canillas 598
Jurisprudencia procesal penal.—La legitimación activa en los delitos semipúblicos, por Carlos Viada López-Puigcerver 615
Jurisprudencia procesal penal (Sala Segunda del Tribunal Supremo). Primer cuatrimestre de 1962, por Fernando Gisbert Calabuig 620

Revista de libros 661

CARRANCA TRUJILLO, Raúl: "Derecho penal mexicano, Parte General", por Antonio Quintano Ripollés; CONVEGNI DI STUDIO "ENRICO DE NICOLA", PROBLEMI ATTUALI DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE: "Pene e Misura di sicurezza modificabilità e suoi limiti", por Pascual Meneu; GIGER, Hans: "Kriminologie der Entweichung", por Valentín Silva Melero; LA SELECTION DES DELINQUANTS A METTRE EN PROBATION. Nations Unies, New York, 1959, por Pascual Meneu; LOEWE, Rosemberg: "Die Strafprozessordnung und das Gerichtovfassungsgesetz mit Nebengesetzen", por Valentín Silva Melero; MAURACH, R.: "Tratado de Derecho penal", por José Cerezo Mir; MENDOZA, José Rafael: "Curso de De-

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XV
FASCICULO III



SEBRE.-DIDBRE.

MCMLXII

SECCION DOCTRINAL

Culpabilidad real y culpabilidad presunta

Exámen de las teorías llamadas psicológica y normativa

SEBASTIAN SOLER

Profesor de Derecho penal en la Universidad de Buenos Aires

1. *El peligro de las clasificaciones.*

Uno de los males mayores inferidos al pensamiento jurídico es el de la clasificación de doctrinas y teorías sobre la base de motes. Con ellos, una producción jurídica copiosa y superficial se ha complacido en crear contraposiciones y en colocar a las ideas en falsas simetrías, generalmente bilaterales, que dejan perplejo al lector entre posibilidades antagónicas, provocan ciertos escepticismos acerca de la validez de los conocimientos jurídicos y proyectan la sospecha de arbitrariedad sobre toda construcción dogmática.

En esta ocasión, sin embargo, sólo de paso nos referiremos a la falacia de esta especie de escepticismo, porque nos proponemos examinar, con referencia concreta al problema de la culpabilidad, en qué manera desfavorable ha gravitado aquel estilo doctrinario para la real comprensión del tema jurídico o del objeto sometido a examen y reflexión.

El defecto en aquella presentación de temas jurídicos proviene en gran medida de un enfoque gnoseológico muy difundido en los tratados latinos de derecho, incluso a veces en el mío, consistente en no referirse directa e inmediatamente al objeto de conocimiento, sino a la opinión que sobre él tienen otros juristas, como si aquél solamente existiera como "objeto pensado" y no como "objeto en sí". Las exposiciones suelen así asumir la forma teratológica de inventarios interminables de teorías y opiniones, para concluir en una especie de balance precartesiano de autoridades, que transforma la investigación de la verdad en un especie de escrutinio electoral.

La dogmática jurídica moderna ha enseñado a pensar, acaso con más modestia, pero con precisión mucho mayor, sobre todo por haber delimitado con exactitud el objeto sobre el cual las reflexiones deben recaer: el material normativo preexistente, que debe ser objeto de elaboración sistemática. Desde luego, ese material no es un producción *ex nihilo*; está compuesto de pensamientos; pero los pensamientos

cristalizados en una norma o en un complejo de normas son principios compulsivos y no meras opiniones; ellos describen comportamientos realmente debidos, y por eso la determinación de su contenido y alcance requiere una forma especial y, diríamos, intensificada de prudencia.

Como se ha determinado con firmeza que esa es la meta de todo estudio dogmático, se corren menos riesgos doctrinarios, porque entonces la erudición adquiere el verdadero sentido que debe tener, coadyuvante para la propia reflexión y no eximente de ella. Y sobre todo, se corre menos el riesgo del trasplante precipitado de teorías, que muchas veces tienen una razón de ser estrictamente limitada al sistema jurídico para el cual fueron compuestas, y que sólo como ejemplos aleccionadores deben ser estudiadas en otras partes.

Un tema en el que se ha abusado en los últimos tiempos de las exposiciones teóricamente recargadas y del empleo de motes encasilladores es, según digo, el tema de la culpabilidad. El trabajo constituye punto de arranque de una serie de construcciones doctrinarias sobre el problema de la culpabilidad es el de REINHARD FRANK, *Ueber den Aufbau des Schuldbegriffs*, publicado en 1907. Se lo considera como la base de la llamada *teoría normativa* de la culpabilidad, por oposición a la llamada *teoría psicológica*. Pues bien, resulta curioso verificar la protesta del propio FRANK, ya en ese tiempo, contra el empeño de colgarle motes a sus teorías de la culpabilidad dolosa. “Por mucha que sea —dice— la prudencia del autor —y yo me puedo jactar de ella— la capacidad de ellos (de los motes) para crear contraposiciones carentes de fundamento real, se cumplen a pesar de todo” (1).

2. La falsa oposición de las doctrinas psicológicas y normativa.

El error de tales contraposiciones, en efecto, suele comenzar con los rótulos, y en el caso de las doctrinas acerca de la culpabilidad así ocurre: la inexactitud comienza con las designaciones que aquéllas han merecido: *teoría psicológica* y *teoría normativa*. El examen más superficial de los términos calificadores muestra ya una falsa contraposición, y parecería sugerir que la llamada *teoría psicológica*, fuese, por oposición, necesariamente, una *teoría extranormativa* o *prenormativa* o *naturalista*.

Lo que cuenta, sin embargo, es el aspecto sustancial del problema. Para facilitar su comprensión nos servirán como referencias nuestra exposición del tema y las calificaciones y observaciones que ellas han merecido. Nuestra exposición ha sido metida, sin resistencia mayor de nuestra parte, en el casillero que corresponde a los psicólogos.

(1) *Ueber den Aufbau*, 6. También MEZGER, *Strafrecht*, 33, núm. 6, señala lo exagerado de estas contraposiciones: un puro psicologismo no ha existido nunca.

La idea central que nos ha guiado al abordar el tema, sea que hayamos o no logrado traducirla, es la de llevar hasta el límite máximo posible el principio *nulla poena sine culpa* (2).

Siempre nos ha parecido que la historia del derecho muestra una evolución o ascenso hacia el logro de ese principio, y que él corresponde a un reconocimiento efectivo de la dignidad personal del ser humano, como ser autónomo, autoconsciente, libre y dotado de fuerza espiritual creadora. En ese proceso, a nuestro juicio, hoy ya puede afirmarse con validez, a lo menos para la mayoría de las legislaciones penales de occidente, que han quedado eliminadas casi todas las formas "ficticias" de culpabilidad, o cuando menos, afirmada la tendencia a eliminarlas.

La "culpabilidad", sin embargo, es en derecho un término que puede ser empleado en un sentido muy general para referirse a la imputación de ciertas consecuencias jurídicas, cuando se da en la realidad una situación que la norma repudia. La norma jurídica, a diferencia de la norma moral, que ante la transgresión se queda pasivamente herida, reacciona contra la lesión, y lo hace siempre de una manera concreta y definida. Esa reacción, comporta, también invariablemente, una obligación de alguien, una consecuencia que alguien debe soportar. En la determinación de ese sujeto para imputarle tales consecuencias es donde se ha cumplido aquel proceso evolutivo.

No debe sorprendernos que esa evolución se muestre más patente en el plano del derecho penal que en otros. En primer lugar, la mayor gravedad de sus sanciones pone más de resalto la necesidad de adecuación perfecta entre el sujeto de la sanción y el sujeto creador de la situación antijurídica. Toda desviación de esa línea es hoy sentida como una violenta injusticia. Después, téngase presente que las sanciones del Derecho penal presentan todas una cierta uniformidad, un denominador común, a lo menos, en cuanto consisten en una retribución. Las restantes sanciones del Derecho, aun cuando todas ellas consistan en reparaciones o en reparaciones, asumen formas tan variadas que a veces hasta parecen perder el carácter de consecuencias de una acción y asumir el inocente aspecto de la imputación de algo eventualmente no deseado, como ocurre con algunos casos de aceptación tácita de herencia y en otros *facta concludentia*.

3. Formas objetivas de responsabilidad.

Acaso por efecto de esa equívoca variedad, en las teorías de derecho privado se suele incurrir en un pecado, diríamos, de ingenuidad modernista, consistente en señalar como un adelanto, impuesto a la

(2) En la literatura castellana moderna, esa preocupación está bien en primer plano en los trabajos del Padre JULIÁN PEREDA S. J., conf. *El "versari in re illicita"*, Reus, 1948; *El concepto normativo de la culpabilidad*, "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", t. II, 1949, págs. 21 y sigs.

teoría jurídica por las exigencias de los grandes progresos de la vida presente, la adopción de nuevas formas de responsabilidad que no traben el desarrollo de esas actividades, en cuyo dinamismo y vivacidad se ve un valor digno de reclamar consideración prévaleciente. De esa actitud proviene que algunos juristas vean como un progreso moderno de las leyes la adopción de formas objetivas e impersonales de responsabilidad (3).

No es del caso que nos detengamos a examinar en detalle estos enfoques; solamente queremos dejar establecido que frente a las normas impuestas por esas exigencias de la vida moderna, de la técnica, del tráfico y del tránsito multiplicados, el jurista puede adoptar dos actitudes: la de considerarlas regulaciones jurídicas no solamente nuevas, sino deseables y dignas de extenderse y la de considerarlas un mal más o menos necesario. Los contratos de adhesión, la responsabilidad objetiva, las presunciones de culpabilidad, la regulación administrativa de precios y de servicios, la anulación del valor obligante o liberatorio de la voluntad privada bajo el pretexto de orden público, la responsabilidad penal de personas jurídicas y otros temas de este mismo tipo, muchos de ellos menos modernos de lo que se supone, tienen todos en común, si bien se observa, un sentido de desvincular la consecuencia jurídica de la voluntad real del sujeto. Ocurre como si la consecuencia jurídica le fuera impuesta al sujeto desde afuera.

Claro está que toda consecuencia jurídica es siempre impuesta desde afuera; para eso es el derecho un sistema coactivo de normas. Pero ese sistema, en sí mismo, puede estar compuesto tomando o no en cuenta la interioridad del destinatario de la sanción o de la consecuencia jurídica. En esto los márgenes pueden ser muy amplios: desde el mantenimiento invariable de una máxima consideración hasta una plena indiferencia. En cuanto a la responsabilidad penal, sin embargo, parece claro que un largo proceso histórico cultural se ha cumplido en el sentido de aproximar la *exigencia* a la real capacidad, hasta el punto de que *nulla poena sine culpa* y *ultra posse nemo obligatur* parecen traducir la misma idea vista de diferentes ángulos.

Esta clase de orientaciones de la evolución de la cultura humana se alcanza a ver bien cuando se consideran distancias temporales muy amplias. Hay que pensar lo que han sido las reglas de responsabilidad en sociedades y legislaciones primitivas, para verificar el largo camino realmente recorrido. Y en el plano teórico, hay que comprobar las vacilaciones, los desvíos del pensamiento y la dificultad con que van

(3) Señalan correctamente la importancia del aspecto culpable para la responsabilidad civil, JORGE J. LLAMBÍAS, en *El derecho no es una física de las acciones humanas*. "La Ley", julio 12, 1962; ROBERTO H. BREBBIA, *Accidentes de Automotores*, Buenos Aires, Omeba, 1961, excelente monografía cuyo interés va mucho más allá del título del libro. Cita, en c. de la responsabilidad sin culpa; C. Civ. la., Cap., agosto 31, 1934; Jurisp. Arg., t. 47, pág. 586; C. Nac. Civil Cap., agosto 16, 1954; "La Ley", t. 76, pág. 725, y S. C. Tucumán, dic., 5, 1951, "La Ley", t. 67, pág. 199.

abriéndose paso las intuiciones proyectadas hacia una acertada dirección, y cómo el proceso se va cumpliendo a pesar del lastre de temporarios intereses y errores. Desde el Código de Hammurabi a los códigos modernos, las diferencias son profundas y manifiestas. No lo son tanto, sin embargo, o acaso no tan perceptibles, cuando la comparación tiene lugar entre leyes temporalmente más próximas entre sí, o entre diferentes corrientes doctrinarias contemporáneas. Para percibir con nitidez las discrepancias en este último caso, es indispensable cierto grado de afinamiento en el análisis, porque hoy por ejemplo, sea cual sea su actitud con relación a la teoría de la culpabilidad, ningún teórico aceptaría como posible la norma talonial del Código de ammurabi, según la cual debe perecer el hijo del arquitecto cuando murio, al caer la casa construida por éste, el hijo de quien la habitaba.

Hasta puede ocurrir que las discrepancias de los juristas sean mucho más teóricas y conceptuales que prácticas, en cuanto a sus resultados, y que, en definitiva, sea por vía de regla, sea por vía de excepción, se concluya dando al caso límite la misma solución.

4. *El equívoco de la responsabilidad.*

Pues bien, esa idea central me ha inducido siempre a pensar que la teoría de la culpabilidad, sean cuales sean sus desarrollos, debía partir de un hecho fundamental e imprescindible: la existencia real en el sujeto de algo que funde y justifique cualquier reproche que le hagamos.

No es fácil contestar, cuando se pregunta qué es eso en que se dice consistir la culpa; pero hay un punto en el cual las exigencias de aquella idea genérica y dominante parecen afirmarse sólidamente: se debe tratar de una situación o actitud interna y real del sujeto culpable. Prescindiendo de cualquier otro aspecto del delito, la imposición de la pena, debe encontrar en aquella realidad la razón suficiente.

Por eso nunca nos pareció ni satisfactorio ni afortunado definir la culpabilidad como reprochabilidad. Claro está que la culpabilidad hace reprochable al sujeto; pero o bien el reproche se funda en algo subjetivo o bien no, y el reproche es entonces formulado desde afuera. En el primer caso, es evidente la razón que asiste a BINDING cuando dice que definir la culpabilidad como reprochabilidad importa un ὄσπερον πρότερον(4). Si el reproche está fundado en la existencia de algo, "la culpa está ahí antes de que el reproche sea hecho" (5) y el término "reprochabilidad" no nos dice en qué se funda. El reproche es un efecto de algo meramente aludido, pero no aclarado.

Pero, según decimos, el reproche puede ser formulado sin la pretensión de que su justicia solamente pueda derivar de aquella fuente subjetiva. Mejor dicho, la justicia puede no ser la única razón deter-

(4) BINDING, *Normen*, II, pág. 282 (nota 32, III).

(5) BINDING, *Normen*, II, pág. 275.

minante de las soluciones del derecho, que es una regulación externa, a cuya eficacia acaso sea razonable hacerle algunos sacrificios en nombre del orden y de la paz. Antes de tomar demasiado a la ligera esta última posición y rechazarla, es oportuno tener presente el principio secular según el cual se presume el conocimiento de la ley, y el consiguiente rechazo de toda excusa fundada en la ignorancia de Derecho. Es indudable el carácter externo y, por decir así, autoritario, de una imputación sorda a todo clamor de inocencia, solamente porque el afectado la funda en que ignoraba la existencia de una prohibición. Sin embargo, muchos son los que creen sumamente peligroso apartarse de aquella ficción jurídica sobre la cual ven fundada la heteronomía de todo el sistema jurídico.

Nos haremos cargo más adelante de los problemas que plantea esta segunda actitud; pero volvamos a la primera, porque con respecto a ella existen varios equívocos necesitados de aclaración.

A los que, siguiendo aquella enseñanza de BINDING, buscan la culpabilidad como un dato subjetivo real, se los ha llamado, según vimos, psicologistas (6).

5. *Equívoco psicologista.*

Comencemos por señalar que el rasgo fundamental de esa actitud, a lo menos desde nuestro punto de vista, consiste en exigir *el carácter subjetivo real* de una base sobre la cual se hace recaer el reproche. El acento va puesto, por tanto, sobre *su realidad*, entendiendo con ello oponer una valla o reparo a toda sustitución o escamoteo de esa realidad por una *presunción o una ficción de culpa*.

Esa exigencia de realidad y de subjetividad sumadas, lleva de la mano hasta la afirmación según la cual se trataría de algo psíquico. Esto último debe ser concedido, pero no sin ciertas reservas, porque lo psíquico es un campo vasto y misterioso cuyos fenómenos pueden presentar entre sí diferencias muy grandes. La inobservancia de esas variantes de parte de algunos críticos nos ha valido el reproche de inconsecuencia con la posición psicologista en la que se nos ha encajillado. El reproche proviene sobre todo de nuestra insistencia en que la culpabilidad, en su aspecto intelectual (7), contiene una doble referencia: por un lado, en el sujeto debe existir cierta referencia a hechos; por la otra, cierta referencia a normas y, por tanto, a valores. En una palabra, no nos parece exacto decir que la culpabilidad psíqui-

(6) FRÍAS CABALLERO hace derivar el psicologismo del positivismo atribuyéndonos así un parentesco que nunca nos fue imputado. Conf.: *Notas sobre la teoría normativa de la culpabilidad*, "La Ley", t. 65, pág. 845.

(7) Rogamos al lector sobreentender que prescindimos deliberadamente de lo que sigue del aspecto volitivo, para limitarnos al aspecto intelectual-representativo de la culpabilidad.

camente “conste de un solo elemento” (8) y este elemento se referiría exclusivamente al hecho externo como puro hecho. FRÍAS CABALLERO, más firme en la imputación de inconsecuencia, nos reprocha que no construyamos —como si ello fuere posible— los conceptos de error y de coacción de un modo puramente psicológico, pues, según su modo de ver, un psicólogo consecuente debe sostener que el error destruye el *elemento psicológico* de la representación. Para especificar con un ejemplo en qué consiste ésta, dice que en un caso de homicidio “quien mata, debe saber que mata a un hombre”. Es decir, la culpabilidad estaría dada por ese solo saber de una situación de hecho (9).

Esas observaciones provienen de que, según nuestra manera de ver, el sujeto, para ser culpable, debe tener conciencia no solamente de lo que esté pasando por su obra en el mundo externo, sino *del sentido* de ello, de su valor negativo. A este elemento se han opuesto varias objeciones: 1.º, la existencia de la llamada “culpa inconsciente”; 2.º, el carácter objetivo de la antijuridicidad; 3.º, la admisión del error de hecho como única forma de error excusante, y 4.º, el hecho de que la coacción no afectará los elementos psicológicos del dolo (10).

Las dos primeras reservas tienen poca razón de ser. La expresión “culpa inconsciente” pertenece a la doctrina, y puede ser inadecuada frente a un sistema estrictamente fundado en el principio *nulla poena sine culpa*. En todo caso, resulta equívoca, sea cual sea la doctrina, si es que con ella se quiere mencionar o postular una forma de culpabilidad estrictamente desprovista de todo subtrato reprochable. En cuanto a la afirmación según la cual el reconocimiento de un elemento normativo en la culpabilidad estaría en pugna con el carácter objetivo que se atribuye a la antijuridicidad (11), es manifiesto que la relación que media entre la ilicitud y su representación no es sino un caso más de la relación general sujeto-objeto. El carácter objetivo de las cosas y de los objetos ideales no comporta ni la imposibilidad de su reflejo o representación subjetiva ni la afirmación —por cierto, absurda— de su identidad con el objeto. Y lo mismo ocurre con los valores, cuya heteronomía no comporta para el sujeto ni un reconocimiento ni mucho menos un sometimiento. El individuo sigue siendo libre, aunque haya leyes naturales, principios

(8) Así, R. NÚÑEZ, *Bosquejo de la culpabilidad*, págs. XXIII y sigs. Introducción a la traducción de la obra de J. GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, Buenos Aires, De Palma, 1943. Sobre este trabajo, conf. ROBERTO A. M. TERÁN LOMAS, en “La Ley”, t. 37, pág. 924.

(9) J. FRÍAS CABALLERO, op., cit.

(10) R. NÚÑEZ, *La culpabilidad en el C. Penal*, Buenos Aires, De Palma, 1946, pág. 10 y sigs. La opinión de NÚÑEZ ha variado, al parecer, en este punto, aunque no con suficiente claridad, en *D. Penal Argentino*, ed. Omeba, t. II, página 21, esp. nota 25. FRÍAS CABALLERO, en op. cit.

(11) Así, NÚÑEZ, *La culpabilidad*, pág. 12.

lógicos y valores, y aunque él los conozca. Lo es incluso frente al imperativo categórico (12).

Todas esas objeciones son formuladas tomando más en cuenta las teorías generales que la ley positiva desde la cual nuestro desarrollo partía. Aquel discutido elemento no es traído de las nubes o del aire o de las teorías, como lo es, por ejemplo, la existencia de la "culpa inconsciente"; proviene directamente de una forma verbal propia de nuestra ley y, a nuestro juicio, muy afortunada. Nos referimos a la expresión "comprender la *criminalidad* del acto" (13).

Nuestro razonamiento era, en realidad, simple, si no es punible el que por ciertas causas, no ha podido "comprender la criminalidad del acto" y obrar sobre esa base, parece evidente que el culpable será el que obre no ya teniendo representaciones adecuadas de hechos externos, sino el que obre comprendiendo el sentido de su acción. La comprensión de la "criminalidad" del acto no es, pues, la comprensión de un hecho neutro al valor, como cuando tenemos el dato psíquico de que hace viento o de que llueve.. La presencia actual en la coincidencia de una vivencia, no deja de ser real por el hecho de que en vez de referirse a un dato natural y externo se refiera a una relación, a un concepto, a un valor, a una norma.

En síntesis, tan errado me parece querer construir nuestra teoría de la culpabilidad sobre un puro psicologismo como querer transformar la culpabilidad, que nuestro sistema hace consistir en la conciencia de la criminalidad y en la dirección de la acción, en un re-

(12) Conf.: NICOLAI HARTMANN, *Ethik*, parte III. El conocimiento es más bien una condición que un obstáculo a la afirmación de la libertad de los hechos.

(13) Se ha dicho que ciertos filósofos alemanes modernos darían cualquier cosa a cambio de que pudieran disponer de los dos verbos castellanos "ser" y "estar". Tal vez la donación no fuera tan importante de parte de los penalistas con respecto a la "criminalidad del acto"; pero algo recibiríamos en compensación del préstamo, a juzgar por el abandono del texto del § 51 del C. p. referente a la "libre determinación" (*freie Willensbestimmung*) que data ya de la reforma de 1933, seguida por los recientes proyectos, para adoptar una fórmula que tanto se parece a la nuestra: *das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln* (Proy. de 1960). Compárese: "comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones". Hasta la famosa "o" que algunos han repudiado como un error, es piadosamente recogida. Prácticamente, la teoría normativa es toda ella anterior a esa reforma. NÚÑEZ cree que M. E. MAYER funda muy bien este punto, y que nosotros al apartarnos de la concepción culturalista, nos quedamos sin fundar sistemáticamente la afirmación de que la culpabilidad penal presupone la vinculación subjetiva del autor con el orden jurídico, por lo que nuestro sistema presentaría en este punto "una solución de continuidad de carácter científico" (Conf. *La culpabilidad en el C. Penal*, pág. 13). Mientras no se trate de una solución de continuidad de carácter dogmático, el asunto no es grave. La ciencia es libre de exigir lo que le plazca; pero si el Código p. requiere que el sujeto tenga conciencia de la "criminalidad" del acto, parece obvio que se funda en una vinculación subjetiva, por lo demás, nada vaga ni "cultural", sino bastante precisa y concreta del orden normativo, con respecto al cual la criminalidad del acto queda constituida. La construcción de M. E. MAYER es muy anterior a 1933.

proche formulado desde fuera, sin aclarar que éste se funda en la existencia de aquella realidad subjetiva.

6. Formas posibles de ciertas regulaciones jurídicas.

Por eso me parece equivocado mantener frente a nuestro derecho contraposiciones doctrinarias sobre cuya pertinencia con respecto al derecho alemán no nos compete abrir juicio (14). Es muy equívoco decir que el psicologismo comienza por asignar a la culpabilidad un "fundamento naturalista" (15). En realidad la expresión tiene poco sentido. Para advertir su significado posible, tomemos como ejemplo la regulación civil de la capacidad por razón de la edad. La ley podría allí adoptar dos sistemas: el de fijar un límite cuantitativo firme o el de guiarse por la capacidad real del sujeto. Son numerosas las razones en pro del primer sistema, derivadas, sobre todo, de la consideración de la seguridad de los actos jurídicos. Claro está que, técnicamente, ese procedimiento consiste en crear presunciones de capacidad e incapacidad que pueden no coincidir con los hechos. Si se adoptara el segundo de esos criterios, no obstante, sus patentes inconvenientes, podremos decir que la ley ha adoptado un sistema "naturalista", solamente en el sentido de que en todo acto jurídico ha eliminado el juego de presunciones niveladoras fundadas en la edad de los otorgantes: si un joven de diecinueve años es muy despejado, sus actos jurídicos valdrán como tales; y si un hombre de veinticinco años sigue siendo psíquicamente un niño, sus actos serán nulos. La ley, en tal caso, se funda en la real existencia de un cierto grado de desarrollo psíquico. Tal sistema podrá ser llamado "realista", por oposición a "ficticio"; pero no será correcto llamarlo "naturalista" por oposición a "jurídico", porque es un sistema tan jurídico como el otro, sólo que regula mal, crea muchos más pleitos y conflictos; ve las cosas por un solo lado, acaso con el buen propósito de que ningún capaz sea desconocido por el derecho y ningún incapaz sea abandonado a su suerte. El sistema será malo, pero no por ser naturalista o psicologista siquiera, sino por no hacerse cargo de ciertos factores sociales tan dignos de consideración como los de respeto a la personalidad humana, a los cuales se acordó un reconocimiento excesivo y excluyente.

La designación del otro sistema como "normativo" es acaso menos impropia en sí; pero tampoco resultaría exacta, porque el carácter

(14) Debemos señalar que FRANK, en el *Kommentar*, pág. 136, al tratar este tema y exponer su famosa doctrina, por dos veces se refiere a la relación que ella guarda con el lenguaje del código alemán, y recomienda la conveniencia de seguir la terminología de éste. En este punto, estermillante MAURACH, I, página 292: "FRANK en sus investigaciones, parte del derecho positivo. Con la ley en la mano, prueba..."

(15) Así FRÍAS CABALLERO, en op. cit., segunda parte.

específico de aquél no finca en componerse de normas, característica que no se concibe cómo puede ser eludida por sistema jurídico alguno, sino en admitir presunciones de validez y de invalidez de ciertos casos.

Hemos tomado este ejemplo, porque sus extremos resultan bastante ajustados al problema de la culpabilidad.

Aun cuando tenemos la impresión de que no se han medido los aspectos o implicancias políticas de las dos teorías, no sería leal trazar una línea divisoria demasiado tajante en materia de culpabilidad y adjudicar a la tendencia normativista el papel de traidor al principio *nulla poena sine culpa*. Hasta en cierto sentido es justo reconocer, a lo menos en algunos autores, que el empeño que los guía en una construcción tan laboriosa, proviene del deseo de facilitar no ya la condena de inocentes, sino más bien y por el contrario, del de impedir cualquier condena que resulte injusta en el caso individual. Es una característica de la doctrina normativa la admisión de la llamada "no exigibilidad de otra conducta" como fundamento para cancelar todo reproche y, por tanto, toda culpa. Los ejemplos del palafrenero y de la partera son aducidos para mostrar que la no exigibilidad absuelve a los imputados.

La teoría, sin embargo, se presenta con un grado de generalidad acaso no justificado por los magros frutos que produce, y aún acaso sea justo imputar a sus propugnadores un error que consiste en crear el peligro de regular equivocadamente la inmensa mayoría de los casos, para prevenir la posibilidad de resolver de modo inconveniente un caso muy excepcional.

Mantengámonos aún dentro del derecho argentino. Ya hemos dicho que una de las bases de las impugnaciones hechas a nuestra exposición consiste en aducir la invalidez del error de derecho como excusa. Lo hace NÚÑEZ y, desde luego, el argumento es fuerte para sostener que la culpabilidad no consiste "en comprender la criminalidad del acto y dirigir, no obstante ello, la acción". Pero en seguida se advertirá que la objeción es demasiado buena. Tan buena es, que ante ella uno se olvida de que aquella fórmula verbal no fue traída del aire, sino encontrada en el propio texto del artículo 34.

7.º *La culpabilidad y las causas que la excluyen.*

Pero ¿qué se puede legítimamente deducir de la referencia del artículo 34, 1.º al error *de hecho*? ¿Es exacto concluir de esto que para inculpar a un sujeto bastará que conozca hechos externos, con prescindencia de toda valoración de parte de él? En seguida advertiremos el error dogmático de semejante conclusión. La disposición de la ley sobre la que debíamos construir nuestra doctrina presenta una forma un poco complicada, que podemos reducir a esquema. Dice así: no es punible el que, por *a, b, c, d*, no pudo comprender la criminalidad de su acto. Si se observa el contenido de *a, b, c, d*, resulta que se trata

siempre de circunstancias cuyo efecto más notorio consiste en quitar la comprensión del sentido recto de las cosas. No parecerá, pues, demasiado arbitrario afirmar que la culpabilidad consiste *en esa comprensión*.

Sin embargo, en tal conclusión positiva se desliza un error, fuerza es reconocerlo. Se trata de un error marginal o residual; pero no por ello menos existente. Proviene de lo siguiente: las circunstancias *a*, *b*, *c* y *d* son de tal naturaleza que, cuando concurren, casi siempre tienen por efecto realmente alterar la comprensión del sentido o del valor del hecho. Pero sucede que la inversa no es igualmente exacta; es decir, hay *otros casos* en los cuales aquella comprensión está alterada y, sin embargo, no están enumerados. Mejor dicho: no se trata propiamente de otros casos, sino de uno de los casos enumerados, el de error, que es dividido por dos, y reconocida como operante sólo una de esas mitades. Se distinga el error en error de hecho y de derecho, y solamente se acuerda eficacia exculpante al primero.

Esta circunstancia coloca a toda reconstrucción dogmática de la ley argentina ante una opción: o bien se afirma que la culpabilidad consiste en comprender "la criminalidad" del acto o bien que consiste en comprender solamente los hechos como tales.

Veamos ahora los inconvenientes o defectos de cada uno de esos criterios. El primero, desde luego, ya lo hemos señalado, comporta una generalización que no se cumple totalmente. Para esta posición, el texto de la ley acusaría aquí algún defecto, pues mientras por una parte parece hacer depender la imposición de una pena de la circunstancia de que el sujeto haya comprendido la criminalidad de su acto, por la otra, al crear la excepción de la excepción, hace posible que en ciertos casos sea punible un sujeto que de hecho no comprendió: el error siempre priva de la comprensión de la criminalidad del acto; pero solamente excusa cuando es de hecho.

Aquí es donde el segundo criterio puede hacer pie. Sin embargo, no le será fácil definir la culpabilidad prescindiendo de la recordada expresión de la ley que evidentemente se refiere a un núcleo psíquico-espiritual como base o sustento de la pena cuya imposición depende de la existencia de aquél. La dificultad provendrá de que cuando el sujeto "ha comprendido la criminalidad del acto" será responsable, aunque hayan mediado las circunstancias *a*, *b*, *c* y *d*, porque esas causas valen como excusas solamente en cuanto determinan aquel resultado. En consecuencia, la razón suficiente para la excusa, no proviene directamente ni de la alteración morbosa de las facultades ni de la inconsciencia, como ocurre con la fórmula psiquiátrica pura, sino de que esas causas determinen el señalado efecto. Y con el error pasa lo mismo. Por tanto, circunscribiéndonos a este último, no es correcto del todo decir que el error de hecho es causa de inculpabilidad. Para ser exactos, es preciso decir: "El error de hecho que privó de la comprensión de la criminalidad". Aquí es donde se advierte que deducir de la distinción error de hecho y de derecho que la culpabilidad debe construir-

se sobre un elemento psíquico neutro, sin valoración, es equivocado, y que no obstante la valuación diferente hecha por la ley del uno y del otro error, lo que decide, en todo caso, no es el error mismo, sino el efecto que él produce.

En consecuencia, la culpabilidad en su aspecto intelectual-representativo no puede consistir en la sola existencia de referencias psíquicas adecuadas con respecto a hechos del mundo externo, sino que éstas sólo son una base sobre la cual es necesario agregar un elemento valorativo de procedencia normativa, elemento del cual deriva el conocimiento no ya del hecho, sino de su "criminalidad".

Del rechazo del error de derecho como excusa no es acertado, en último extremo, deducir que la culpabilidad psíquicamente se compone de representaciones de hechos, pues el vicio de éstas solamente es eficaz cuando altera la comprensión de la "criminalidad".

Hemos encontrado, pues, en la ley argentina, textos que crean un conflicto en la tarea de fijar el concepto de la culpabilidad. El análisis precedente muestra, sin embargo, que ninguna causal enumerada es eficaz si ella no produce en la conciencia del sujeto un cierto estado, diremos, de ceguera valorativa. La impunidad exige, pues, *en todo caso*, la presencia positiva de esa deficiencia. Este aspecto de la ley parece, pues, empujarnos al siguiente razonamiento: si la impunidad exige siempre que el sujeto no haya comprendido la "criminalidad", la culpabilidad, que tras de sí acarrea la pena consistiría en haberla comprendido.

Pues bien, aquí la ley nos habría jugado una pequeña treta, porque hay una excepción que hacer, precisamente la del error de derecho. Llegados a este punto, el problema debe ya ser formulado dentro de los términos de opción a que veníamos refiriéndonos. ¿Será justo negar que la culpabilidad consiste en el conocimiento de la criminalidad del acto por el hecho de que, si bien es cierto que hay culpabilidad siempre que tal conocimiento existe, la inversa no es invariablemente exacta, pues hay casos excepcionales en los cuales, a pesar de no existir ese conocimiento, el sujeto puede ser punible? (16).

8. *La definición de la culpabilidad y el error de derecho.*

Pues bien, puestos en la necesidad de enunciar el concepto genérico de culpabilidad sobre la base de la regla negativa, que no reconoce excepción alguna, o sobre la base de la regla positiva que reconoce como posible una excepción, nosotros optamos por el primer procedimiento, dispuestos a lamentar la excepción, después de reconocerla con bastante desgana.

(16) El argumento lo hace también H. MAYER, *Strafrecht*, § 39 con respecto al D. alemán, en contra de la doctrina dominante (ver la nota 14 del citado párrafo). A nuestro juicio, el texto del C. alemán y del C. argentino fundan construcciones diferentes. La importancia decisiva del tema del error de derecho en este punto es manifiesta. Conf. WELZEL, § 22, II.

Nos atenuaba el disgusto, sin embargo, encontrarnos en buena compañía en ese desgano, y además, el hecho de que muchos juristas desde antiguo hubieran consagrado los más refinados argumentos de su ingenio a reducir esa excepción a límites mínimos y casi inofensivos inoperantes o muy extraordinarios.

En efecto, es cierto que las leyes penales suelen mencionar como excusante solamente el error de hecho; pero sería equivocado deducir de ello que de este modo se ha dividido al error en dos partes iguales. Desde luego, ello no es así, en cuanto se considera el número de casos posibles; pero deseamos destacar los esfuerzos doctrinarios hechos para demostrar o bien que *todos* los casos son de error de hecho o bien que una gran cantidad de errores pretendidamente de derecho son, conceptual y jurídicamente, aun para las leyes que hacen la distinción, verdaderos y propios errores de hecho. Sin tomar en cuenta la primera de esas tesis, sostenida por FINGER, evidentemente inadecuada para una ley como la nuestra, ha sido amplísimo el favor alcanzado por las construcciones sobre la base de distinguir el error de derecho, según se trate de derecho penal o de derecho no penal, para reducir cualquier error de esta última clase a error de *hecho*, engrosando así los alcances de la excusa. Nosotros hemos sostenido que esa distinción es inexacta, y nos hemos inclinado a distinguir el error de derecho según cayera o no sobre elementos de la figura, en cuyo caso es evidente que de él deriva impunidad, tanto si se trata de un error de derecho penal como de derecho no penal (17).

Queda así reducido el error no reconocido como excusante al que la doctrina moderna ha llamado error de prohibición, es decir, el que versa sobre la existencia misma de la ley penal, y éste, para ser fundado e inocente, debe reunir, en efecto, condiciones bien poco comunes, si se incluye entre ellas el deber elemental de diligencia que incumbe a todo hombre como ser estrictamente social, partícipe de un sistema general de valores (18).

En consecuencia, si bien es cierta la posibilidad de algún caso en el cual el sujeto no tuviera conciencia de la criminalidad del acto y, a pesar de ello, la ley lo considere punible, esa posibilidad resulta remotísima; primero, porque las infracciones de cierta gravedad comportan siempre una violación bastante grosera de preceptos primarios de conducta social y ética, y en segundo lugar, porque cuando se trata de infracciones menores debe, además, computarse como fuente de culpabilidad, la falta de cuidado que importa desarrollar actividades sociales, manteniendo al mismo tiempo una actitud de indiferencia acerca de las regulaciones que se deben observar, actitud esta última que también puede ser objeto de reproche.

(17) Conf. n. trabajo en homenaje a EDUARDO J. COUTURE, publicado en la Revista del C. Estudiantes de Derecho de Montevideo, 1958.

(18) H. MAYER, para fundar la culpabilidad en este último caso, invoca el conocido pasaje de ARISTÓTELES en la *Ética a Nicomaco*, III, 1, 1110 b. Conferencia *Strafrecht*, § 39, núm. 19.

9. *Diferentes contenidos psíquicos.*

La circunstancia de que la culpabilidad esté asentada sobre el conocimiento de la criminalidad, esto es, que contenga según decimos, un elemento valorativo de procedencia normativa, no nos autoriza a definirla como reprochabilidad. Lo que con aquello se quiere decir es que aquel conocimiento debe ser algo actual, real. Claro está que se trata de una realidad *psíquica*, pero hay muy diferentes realidades psíquicas, desde la sensación de un color hasta, por ejemplo, el concepto espinociano de esencia actual, de cuya realidad psíquica en el momento en que Spinoza lo definía no cabe dudar, a pesar de que los materiales de que se componía no provenían ciertamente del mundo de las representaciones externas. En el caso de la culpabilidad, esa realidad psíquica se compone del conocimiento de hechos y de la actual aprehensión de valores. No vemos la razón para que se nos quiera compelear a expulsar el elemento valorativo de la culpabilidad, so pena de considerarnos infieles al psicologismo (19), como si un acto concreto de valoración no fuese un acto psíquico, independiente de su validez objetiva, así como los pensamientos son psíquicamente reales, independientemente de la verdad que contengan.

Desde que CARRARA nos enseñó que el delito *no es un hecho*, sino una *infracción*, para nosotros es imposible ver subjetivamente el delito como la actual conciencia *de una cosa*; es la conciencia de una *relación*. Llamar psicologismo a ese enfoque conlleva un equívoco, porque la "criminalidad" en que esa relación consiste, se compone, como toda relación, cuando menos, de dos términos. Uno de esos términos puede provenir del mundo físico; pero el otro no proviene ni del mundo físico *ni del mundo psíquico*. El mundo en el cual nacen e imperan ciertos enunciados como "honeste vivere", "alterum non laedere"; el mundo del cual proceden los valores que al tocar una cosa la transforman en un bien, ese mundo en el cual las acciones humanas no son concebidas en su facticidad consumada, sino en su SOLLEN, no es ciertamente un mundo psíquico, aun cuando sólo la existencia de un mundo psíquico lo haga posible o lo revele (20).

Ese estrato óptico al cual pertenecen las normas jurídicas no es, ciertamente, el estrato de lo psíquico. La concepción del derecho como algo psíquico es uno de los errados presupuestos de la escuela de la exégesis (21), en cierto sentido, difícilmente justificable después de KANT, de HEGEL y de SAVIGNY. El carácter heterónomo de las normas jurídicas y de los valores que ellas sustentan con relación a los desti-

(19) Así, FRÍAS CABALLERO, en op. cit.

(20) No tenemos reparos en confesar nuestra franca simpatía por la ontología estratificada de N. HARTMANN.

(21) Especialmente patente en la teoría de la interpretación que concibe esta tarea como la de descubrir la voluntad del legislador; en repensar lo que éste realmente pensó. RADBRUCH: *Nachdenken eines Vorgesetzten*, en *Arten der Interpretation*, "Recueil d'Etudes sur les Sources de Droit en l'honneur de François Géný", t. II, p. 217.

natarios, la historia laboriosa del progreso o crecimiento de la mayoría de los más valiosos preceptos del derecho actual, nos muestran con suficiente claridad que el derecho pertenece a ese mundo de creaciones que en conjunto se ha llamado cultura o espíritu objetivo, que presupone una naturaleza física y biológica y un psiquismo; pero que en modo alguno se identifica con tales estratos. La relación que el delito supone no es una relación entre dos cosas físicas o dos cosas psíquicas, o entre una cosa física y otra psíquica; el segundo término de esa relación consiste en una referencia a ese mundo espiritual en el que hay normas y valores, no como pensamientos actuales, sino como instancias ante las cuales las acciones y los pensamientos concretos son adecuados o disonantes.

HUSSERL ha mostrado la relación condicionante que media entre valores y normas, y que todo enunciado normativo presupone o afirma tácitamente un valor. Como consecuencia de ello, si para fundar el reproche en que se dice consistir la culpabilidad nos parecía indispensable la existencia de algo que "estuviera ahí antes de que el reproche sea hecho", según lo exige BINDING, esa realidad subjetiva deberá ser, algo así como el reverso de la valoración debida. En castellano, lo opuesto a valoración es *menos-precio* o *des-precio*

10. La referencia psíquica a normas y valores.

En este punto —se observará— existe, en principio, cierto acercamiento con el criterio expuesto por JAMES GOLDSCHMIDT (22). Para éste, la existencia de aquella realidad subjetiva es tan imperiosamente requerida que, para acordarle realidad, afirma como característica de todo sistema jurídico la de constar de un doble elenco de normas, ya que además de las normas que externamente rigen las acciones desde fuera existiría otro complejo de "normas de deber" que las regulan desde adentro (23). Aparentemente, ese criterio es semejante al que hemos expuesto y hasta parecería lícito colgarle a GOLDSCHMIDT el mote psicologista, con el significado de realista o subjetivista que hemos admitido como exacto para definir nuestro punto de vista. Sin embargo, con relación a ese desdoblamiento del sistema normativo, cabe observar que o bien la norma de deber constituye una exacta duplicación subjetiva de la norma externa; o bien existe entre ambas normas una diferencia. Desde luego, tendría poco sentido aquel desdoblamiento si condujera al resultado de una perfecta identidad y, en efecto, lo característico del pensamiento de GOLDSCHMIDT consiste en afirmar que la "norma jurídica de acción y la norma de deber se diferencian, no sólo porque aquélla se refiere a la conducta exterior, a la causalidad, y ésta, la del deber, a la conducta interior, a la motivación, sino que ellas

(22) J. GOLDSCHMIDT, *La concepción normativa de la culpabilidad*, traducción de Margarethe Goldschmidt y R. Núñez, Buenos Aires, De Palma, 1943, Conf. sobre este trabajo, R. A. M. TERÁN LOMAS, "La Ley", t. 37, pág. 925.

(23) J. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 19 y sigs.

se diferencian también, en relación a su contenido, bajo otros aspectos" (24). Es la admisión de una diferencia de contenido lo que situará a GOLDSCHMIDT entre los partidarios de la concepción normativa, pues los casos en los que tal desequilibrio existe serán, en definitiva, los que responden a las llamadas causas de no exigibilidad de otra conducta (25).

El punto de donde parte la disidencia doctrinaria es el de la admisión de una diferencia de contenido entre la norma jurídica que divide los campos de lo lícito y lo ilícito *erga omnes*, y el principio subjetivo determinante de la conducta efectivamente seguida por un individuo en un caso dado. Si entre ambos principios existe diferencia de contenido, es manifiesto que en la parte en que no coinciden, la llamada norma de deber resulta decisiva, es decir, autónoma, y con ello se quita al derecho objetivo el carácter de regulador irrecusable para los individuos. Se cae así en último término, en una reedición de la teoría de los derechos subjetivos anteriores al derecho e independientes de éste, es decir, en un conjunto de "derechos" extrajurídicos.

Esa duplicación de las normas en dos grupos, unas que mandan a todos y otras que facultan a cada uno para no hacer caso de las primeras, no solamente resulta una inadmisibile teoría general del derecho, sino que termina siendo impotente para explicar el carácter heterónomo y obligante de las normas del derecho frente a sus destinatarios.

Para nuestro modo de ver, la culpabilidad consiste siempre en una respuesta, en una actitud ante cierta exigencia extrasubjetiva. Quien plantea la pregunta o apremia con una exigencia no es el sujeto mismo, sino una instancia externa a él. La norma de deber y la norma de conducta son la misma.

11. *El normativismo y los grados de culpabilidad.*

Esta heteronomía de los valores jurídicos, no solamente vale en cuanto a la demarcación del límite divisorio entre valor y disvalor, entre lo positivo y lo negativo, entre lo lícito y lo ilícito, sino que, a nuestro juicio, vale también para señalar grados o escalones de valoración. El tema de la "gravedad de la culpa" aparece en el primer trabajo de FRANK como directamente influyente en la construcción de la tesis normativista.

Para FRANK, la culpabilidad es integrada también por las "circunstancias concomitantes" y son éstas precisamente las que van a determinar la mayor o menor gravedad de la pena. Importa señalar que

(24) J. GOLDSCHMIDT, op. cit., loc. cit.

(25) No interesa aquí que la admisión de aquel desequilibrio lleve a GOLDSCHMIDT a la admisión de culpabilidad sin entuerto (*Unrecht*) además, desde luego, de entuerto sin culpabilidad. Conf. en c., MEZGER, § 34, I. Según H. MAYER, es imposible aceptar la doctrina normativa sin verse obligado a aceptar también las causas de no exigibilidad como causas supralegales de exclusión de culpabilidad. Conf. *Strafrecht*, § 31, IV, 2.

según su modo de ver la agravación penal deriva de un mayor grado de culpabilidad.

Para nuestro modo de ver, en cambio, la culpabilidad consiste siempre en saber lo que se hace y en hacer lo que se quiere, y que en esto, salvo alguna diferencia de capacidad, no hay ni puede haber grados o valores: o existe o no existe; y si existe, no hay que sorprenderse de los distintos grados de la pena correspondiente, ya que ésta guarda siempre una relación valorativa y, por tanto, graduable, objetiva e impersonal; relación abarcante del hecho y de sus circunstancias. Esas circunstancias, aún cuando se refieran al sujeto, son tan *erga omnes* como cualquier otra. Tomando el ejemplo de FRANK, no diríamos que cuando hay de por medio "mujeres y vino" la culpa es más grave, sino que lo es el hecho. Por muchas mujeres que pongamos en el automóvil en que un grupo anda de parranda y por mucho vino inspirador que concedamos a sus ocupantes, no podremos pasar del nivel de la responsabilidad culposa, si no podemos discernir la realidad de cierto núcleo central constitutivo del dolo. La existencia y la forma de la culpabilidad son umbrales. Colocar las formas de la culpabilidad en el mismo nivel de las "circunstancias concomitantes", importa reunir cosas heterogéneas, dar como subjetivo lo objetivo y transformar la naturaleza de la realidad que se trata de describir, esto es, tomar como un problema de valoración algo que es un problema ontológico.

FRANK, para confirmar sus asertos se remite varias veces al dictamen del sentido común.

Hagámoslo también nosotros, y tomemos para ello el delito de homicidio simple. Las escalas de gravedad van de seis meses a veinticinco años de prisión. Para recorrer esa distancia, sin embargo, las circunstancias concomitantes no son nunca concluyentes, a pesar de que todos los hechos las tienen siempre. La posibilidad de ese recorrido, depende, en cambio, de la existencia de dolo o de culpa (26), elementos que a diferencia de las circunstancias, son siempre recíprocamente excluyentes. Cuando hay dolo, no hay circunstancias capaces de llevar la pena por debajo de ocho años; inversamente, cuando hay culpa, es imposible ir más allá de dos. ¿Es correcto, pues, colocar el dolo, la culpa y las circunstancias concomitantes en el mismo plano? El error es parecido al de definir un automóvil como un sistema de ruedas mecánicamente movidas y además azul, negro, rojo, verde o sin pintura alguna.

Para apoyar el concepto cuantitativo de la culpabilidad, FRANK invoca el hecho de que el Código penal alemán lo reconocería. En tal sentido cita los §§ 248 a y 264 a (27). Llama la atención que para buscar un apoyo se haya debido apelar a figuras penales de pequeña gravedad. Se trata de figuras de petardismo. La apelación a ese argumento parece más bien adecuada para probar que la gravedad de la pena

(26) No cambia los términos del problema la posibilidad de trazar tres niveles subjetivos de gravedad en vez de dos (*dolus, luxuria, culpa*), según algunos lo han postulado. En c., BINDING, *Normen*, 2, pág. 450 y sigs.; H. MAYER, § 37.

(27) FRANK, *Kommentar*, pág. 137.

proviene allí de una valoración objetiva, absolutamente igual a la de cualquier otra figura. La ley, para crear un tipo delictivo, además de apelar a un verbo (el nombre de la acción) se sirve de los datos más variables: datos del mundo circundante (en el mar, en descampado) de la ocasión (de noche, durante el nacimiento), del psiquismo de alguien (engañado, alarma), del psiquismo del sujeto (en estado de emoción, apremiado por la necesidad). Estos datos subjetivos codeterminan niveles de gravedad de la figura; pero allí obran como cualquier otro elemento de ella.

Las valoraciones que van marcando distintos niveles penales están implícitamente contenidas en esas descripciones: "matar a otro" es siempre, en principio, más grave que "apoderarse de una cosa mueble"; "matar por precio" es *objetivamente* más grave que "matar", aunque "por precio" sea un dato psíquico tomado del sujeto que mata.

La función cumplida, según vemos, por los elementos constitutivos de las figuras, que al agregarse a la figura básica van determinando escalas penales diferentes, es muy semejante a la que cumplen las circunstancias concomitantes dentro de cada escala penal especial, sea básica, calificada o privilegiada. Y ello es así, tanto si la circunstancia concomitante es objetiva como si ella es subjetiva: siempre agrava el hecho concreto dentro de los límites de la figura correspondiente a una escala penal específica y lo hace determinando una valoración jurídica objetiva e impersonal.

Sólo la presentación sistemática de las circunstancias concomitantes como parte de la figura explica la posibilidad de gradaciones valorativas que llegan a ser, en ciertos casos, considerablemente delicadas. Desde este ángulo, resalta mucho la diferente función cumplida por esas circunstancias y la cumplida por las *dos* formas que asume invariable y fatalmente la culpabilidad. Estas dos, lejos de determinar una gradación insensible, trazan largas cesuras entre una escala y otra, según el hecho sea cometido dolosa o culposamente.

12. *El psicologismo de los normativistas.*

Me parece que la concepción normativista puede proceder de esa forma y colocar el dolo, la culpa y las circunstancias dentro del mismo nivel, para definir luego la culpabilidad como reprochabilidad, porque previamente ha acordado a aquellos elementos un sentido puramente psíquico y fáctico, neutro al valor (28). Como si dijéramos que en vez de incurrir en psicologismo al final, incurriera en él al comienzo de la construcción.

En este punto es evidente que el genio de la lengua ha jugado alguna treta. Si los latinos en vez de hablar de *dolo* habláramos —como se hacía antes— de *intención*, posiblemente habríamos seguido caminos semejantes a los de los alemanes. Estos pueden tomar la expresión *Vorsatz* en un sentido puramente psíquico equivalente al que nosotros

(28) Expresamente, WELZEL, § 8, II y § 13.

acordamos a la palabra intención. "Intención" es también un hecho, un puro hecho psíquico incoloro. Cuando los alemanes hablan de un concepto *natural* de *Vorsatz*, entran en un desvío lleno de complicaciones y de equívocos (29). La sola presentación de ese planteamiento trae implícito un error gnoseológico poco explicable, al suponer que la teoría jurídica maneja *dos clases* de conceptos: la una compuesta de conceptos jurídicos y la otra de conceptos naturales. Dentro de esta última clase quedaría situado precisamente uno de los conceptos sobre los cuales el derecho funda sus más graves determinaciones; verdaderas determinaciones de vida o muerte. BELING enseñó, por el contrario y correctamente, que en derecho todos los conceptos están tejidos sobre un hilado normativo y que hasta el más modesto y ocasional de esos conceptos va siempre teñido de un sentido específicamente jurídico (30). Y si esto ocurre con respecto a conceptos de modesta entidad es directamente inadmisibles que el derecho delegue la función de acuñar sus propios conceptos precisamente al colocar las piezas fundamentales de su sistema.

La doctrina normativista coloca todo el énfasis jurídico en el concepto de "reprochabilidad" y por eso ha dado pie a la famosa paradoja de que ella saca la culpa de la cabeza del reo para colocarla en la cabeza del juez. Los normativistas se defienden ante esta censura y pueden hacerlo sólo porque *antes* de formular el reproche al reo habían colocado en su cabeza nada menos que la "intención". Y resulta realmente curioso que se empeñen en aclarar que esa "intención" de que hablan es un concepto natural.

Podrían responder incluso a la demanda de BINDING y decir que de manera alguna formulan ellos como culpabilidad un reproche infundado, puesto que en la psiquis del sujeto preexistía al reproche una intención o una imprudencia que al coexistir, cualquiera de ellos, con la libertad hace reprochable el entuerto cometido.

Lo que, por desgracia, complica las cosas y torna la respuesta inexacta, es precisamente el psicologismo naturalista que allí se ha infiltrado, en el concepto de "dolo natural" o "concepto natural" de dolo. Estas expresiones contienen un error doble, porque al mismo tiempo infringen principios de gnoseología jurídica y de derecho penal.

Así como resulta una expresión vacía hablar de un "concepto natural de hipoteca", o de una "hipoteca natural", o de un "concepto natural de pagaré", carece de sentido hablar de "dolo natural". Lo que hay en la realidad, psíquica o no psíquica, son centros a los cuales los conceptos jurídicos apuntan, haciéndolo en un sentido muy específico y particular, porque la sola afirmación de que algo es dado, o existente, o real, o natural se alcanza siempre y necesariamente a través de una transformación, a veces considerablemente

(29) Es típica en tal sentido la construcción de FRANK en *Über den Aufbau*, y de WELZEL, loc. cit.

(30) Sobre este problema, Conf. SOLER, *Ley, historia y libertad*. Abelledo-Perrot, Buenos Aires, 1957, § 14.

profunda, de ese "dato natural". Los "datos naturales" alcanzan existencia jurídica solamente a costa de transformarse en "hechos típicos" (31).

Cuando decimos que el derecho transforma esa realidad, usamos un lenguaje aproximativo solamente, porque el proceso realmente consiste en que el derecho va, por decirlo así, *decretando al ser*. Tiene un ser para su uso particular. Dice, por ejemplo: "esto es un inmueble", "este es un sujeto capaz", "esto es consentir" y mientras dicta estos decretos, va sucesivamente señalando un buque, un papanatas de veintitrés años, un sujeto que guarda un terco silencio. En esa tarea desatiende todas las protestas "naturalistas". Le claman que está en un error, y con protestas le muestran que el buque se mueve, que el papanatas no entiende nada y que el terco no habla. Pero el derecho sigue imperturbable y frente a todos estos naturalistas, piensa "yo sé lo que me digo", así como Don Quijote dice: "yo se quién soy" ante las burlas de los curas y de los barberos naturalistas (32). También aquél tiene su mundo, y ante la miseria de las cosas humanas es una especie de Quijote del deber moral, de lo que debe ser, de un mundo ideal.

13. *Dolus y Vorsatz*.

Esta deformación naturalista impresa por el normativismo a una de las expresiones más cargadas de sentido jurídico, más embebidas de valoración, resulta muy improbable cuando se piensa en los términos latinos *dolus - culpa*.

A diferencia de la teoría jurídica alemana que toma del lenguaje vulgar el término *Vorsatz* y construye sobre esa base su doctrina del elemento subjetivo, en las lenguas latinas la expresión *dolus* ha sido por el vulgo tomada del derecho, y mantiene el sentido peyorativo, es decir, de valoración negativa ínsita en ella. Entre las palabras "intención" y "dolo", suponiendo que se superpusieran en sus alcances, mediaría siempre una diferencia de calidad. El concepto de intención puede ser valorativamente incoloro; el de dolo, en cambio, no lo es nunca. Del cazador podemos decir que tenía la *intención* de matar al ciervo; pero es imposible que sepamos si estaba o no en dolo mientras no sepamos si era o no un cazador furtivo.

Nuestra doctrina del "dolo" difícilmente podrá enredarse en los trabalenguas a que necesariamente conducía el atormentado (59 del

(31) TULLIO ASCARELLI llama a ese proceso *reconstrucción tipológica de la realidad*. Conf. *Problemi giuridice*, ed. Giuffrè. Milano, 1959, t. I, estudio III, *Norma giurica e realtà sociale*, pág. 72.

(32) Esto es lo que constituye el sentido técnico de las expresiones jurídicas; éstas siempre dicen lo que el derecho *quiere* que signifiquen. Es típica en tal sentido, la expresión "alteración morbosa". Hasta algunos médicos han advertido y señalan la insuficiencia *jurídica* del concepto *biológico* de enfermedad, procurando remediarla mediante aportes socio-jurídicos. Conf. BLEUIER, *Tratado de psiquiatría*, pág. 131 y sigs.

Código Penal alemán y las expresiones *Vorsatz* (intención) *Tatums-tände* (circunstancia de hecho) y *Tatbestand* (delito-tipo) que allí se contienen. Allí, en efecto, *no se dice* que el dolo desaparezca cuando el sujeto “por error no comprendió la criminalidad del acto”, sino cuando no “conoció las circunstancias de hecho correspondientes al delito-tipo”. Es muy diferente conocer circunstancias de hecho y conocer la criminalidad. No diré que a la dogmática alemana el 59 le imponía un concepto naturalista del dolo, pero sí es patente que “conocer circunstancias de hecho” es, a su vez, un hecho psíquico neutro y que por esto los alemanes *pueden* hablar de un concepto natural de *Vorsatz*, cosa que para nosotros la tradición, el lenguaje y el Código Penal nos prohíben, cuando tratamos de construir el tema de la culpabilidad.

Y la expresión dolo es tan rica de sentido propio y específico que no consiente en ser desarticulada como equivalente a *intención + entuerto*, de manera que por esa vía podamos “germanizar” nuestra doctrina y hablar también nosotros de un “dolo natural” (*¡horribile dictu!*). Y no podemos practicar esa disección del concepto de dolo, porque al hacerlo lo empobrecemos, acaso sin querer; porque el dolo, *a parte subjecto*, presenta no sólo la forma intencional. En la doctrina tradicional, el dolo se da tanto en la *intentio* como en el *animus* (33), y esta distinción corresponde efectivamente a formas subjetivas que mal podrían individualizarse como un solo y mismo fenómeno psíquico.

Además por si ello no bastara, ya dijimos que la expresión “dolo” con lleva una tonalidad peyorativa, de modo que desde el comienzo el *animus* o la *intentio* ya están *in malam partem*, calidad que no es ciertamente explicable como algo puramente psíquico. La psicología comprueba realidades psíquicas; la valoración de éstas presupone siempre otro plano o instancia referencial. Sin ética y sin derecho, puede haber intenciones; pero no *malas* intenciones. La expresión *Vorsatz* no presupone la existencia de una valoración normativa; la expresión *dolo*, sí. Bien o mal, del concepto natural de *Vorsatz* (de intención) puede hablarse; el concepto natural del dolo, en cambio, encierra una *contradictio in adjecto*. Sencillamente no lo hay, y aun es imposible que lo haya, como ocurre con muchos otros conceptos, como el de hipoteca, que nacieron como conceptos jurídicos originarios. Cuando el derecho tomó un concepto de la naturaleza para manejarlo jurídicamente, existe la posibilidad de hablar de un concepto natural y de uno jurídico, y aun la de que ambos se parezcan mucho. Un árbol natural y un árbol jurídico se parecen bastante, aunque ciertamente no son lo mismo, ya que la ley es muy capaz de transformar en árbol a un modesto arbusto y hasta a una trepadora. Pero cuando el concepto cobra existencia en el derecho mismo y por decirlo así,

(33) Sobre *animus* e *intentio* como formas del dolo, conf. CARRARA, *Programma*, § 69, 3218, 3369 y sigs.

se divulga después y se generaliza, como ocurre en el concepto de dolo, por mucho que querramos, no lograremos despojarlo de su veste jurídica para llegar a un dolo *natural*. No lo hay, repetimos, no lo hay.

Y aquí llegamos a una evidencia más de la incorrección de los motes doctrinarios, pues el normativismo de FRANK se apoya sobre un psicologismo tan extremo que resulta hasta conceptualmente imposible para nosotros.

14. *El normativismo y los clásicos.*

Para comprender la llamada doctrina normativa, resulta sumamente ilustrativo seguir pasó a paso el razonamiento de FRANK, *pero pensando al mismo tiempo si nuestro derecho positivo lo va apoyando y cómo*. Comienza (34) diciendo que la doctrina tradicional, al afirmar la existencia de intención (*Vorsatz*) daba también por afirmada, sin más ni más, la existencia de la culpabilidad. ¿Es esto cierto, supongamos para nuestros clásicos? No lo parece, salvo que aclaremos que al hacer esa afirmación sobreentendemos ocuparnos solamente del aspecto *intelectivo* de la culpabilidad. La definición del dolo como intención alcanzó, es cierto, a vulgarizarse en la jerga práctica acaso con perjuicio del estudio que merecían ciertas distinciones, como la de *animus* e *intentio* sugeridas en la propia definición carrariana del dolo, cuando dice que es la intención *más o menos perfecta*. Pero prescindiendo de esos detalles no pertinentes ahora, lo que queremos señalar es que, dentro de nuestra tradición legislativa, existía un obstáculo muy serio para no caer en la tentación de afirmar la culpabilidad sobre aquella única base, porque los códigos tradicionalmente han legislado de manera expresa y bastante clara, estableciendo que para ser culpable se debe haber actuado libremente en *concreto*, y para esto, *además* de mencionar el error, que vicia la decisión en su aspecto intelectual, se han referido siempre a la coacción, que la vicia en el aspecto voluntario. Las expresiones usadas por la doctrina, acaso no hayan sido muy afortunadas al alejarse de la clara terminología romana *vis absoluta* y *vis compulsiva*. En particular nos parecen poco felices las expresiones “violencia física”, “violencia moral” y “contrainte morales”, tan cara a los franceses, y tan esfumada en cuanto a su contenido.

Pero volvamos a FRANK. Después de aquella afirmación, sigue diciendo que gradualmente se fue advirtiendo que el concepto de culpabilidad requería algo más que la referencia intencional y “surgió —dice— la necesidad de tomar también en cuenta elementos “normativos”, pues la esencia de la culpabilidad es reprochabilidad y ésta no se funda pura y simplemente en el conocimiento” de los alcances o efectos de la acción. En seguida se verá por qué razón se ha llamado, “normativa” a esa otra cosa que tenemos que ir a buscar para integrar

el concepto de culpabilidad; la designación, *prima fronte*, parece bastante arbitraria. Lo que, a pesar del conocimiento, puede obstar a la culpabilidad es la "anormalidad de las circunstancias concomitantes en las cuales el sujeto despliega su libertad". Aquí, para fijar el concepto de libertad, entra en juego el § 51 del C. p. alemán, de cuya terminología recomienda FRANK no alejarse. Según ella, la libertad supone "no sólo la ausencia de presión externa..., sino también la ausencia de deficiencias internas espirituales". Así, no obra libremente el que lo hace sin capacidad de elección y de distinción, y éste *si bien actúa dolosamente es inculpable*. Adviértase como en este punto se incurre en el más crudo psicologismo, directamente concibiendo el elemento intelectual como intencionalidad psíquica neutra. Reduciendo a esquema la teoría normativa en este momento, diremos que el saber y el obrar (elemento intelectual y volitivo) para nuestra manera de ver son "mala" intención y "mala" acción, mientras que para el normativismo son intención + mala acción, puesto que, según FRANK, "la culpabilidad muestra en la libertad un elemento de que carece el simple dolo" (35). Ese elemento sería de naturaleza normativa, a diferencia de otro, que es, según vimos, psíquico.

El error de la teoría tradicional consistiría en que si bien ella también niega la culpabilidad cuando falta libertad, a ésta no la concibe "como elemento de la culpabilidad, sino como presupuesto de ella" (36). Es patente el equívoco en este planteo y a él conduce el haber debido construir la teoría sobre un código que no mostrara con limpieza y aún con una especie de simetría los elementos componentes de la culpabilidad: la capacidad de "intendere e di volere" del C. italiano, la de "comprender la criminalidad del acto" y la de "dirigir las acciones" del C. argentino. En cada uno de estos planos, y no en uno sólo, es necesario distinguir su funcionamiento como *presupuesto* y como *elemento*. Para que de un sujeto podamos decir que es culpable, se necesita:

- a) Que tenga la capacidad de comprender, y.
- b) La capacidad de obrar.

Si esto no ocurre, si no se dan *los dos presupuestos*, (y, no o) el problema está terminado, y no solamente se cometería un error metódico, sino que se incurriría en los resultados más injustos y absurdos si se continuara el análisis, porque las circunstancias que quitan los *presupuestos* de la culpabilidad y los que quitan los *elementos* de la culpabilidad son diferentes. Es sobre todo en el plano de la capacidad genérica (imputabilidad) (37) donde se ve operar con autonomía normativa al derecho, pues ante él *no vale* ni cualquier *intención* ni cual-

(35) *Kommentar*, pág. 138.

(36) *Op. cit.*, pág. 137.

(37) No obstante las muy buenas razones demostrativas de la incorrección de esta terminología, aducidas por el P. PEREDA en su trabajo citado sobre el *versari*, no parece conveniente apartarse de ella, por el riesgo de introducir todavía más equívocos en estos temas.

quier *decisión*, por reales que sean psíquicamente. Sólo valen cuando provienen de un sujeto que *antes* ha sido considerado por el derecho como dotado de la capacidad genérica de comprender y de querer de manera *juridicamente válida*. De hecho, un menor de diez años *sabe perfectamente* lo que es un revólver de juguete y lo que es un revólver real y, además de saberlo, puede, también de hecho, decidir si toma el uno o el otro para disparar. Psíquicamente, esos actos son perfectamente iguales a los de un sujeto de veinte años. Y lo mismo pasa con gran cantidad de decisiones que toman sujetos claramente afectados por una enfermedad mental. El que con dudosa propiedad podríamos llamar “elemento normativo” actúa aquí con visible eficacia, y no sólo en el aspecto volitivo, por cierto, sino en ambos, porque excluye *en principio* y *en absoluto*, no obstante su realidad psíquica, toda consideración de ciertos procesos comprensivos y volitivos psíquica y naturalísticamente reales y aun perfectos. Para él, no obstante esa perfección, son *anticipadamente* nulos; el examen de su contenido real está excluido no individual, sino categóricamente. Y no es exacto que la doctrina tradicional acuerde ese carácter de presupuesto *solamente* a la *libertad*, según lo cree FRANK; también el valor de una “intención” singular tiene como *presupuesto* una capacidad jurídicamente satisfactoria de carácter general. El no padecer alucinaciones *en general* es un presupuesto para entrar a examinar el contenido concreto de una representación determinada, así como cierto grado de desarrollo general de la personalidad es un presupuesto sin el cual ninguna decisión tiene validez, sea acertada y lícita (acto jurídico) sea ella desacertada y perjudicial (delito).

Sólo cuando tenemos a un sujeto que reúne tales condiciones *a* y *b* como posibilidades, y no antes, podremos proceder a examinar si en concreto *comprendió correctamente* y *obró libremente*. En este punto, no podemos hacer muchas fantasías, porque el camino a seguir está firmemente trazado: lo que vicia la comprensión, el elemento intelectual, *es el error*, y lo que vicia el acto decisorio *es la coacción*. Y no hay más causas de exclusión de la culpabilidad, porque antes ya hemos acordado poder eliminatorio en general a las causas que excluían la capacidad de ser culpable: inmadurez, alteraciones morbosas de las facultades, inconciencia. No es, pues, exacto decir con FRANK que la doctrina tradicionalista concebía a la libertad sólo como *presupuesto* y no como elemento de la culpabilidad. La capacidad *jurídica* de comprensión y de decisión son ambas un *presupuesto* para el examen concreto de un acto; pero ello no basta, porque además se necesita que en aquél efectivamente haya existido comprensión y libertad. La comprensión y la libertad potenciales son presupuestos; la comprensión y la libertad *efectivas* son elementos de la culpabilidad.

15. *Dificultades dogmáticas del Código alemán.*

Esta especie de simetría entre "capacidad" (o imputabilidad) y "culpabilidad", que con respecto al Código argentino es tan sencilla, resulta del hecho de que ambos conceptos deben ser dogmáticamente contruidos sobre el mismo texto de ley, art. 34, 1.º, que al referirse al que no "ha podido" comprender la criminalidad del hecho o dirigir sus acciones, implícitamente está señalando, además del concepto de imputabilidad, el concepto de la culpabilidad.

En este punto, para nosotros, solamente existe la pequeña irregularidad introducida por la cuestión del error de derecho penal. En el Código alemán, esa misma simetría no existía, ni con mucho antes de la reforma del § 51, introducida en 1933, y en realidad, después de ella no resulta satisfactoriamente clara tampoco (38), aun cuando se haya modificado la definición de inculpabilidad, referida antes a los estados que excluyen la libre determinación ("seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war") y ahora a "comprender lo ilícito del hecho o a obrar de acuerdo con esa comprensión". La complicación siempre ha provenido del § 59, cuyo fin principal es el de definir el efecto del error y que, al hacerlo, se refiere, según hemos visto ya, al desconocimiento "de circunstancias de hecho" (Tatumstände) (39).

De este último párrafo, por implicancia, ha salido el concepto positivo de dolo, como conocimiento de *circunstancias de hecho*, base psicologista impuesta por la ley, que, naturalmente, no puede satisfacer a nadie como "forma de culpabilidad".

¿Se perciben ahora las dificultades dogmáticas que este tema presentaba para los alemanes en general? ¿No resulta bastante comprensible incluso la posición de WELZEL, al ubicar sistemáticamente el concepto de dolo en la acción, casi como si se tratara de un elemento cualquiera de la figura delictiva?

Es claro entonces que el hecho de la *intención* no es constitutivo de la culpabilidad, así como no es constitutivo de culpabilidad ningún elemento subjetivo del tipo: el que entra en una morada *que sabe* ajena no por ello es necesariamente culpable de violación de domicilio: puede haber obrado por coacción o por error; y así ocurre en cualquier figura con elementos subjetivos (40).

Partiendo de ese derecho positivo, se entiende el psicologismo de

(38) Aunque acaso exagera MEZGER, *D. penal*, I, § 63, cuando dice que la reforma de 1933 en realidad no introdujo en la ley nada esencialmente distinto de lo anterior.

(39) Acaso no acuerda suficiente gravitación a esas razones de derecho positivo para explicar la admisión por los alemanes de un *dolo inculpable*, ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ, en *Panorama de la culpabilidad en la dogmática penal contemporánea*. "Anales de D. Penal", Madrid, t. V (1952), pág. 45 y sigs. Vide, pág. 49, núm. 1.

(40) Lo señaló muy correctamente NÚÑEZ hace ya tiempo en *Los elementos subjetivos del tipo penal*, "Boletín de la Fac. de D. de Córdoba", año IV, 1942, especialmente § 5.

los normativistas, y se entiende que ellos echen de menos la necesidad de que esa intencionalidad (o la negligencia), para constituir culpabilidad, requiera algo más que *no* está en el § 59, es decir, que *no* está en lo que ellos llaman *Vorsatz*. La intencionalidad, en sí misma, no es ni buena ni mala. En realidad, tampoco lo era el otro elemento de la libre determinación, proporcionado por el § 51 cuando la doctrina normativa fue construida. Cuando una acción es libre, no por eso es, además, buena y, en todo caso, esa bondad no queda constituida ni certificada por el conocimiento de circunstancias de hecho (41). La culpabilidad no es ni el dolo, ni la culpa, ni la libertad. En realidad, tampoco puede consistir en un nexo psicológico entre el autor y el mundo sensible (42). Sólo queda como posibilidad la de que ese sea un juicio del mundo circundante (43).

Aun cuando las construcciones de los autores modernos son bastante diferentes de las doctrinas normativistas anteriores, a su vez “variadamente tornasoladas” (44), me parece que nadie ha mostrado como WELZEL la necesidad de definir la culpabilidad como un juicio, cuando dice, refiriéndose al hombre en general: “sus dotes y disposiciones —todo aquello que el hombre solamente “es”— pueden ser valiosos o irrisorios (pueden también, pues, ser valuados), pero solamente lo que de ellos él ha hecho o cómo los ha empleado, en comparación con lo que pudo y debió haber hecho o cómo haberlos empleado, sólo eso puede serle atribuido como “mérito” o *reprochado* como “culpa” (45).

La culpabilidad se apoya así claramente no ya en un hecho, sino en una relación, y no en una relación psíquicamente efectiva, sino en una relación *debida*, exigible.

Me parece que llegando a este punto se hace posible plantear contraposiciones doctrinarias más claras que las corrientes, fundadas en los motes ya tradicionales, y menos exageradas que la que presenta la célebre paradoja de ROSENFELD, según la cual el normativismo saca la culpabilidad de la cabeza del reo y la coloca en la cabeza del juez.

La contraposición no consiste en que se apliquen en este tema de una manera específica y propia las teorías de los valores (46). Todo en el derecho es valorativo, y no solamente la culpabilidad. Tampoco se

(41) Según MAURACH, op. cit., I, § 30, II, A, 2, FRANK con la ley en la mano muestra indiscutiblemente que hay acciones intencionales que no por ello son culpables.

(42) Así, MAURACH, en loc. cit. Según BETTIOL, *Diritto Penale*, págs. 290-291 ni siquiera la conciencia de la criminalidad del acto resulta suficiente como elemento normativo, porque no saca a la culpabilidad del plano naturalista para colocarla en uno valorativo.

(43) Así, MAURACH, I, § 30, II, A, 2. Según BETTIOL, es un juicio objetivo que el juez expresa en su valuación, loc. cit.

(44) Expresión de HELLMUTH MAYER, *Strafrecht*, pág. 212. Muestra también esos variados matices ANÍBAL BRUNO en *Direito Penal*, Río de Janeiro, 1956, t. II, pág. 411, esp. pág. 417, núm. 7.

(45) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 5.ª ed., 1956, § 20.

(46) Según lo entiende BETTIOL, *D. Penale*, loc. cit.

alcanza claridad si se cree que la culpabilidad consiste en el juicio que formula el juez. También la antijuridicidad de un hecho queda establecida por un acto del juez. Lo que ocurre preguntar es, tanto en un caso como en otro, si la antijuridicidad o la culpabilidad quedan *constituídas* por el pronunciamiento judicial o solamente *declaradas* y, en ambos casos, sobre qué bases se asienta el pronunciamiento (47).

La aclaración de este punto ofrece particular interés, porque señala ciertos límites delicados entre posiciones contrapuestas. Cuando se dice que la *culpabilidad es un juicio*, lo que en realidad se significa es que las valoraciones necesarias para enrostrar el hecho al reo son puestas desde afuera, por el Juez (48). Si no se quisiera decir esto, la doctrina no sería, sino una deplorable trivialidad.

Claro está que esa valoración hecha "por el juez" (BETTIOL) por el "mundo circundante" (MAURACH) se funda en algo que está en el sujeto; pero para *decir* que *es* un juicio es preciso que en éste se encierre un elemento que en el sujeto *no estaba*. De lo contrario, seguiría siendo verdad la observación de BINDING, y confundiríamos el efecto de la culpa, la reprochabilidad, por la culpa misma.

16. Culpabilidad real y presunta.

Lo que hace posible decir que la culpabilidad es un juicio de reproche deriva de concebirla, sobre todo, como exigencia. El polo opuesto a ese enfoque consistiría, esquemáticamente, en ver a la culpabilidad constituida por *rebelión*, o *menosprecio*. Me parece que uno de los muchos equívocos motivados por la terminología de FRANK deriva del empleo de la expresión *reprochabilidad*, porque esta palabra es inidónea para recibir la pesada carga doctrinaria que el problema traía y, sobre todo, para marcar efectivamente la distinción de los puntos de vista posibles.

Cuando en cambio, se dice que la culpabilidad deriva o proviene de una exigencia, se subraya hasta con exceso la posibilidad de casos en los cuales la culpabilidad es afirmada, y la pena impuesta, por razones de estado, desde fuera, sin atender propiamente la subjetividad efectiva del individuo en el caso concreto. Y esto es algo innegable en la realidad jurídica, y aun cuando el campo de este juicio constitutivo de culpabilidad sea hoy restringido y considerablemente moderado, acaso ningún régimen jurídico pueda considerarlo eliminable sin residuo alguno. El error de derecho, la culpa inconsciente, las infracciones

(47) Aun cuando la boga ha pasado, debemos recordar que la llamada teoría egológica consideraba al juicio del juez como constitutivo del delito, aun en su faz de ilicitud. Este aspecto del carácter constitutivo o declarativo del pronunciamiento, correctamente señalado por el P. PEREDA en op. cit., en "Anales", pág. 33.

(48) En este punto resulta ingenua la posición de JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, V, pág. 228, cuando cree que no tiene nada de extraño afirmar que la valoración la haga el juez.

contravencionales, los delitos de olvido, abren campos en los cuales la vida práctica impone con cierta premura un derecho penal sin muchas contemplaciones. Es sabido que el derecho en muchos casos no tiene más remedio que efectuar generalizaciones que necesariamente compartan alguna injusticia individual.

No lo podemos negar; es de la esencia del derecho. Sin embargo, cuando la sanción jurídica es de carácter penal, cuando se trata de una norma retributiva, pareciera que en aquella actitud fuera envuelta una especie de contradicción. En las normas penales, en efecto, más que en las otras, se expresa con particular energía la finalidad preventiva del derecho, y ésta solamente a través de la subjetividad *real* de los destinatarios de las normas puede ser alcanzada. No hay otro mecanismo para ello, fuera de la "buena voluntad". Pues bien, cuando el derecho prescinde de ella y no hace consistir la culpabilidad en la real existencia de una actitud de menosprecio o, a lo menos, de indiferencia, es posible que aquél responda a exigencias inaplazables de la praxis, pero no cabe duda de que al sancionado no le guarda la consideración de persona. Le reconoce capacidad para ser castigado, pero se desentiende de examinar si tuvo voluntad de obedecer. El sujeto soportará una pena apoyada más sobre una presunción de culpabilidad que sobre una culpabilidad real. A veces, no hay más remedio: *vivere non necesse; navigare necesse*.

La teoría de la culpabilidad plantea, pues, una opción. Al generalizarse sus principios, es forzoso hacer algún sacrificio. Casi podría pensarse que la decisión es una mera cuestión de preferencia o de gusto; pero no es así. No podemos dejar de lado la lección que sobre este tema nos muestra el curso de la historia, en la cual las responsabilidades ficticias o presuntas han ido dejando recuerdos de inhumanidad y de injusticia, y ciertas reglas, trilladas durante siglos, como el *versari*, han ido mostrando una iniquidad antes inadvertida. El rumbo en que se cumple la evolución cultural en este aspecto del derecho lleva no ya hacia una nivelación impersonal, sino, por el contrario, al reconocimiento del ser humano como partícipe del orden jurídico, es decir, como ser espiritual y como persona.

Además, ya nos hemos referido a la mayor o menor amplitud alcanzada por los respectivos campos de la responsabilidad —diremos— objetiva y de la responsabilidad culpable, y verificamos con satisfacción que la primera se muestra hoy vergonzante y reducida a mínimos confines.

La opción, pues, al definir la culpabilidad, para nosotros es simple: se guía por lo que el derecho actual determina para la gran mayoría de los casos, y señala una dirección cultural que compartimos. Reconoce a desgana la existencia de poquísimas excepciones, en particular el error acerca de la prohibición.

La posición contraria puede parecer más ajustada dogmáticamente: pero no es así. Definir la culpabilidad como un juicio constitutivo y externo, como acto de autoridad, es una actitud que lleva una ventaja

sistemática sólo aparente, en cuanto los juicios asumen la forma de "reproche" en todos los casos; pero es lo cierto que en la inmensa mayoría de ellos ese reproche se funda en una real actitud subjetiva del reprochado. Para no confesar la excepción, desnaturaliza la regla, y con ello crea un error no ya marginal, sino conceptual y profundo.

No seríamos justos, sin embargo, si no recordáramos una vez más que la doctrina normativa, inseparable según HELMUTH MAYER, de la doctrina de las causas supralegales de no exigibilidad, ha sido presentada sobre todo como una construcción absolutoria para ciertos casos excepcionales como el de la partera y el del caballo desbocado. Esas demostraciones de "manga ancha" que despachan con una palmada benevolente para las debilidades humanas a la autora de unas falsedades documentales y al autor de unas lesiones, no hacen a la esencia de la doctrina. Lo que cuenta son los principios de ella, y éstos, si bien crean la posibilidad de esas absoluciones, tan dudosas por lo demás, la crean sobre la base de constituir el riesgo inverso de violar *en la sustancia* el principio *nulla poena sine culpa*, y de ampliar sin escándalo el campo de la responsabilidad objetiva y de la presunción de culpabilidad.

Eduardo Livingston y la sistematización del Derecho penal

JOSE SANCHEZ OSES

Secretario de Sala del Tribunal Supremo

Prologando esmerada edición de la obra de uno de nuestros mejores costumbristas, Don Eugenio Hartzenbush aludía al instintivo afán de todos los humanos en conocer a los antepasados respectivos.

Si sustituimos el sujeto de esa referencia y en vez de nuestros «antepasados» leemos las «obras» de ellos, con sólo la expresada cita ya podría nuestro lector encontrar uno de los motivos del tema que le ofrecemos y que no hemos elegido caprichosamente, ni buscado entre la multitud de cuestiones que abordan las disciplinas penales, sino más bien sugerido casualmente cuando, al repasar antecedentes histórico-jurídicos, llamó nuestra atención la extraña circunstancia de que apenas figurase el nombre de Eduardo Livingston al lado de los de Bentham y Filangieri entre lo mucho escrito, de soslayo o exprofesamente, acerca de la metodología del Derecho penal, y eso a pesar de que los trabajos de Livingston tuvieron influencia práctica más completa que los de esos otros dos colegas coetáneos suyos, toda vez que —entre otros méritos que luego podrán apreciarse—, la obra del expresado autor norteamericano fue la que inspiró las primeras legislaciones penales autónomas de Guatemala y Brasil, pasando sin duda, a través de la de este último país, a integrar también el primer Código español de sistemática más perdurable; el penal de 1848, como podemos deducir conjugando el autorizado aserto del Profesor D. Eugenio Cuello Calón (1), con la aseveración de Mignet, el secretario perpetuo en 1838 de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de París (2), aparte identidades que fácilmente se descubren mediante la comparación de la obra y el cuerpo legal referidos.

A la exposición de lo más saliente de aquella obra se ciñe nuestro trabajo, si bien, para una mayor comprensión de las aportaciones de Livingston como penalista, hemos considerado conveniente anteponer una breve reseña histórica del país en que vivió y al que brindó sus afanes de jurista.

(1) *La Reforma Penal en España*, Madrid 1949.

(2) *Notice sur Livingston (Compte rendue de la séance publique du 30 juin 1838)*.

I. LA LUISIANA

Hacia 1670, Robert Cavalier, Señor de La Salle, gentilhomme instruido, de temperamento aristocrático y dominador, sacrificando su fortuna y comodidades, se abre camino, descendiendo por el valle del Ohio hacia la «Gran Agua» («Mich-sipi») que, según frase india, discurría hacia el sur por espacio de muchas jornadas. Con objeto de llevar al Nuevo Mundo la reputación del poderío de Francia, haciendo frente a toda clase de sufrimientos en el transcurso de sus viajes a través de la selva, que a veces impresionaba hasta a sus propios guías indios, luchando durante doce años contra las envidias y calumnias de algunos de sus compatriotas, la perfidia de compañeros, logró, a fuerza de perseverancia, dirigir sus canoas a la salida del Illinois hacia el Mississipi (6 febrero 1682).

Como sus compatriotas, el jesuíta Marquette y el mercader Joliet, quienes nueve años antes habían descendido por el gran río hasta la desembocadura del Arkansas, pero que, decepcionados al ver que en tal dirección se iba a parar al Golfo de Méjico, en vez de hacia «el mar de la China» (que era el objetivo de ambos), La Salle puso su denuedo al servicio de su patria, moviéndole el deseo de añadir un nuevo continente a la lista de las posesiones francesas. Es así como en 9 de abril de 1682 llega a las costas del golfo mejicano bautizando el inmenso valle, en nombre de Luis XIV, con el nombre de Luisiana.

País éste atravesado por el Mississipi, de un curso de 1.200 leguas, cuyas aguas descienden desde las montañas Rocosas y cadena de los Alleghanys, formando un valle inmenso al que convergen otros transversales riquísimos, dotado de un terreno propicio a toda clase de cultivos; con 65 mil habitantes para dos mil leguas cuadradas. Demasiado extenso para sólo ser un nuevo Estado, fue dividido en cuatro territorios: los actuales Estados de Luisiana, Arkansas, Illinois y Missouri.

Era entonces una región que despertó interés en Europa, particularmente en Francia, merced a las osadías de un aventurero escocés, John Law (1671-1729) que, debiendo abandonar Inglaterra por un duelo de amoríos, en el que mató a su contrario, ofreció su ingenio o su imaginación financiera al Rey de Francia, llegando a ser amigo de Montesquieu, quien le visitó cuando cayó definitivamente en desgracia, después de haber soliviantado la atención hacia las fabulosas riquezas que contaba de la Luisiana.

Pero, siguiendo con Roberto de La Salle, éste resultó asesinado por gente de su séquito al regreso de una visita que había hecho a Francia, cuando, al no lograr acertar con la desembocadura de Mississipi, al desembocar en la costa de Tejas, cerca de Matagorda y, ya en tierra firme, se dirigía a través de la selva y las marismas. No obstante es La Salle quien, pese a no haber conseguido verlo realizado, logra con sus esfuerzos, sentar las bases para el

ulterior establecimiento de puestos que, a lo largo del Illinois y del Mississippi, trazan una línea de enlace entre las posesiones francesas del Canadá y las de la Luisiana, formándose en la parte inferior del valle de ese último río una próspera colonia nutrida por siete mil habitantes que, en 1718, recibe el nombre de Nueva Orleans, como capital.

Mientras, las antiguas colonias inglesas del Atlántico, absortas en sus propios asuntos, en el desarrollo de sus recursos agrícolas, en el establecimiento de su comercio y en la defensa de su autonomía contra reyes y propietarios, tardaron en comprender la importancia de la formación de las posesiones francesas a que acaba de aludirse y que, gradualmente las iban envolviendo por el oeste mediante una larga hilera de puestos que, arrancando de la desembocadura del San Lorenzo, al norte, iban a parar a la del Mississippi al Sur. Mientras que los pobladores de Virginia tenían que hacer frente a los indios Susquehannocks, y los de la Carolina fundaban su primera ciudad, los tramperos, misioneros y exploradores franceses realizaban, sobre los Grandes Lagos y a lo largo del Mississippi, un esfuerzo que a dichos colonos ingleses, tanto por la separación que suponían los montes Alleghenies, como por la distancia, les causaba poca preocupación.

En 1701 Luis XIV se enfrenta contra toda Europa contando con la alianza de España, para desarraigar definitivamente el protestantismo y, con esa meta ideológica por guía, procura hacerse dueño de las riquezas del Nuevo Mundo, destruir el imperio colonial inglés, ver desaparecer de la superficie de todos los mares la flota inglesa; pero es derrotado en unión de holandeses y españoles por el duque de Marlborough, general de la reina Ana, viéndose obligado a firmar el Tratado de Utrech (1713) por el que Inglaterra se convierte en la primera potencia naval del mundo.

En virtud de las cláusulas de dicho Tratado, y por lo que a América respecta, y concretamente a Luisiana, queda en suspenso la adjudicación definitiva de ese vasto territorio situado al Oeste de los Alleghenies que La Salle descubrió, toda vez que Francia sólo ha de ceder a Inglaterra la Acadia (Nueva Escocia), Terranova y la bahía de Hudson.

A partir de entonces comienza a crecer la tensión entre franceses e ingleses: a las Carolinas (Inglesas) llegarán serias quejas contra la nueva y próspera colonia de la Luisiana; Georgia, fundada por Oglethorpe, llega a verse embotellada por los establecimientos españoles de la Florida y los franceses de las Antillas. Los franceses también construyen fuertes en el Niágara, botan navíos de guerra en el lago Champlain, ocupan Detroit (que controla el acceso al lago Erie y de los afluentes del Ohio), aumentan el número de sus establecimientos a lo largo del Mississippi y desarrollan con gran actividad la colonia de Luisiana.

Entretanto los americanos de las colonias inglesas comienzan

a fomentar la unión entre éstas con carácter ya autónomo y así Benjamín Franklin formula el proyecto de unión de aquellas conocido bajo el nombre de plan de Albany (1754), donde se prevé la reunión anual de un Consejo de representantes de las mismas.

Caído ese proyecto en el vacío, por lo que a su ejecución concierne, el gobernador inglés de Virginia envía a Jorge Washington, entonces comandante de la milicia local, con el encargo de que retire a los franceses de la confluencia de los ríos Allegheny y Mononghela (de los que el Ohio surge), y es así como el que iba a ser héroe de la independencia de las colonias inglesas el que rompe el fuego, en América, de la que iba a ser conocida en la Historia del mundo como la Guerra de los Siete años, implicando coalición de Francia, España, Austria, Rusia y algunos países de menor rango, contra Federico el Grande e Inglaterra su aliada.

En dicha nación se hace cargo del poder, en 1757, William Pitt, quien, dando una nueva energía a los ejércitos británicos logra la victoria contra Francia y España, rubricándose aquella mediante la Paz de París en 1763, por cuyas cláusulas Francia, bajo el reinado de Luis XV, entrega a Inglaterra el Canadá y la región del este del Mississipi, sentando para los colonos americanos las bases de su grandeza ulterior.

Ese mismo año en que los ingleses toman posesión del amplio territorio comprendido entre las montañas del Este y el Mississipi, el rey Jorge lanza una proclama prohibiendo a los gobernadores de las colonias americanas que extiendan su jurisdicción o toleren la colonización al oeste de una línea imaginaria que pasaba por las crestas de los montes Alleghenies, medida que, aparentando propósito de afianzar las relaciones con los indios (antiguos amigos de Francia), trataba en rigor de disminuir el poder de las propias colonias, encerrándoias en la estrecha banda oriental, y de desvirtuar antiguas Cartas de concesión que reconocían como frontera occidental de dichas colonias, las costas del Pacífico («de un mar a otro», decían literalmente dichas Cartas).

Lo que precede significaba, para los pobladores de las antiguas posesiones británicas, privarles del valle del Mississipi, haciendo de éste un río español, lo que traía sin cuidado a Francia, que quería así compensar a España de las pérdidas que nos irrogó la alianza con ella.

El 18 de abril de 1783 marca el fin de las hostilidades con los ingleses y proclama así el éxito de la guerra de independencia en Norteamérica.

El tratado de 1773, celebrado entre los nuevos Estados americanos y Francia, lo fue bajo el reinado de Luis XVI y con el designio de lograr la lucha en común contra Inglaterra; pero, al declarar la República francesa su estado de guerra contra todas las monarquías europeas (Prusia, Austria e Inglaterra), después de muchos titubeos, el presidente norteamericano hace una proclama de neutralidad el 22 de abril de 1793, para lo que se tuvo en

cuenta que España, que estaba entonces frente a Francia, trataba de segregar a los pobladores de Kentucky y Tennessee de la joven Unión americana, contando con el apoyo de los indios Creeks y Cherokees de la Florida, y cerrando la desembocadura del Mississippi.

Evitada la guerra con Inglaterra, viene el americano Thomas Pinckney a la Corte de Madrid, para gestionar fuese cerrada a los navíos de los Estados Unidos dicha desembocadura, así como el derecho a utilizar el puerto, aún español, de Nueva Orleans. Con la celebración de un Tratado satisfactorio en tal sentido para él, concluye el general Washington su segundo mandato presidencial (1795).

Luego, el presidente Adams, movido por la indignación norteamericana ante la actitud poco honesta de tres emisarios del Directorio francés, se proclama en estado de guerra con Francia, se derogan los tratados de 1778; mas, cuando Bonaparte se convierte en el primer Cónsul, átareado con sus enemigos en Europa, logra con Adams el Convenio de febrero de 1801, por el que se estipula que la antigua colonia se anexionaría a la República federal como Estado libre y soberano.

Pero, poco antes de esto, por el Tratado de San Ildefonso (1801); Napoleón había conseguido de España la cesión de la enorme región que se extendía de norte a sur, desde el Golfo de Méjico a la frontera canadiense y al Oeste del Mississippi hasta las Montañas Rocosas; lo que La Salle había bautizado en honor a su soberano con el nombre de Luisiana: el valle de dicho río.

Con ello se inquieta el presidente americano Jefferson y, pese a los reparos que le inspiraba también la amistad con Inglaterra, escribe a Robert R. Livingston —hermano de Eduardo, nuestro autor—, que «todos los ojos de los Estados Unidos estaban puestos en el asunto de la Luisiana» y que, así tomase Bonaparte posesión de Nueva Orleans «deberían aliarse a la flota británica».

Los temores que motivan tal actitud se confirman por cuánto, en octubre de 1802, el gobierno español, sin duda a instancias de Napoleón, al que iba a ser entregada la Luisiana, cierra el estuario del Mississippi, lo que implicaba negar a los Estados Unidos el derecho a utilizar el puerto de Nueva Orleans, utilización concedida por el tratado Pinckney, y es por ello que James Monroe acude a París y, colaborando con Livingston, consigue la compra de la Luisiana; trato que se cierra por el Convenio de 30 de abril de 1803, mediante la entrega a Bonaparte de quince millones de dólares.

Pese a que la venta se verificó a espaldas de España y de lo con ésta concertado por Bonaparte en el tratado, que se mantuvo secreto, de San Ildefonso; pese también a la repulsa de Jefferson a incorporar la región así adquirida a la Unión, por no estar tal incorporación prevista en la reciente Constitución, el Congreso norteamericano por fin establece en la extremidad meridional de la Luisiana el Territorio de Orleans, bajo la administración de un

gobernador, de un secretario y jueces designados por el presidente. Durante más de un año dicho territorio vivió desprovisto de legislatura, incluso de la antigua institución del jurado. Los habitantes de aquél aún no eran ciudadanos sino «súbditos» de los Estados Unidos y, así la situación, ocho años más tarde (1812), en unión del Estado de la Luisiana, es cuando consiguen su incorporación a los derechos, ventajas e inmunidades que se habían previsto para ellos en el convenio de 1803 con Napoleón.

Ya dijimos que el pueblo norteamericano rebasa la crisis de la emancipación en 1783, tras siete años de lucha. De la consiguiente fase de organización surge en 1789 la nación con el establecimiento de un régimen federal vigoroso.

Se forman dos partidos: el *Federalista*, que parece excéptico ante el desarrollo del principio democrático; el otro *Republicano*, que teme el restablecimiento de las instituciones inglesas. El Federalista se siente atraído a Inglaterra por la comunidad de sangre, costumbres, idioma y una repugnancia hacia la política violenta de la revolución francesa, lo que realiza mediante leyes parecidas a las inglesas y mediante tratados con la madre patria.

Por su parte, el partido democrático simpatizaba más con el aliado que había secundado la emancipación con Francia.

El Federalista, preocupado ante los destinos de su país, se adhiere al pasado con una ansiedad prudente; el Demócrata, lleno de confianza instintiva, se asomaba hacia el desconocido porvenir.

Los espíritus mejores y más importantes ciudadanos se mostraban así divididos: Washington apoyaba a los federalistas, aunque con moderación, así como John Adams, aunque éste con ardor. El partido demócrata tenía en cabeza entonces a Thomas Jefferson, secundado por Franklin.

II. LIVINGSTON.

Eduardo Livingston nace el 26 de mayo de 1764 en Clermont, condado de Columbia, colonia de Nueva York. Nieto del primer titular de «Livingston Manor», gran espacio de terreno a orillas del Hudson que abarcaba los actuales condados de Dutchess y Columbia, concesión otorgada por patente regia. Uno de sus antepasados fue tutor de la reina María Estuardo. Graduado Eduardo en Princeton en 1781, comenzó a practicar la carrera de abogado en la Ciudad New York, logrando pronto renombre.

Elegido miembro del Congreso como demócrata por el Estado de New York, a la edad de treinta años, en 1794, según ingresó en la Cámara de Representantes impugnó el tratado de dicho año con Inglaterra, se opuso al «Allien Bill» y provocó la organización de una Comisión para la revisión de las leyes penales, siendo nombrado presidente de aquélla. Mediante otra moción pidió en seguida la publicación de una estadística sobre los asuntos criminales.

Fue en el Congreso donde Livingston trabó conocimiento con Andrés Jackson, el diputado por el naciente Estado de Tennessee, que luego habría de alcanzar la celebridad y al que en lo sucesivo unió una gran amistad con nuestra autor, una conformidad de criterio y un contraste de caracteres.

Livingston permaneció en el Congreso como miembro de la oposición hasta el fin de la presidencia de John Adams, con el que a su vez desapareció la preponderancia del partido Federalista.

El partido Demócrata triunfó en 1801 con la proclamación de Thomas Jefferson a la presidencia. Livingston fue nombrado Fiscal General en el Estado de New York y simultáneamente Alcalde de dicha ciudad. Al año siguiente renueva aquellas propuestas, más debe abandonar el Congreso para desempeñar los cargos de Fiscal general y Alcalde de New York.

En el verano de 1803 fue asolada New York por un violento azote de fiebre amarilla, durante el cual Livingston desplegó gran denuedo para mitigar los efectos de la epidemia, acabando por ser atacado por la enfermedad. Al recuperarse, se vuelve a dedicar a sus asuntos particulares, pues se hizo responsable de grandes sumas debidas al Gobierno a causa de la mala administración de un empleado de su confianza. Liquidó todos sus bienes y dimitió sus cargos oficiales, marcha a Luisiana, que acababa de ser vendida por Francia a los Estados Unidos (abril 1803).

Pronto logró hacerse un buen bufete en Nueva Orléans, y reintegrando todo lo que se debía al Gobierno, fue designado por la legislatura de Luisiana para que preparase un Código de procedimiento, que estuvo en vigor desde 1805 hasta 1825.

Durante la breve guerra con Inglaterra de los años 1812 a 1814, desplegó Livingston enorme actividad para poner sobre las armas a la heterogénea población de la Luisiana, actuando de asesor y ayuda de campo del general Jackson.

Mientras se dedica al foro, concibe el propósito de acometer la redacción de un gran Código que abarcase la legislación penal, el procedimiento penal y la reforma de las prisiones. Para documentarse al efecto estudia los principales cuerpos legislativos formados en diferentes países. Estudia a Montesquieu, a Beccaria, a Bentham, a Pothier.

Pero es arrancado de momento de tales anhelos para participar, como acaba de indicarse, en la guerra de 1812 en la que los Estados Unidos se alían con Francia para defender la libertad de los mares y el derecho de los países neutrales. Expuestas solas las fuerzas de la Unión a los ataques de Inglaterra (a partir de 1814 en que Bonaparte sucumbió), quince mil hombres de los que habían participado en las batallas de España y Portugal contra los franceses se encaminan hacia Luisiana, país que se pensaba más susceptible de arrebatar y que sólo contaba con mil doscientos hombres sobre las armas.

Es entonces cuando el presidente Madison encomienda la de-

fensa de la Luisiana a Andrés Jackson que en 1812, al frente de la milicia de Tennessee, había vencido a los indios Creeks y expulsado de Pensacola a los ingleses y que llega a Nueva Orleáns, donde encuentra, al cabo de quince años, a su antiguo amigo Livingston, al frente a su vez de un Comité de Defensa y al que nombra su ayudante de campo. Se proclama la ley marcial, se suspenden las garantías del «habeas corpus» e incluso se prohíben las reuniones de la legislatura. Se moviliza a todos los ciudadanos, se acepta la ayuda de los piratas de la Isla Barataria y se apremia a las milicias de Kentucky y Tennessee para que acudan rápidamente a Nueva Orleáns, Livingston acompaña constantemente a Jackson, incluso durante el ataque de 23 de diciembre en que se sujeta la marcha de la vanguardia británica. Segunda al jefe en la construcción del atrincheramiento, a dos leguas de Nueva Orleáns, entre las ciénagas y el río, donde se espera al enemigo a pie firme. Allí hay dos intentos vanos de los ingleses contra las fortificaciones improvisadas, la artillería a cargo de algunos oficiales diestros, algunos piratas arriesgados y el valor de cinco mil soldados de la milicia. Asiste también Livingston el día 8 de enero de 1815 a la batalla decisiva para los ulteriores destinos del país. En poco tiempo es muerto Sir Edward Packenham, son seguidamente heridos los generales Gibbs y Keane, que se hace cargo del mando; perecen la mayoría de los oficiales ingleses; hay dos mil muertos sobre el campo de batalla, los ingleses se retiran y la Luisiana se salva, para la Unión americana.

La asistencia de Livingston a Jackson fue prestada a éste por vía de consejos, con denuedo y por medio de la pluma, pues se asevera que fue aquel el redactor de sus proclamas y despachos. Negocia también luego Livingston el canje de prisioneros y, cuando el Congreso americano otorga la medalla en reconocimiento de sus victorias a Jackson, éste hubo de decir a Livingston: «Acercaos a ver lo que me habeis ayudado a ganar.»

Elegido miembro de la Cámara de Representantes de Luisiana, llama en 1820 la atención de la legislatura sobre la revisión de las leyes penales; aunque esta vez con mayor éxito, pues consigue que por la ley de 10 de febrero de 1820, relativa a la revisión de la legislación criminal de dicho Estado, se declare que el Código penal debía descansar sobre el principio de la *prevención* de los delitos. En 13 de febrero de 1821 Livingston se encarga de la preparación de ese Código penal.

Se lamentaba Livingston del estado de la legislación con que en sus días se encontraba la Luisiana, siendo oficialmente la base de sus leyes penales un «Estatuto territorial» de 1805 que contenía una lista de delitos y penas, pero sin definir aquellos por remitirse al «common law» británico.

«Cuando el Tratado de 1763 (por el que Francia cedió a España la Luisiana) es puesto en ejecución (1769), nuestra patria

promulgó en aquél territorio sus propias leyes (mediante la proclama de O'Reilly) y, al recobrar Francia dicho país en última cesión el año 1803, en virtud del Tratado de San Ildefonso, se limitaron nuestros vecinos a tomar posesión provisional (por no decir formal) del mismo, para entregarlo a su vez a los Estados Unidos conforme al Tratado de París, sin que ésto implicase alteración para las leyes aplicadas en Luisiana.

La primera ley norteamericana a raíz de dicha cesión (31 de octubre de 1803), reconoció la validez de las leyes existentes, por las que continuó rigiéndose el expresado territorio hasta el 1 de octubre de 1804, fecha en la que entró en vigor la Ley por la que se elevaba al mismo a esa primera fase de integración en los Estados Unidos. Mediante dicha Ley se organizó la Administración, extendiéndose al territorio el ámbito de determinadas leyes norteamericanas, aunque sin derogar las leyes anteriores del mismo que no fuesen contrarias a la ya referida de adopción territorial.

Otra Ley, de 2 de marzo de 1805, contraída al territorio de Orleáns, confería a la Luisiana el segundo grado de formación política, pero sin derogar tampoco, al menos expresamente, sus antiguas leyes y, cuando en la Constitución para el nuevo Estado (Sec. II, art. 4), el primer acto de su Consejo legislativo sigue facultando la aplicación de las leyes españolas («Act.» de 2 de febrero de 1805).

Es en 4 de mayo del precitado año cuando una nueva Ley del reciente Estado ordena en su artículo 37 que todos los delitos en ella designados sean juzgados conforme al «common law» inglés y, mediante Estatuto subsiguiente, se añaden nuevas figuras delictivas: pero ésto de tal forma que, a juicio de Livingston, sigue impuesta la remisión a las leyes de la época de dominación española.

Con esos peculiares antecedentes legislativos de la Luisiana, se planteaba en primer término la cuestión de determinar si conservaría su legislación tradicional (mezcla de confusas normas derivadas del derecho romano, de costumbres francesas, de textos legales españoles); o bien aceptaría el régimen legal inglés con la proverbial incertidumbre de sus precedentes, la sutileza de sus ficciones jurídicas y la prolijidad de sus fórmulas. Esto es lo que se discutió ante la Corte Suprema del nuevo Estado.

Los jurisconsultos americanos pretendían la adopción exclusiva de la Ley inglesa, tanto a efectos civiles como penales: pero, gracias a Livingston, que recuerda las cláusulas del Tratado en cuya virtud la Luisiana debía participar en todos los derechos de la Unión, sin perder sus privilegios propios, prevaleció el criterio de que conservase sus leyes civiles, si bien gozando del régimen penal inglés, reputado entonces allí como superior a las normas que rigieron las colonias durante la dominación española.

Como bajo su legislación peculiar, los procesos de índole ci-

vil de la Luisiana no estaban sujetos al requisito institucional del Jurado, exigidos por el Derecho americano, hubo de adaptarse a esta legislación un procedimiento nuevo, de cuya redacción fue encargado Livingston, quien llevó a cabo el cometido ofreciendo un modelo de sencillez y buen sentido. En esta Ley «corta y sustanciosa» se aleja de los trámites interminables de los tribunales franceses y de las viejas ficciones inglesas.

Livingston fue en rigor uno de los fundadores del régimen provisional de Luisiana; redactó una Carta creadora de un Banco y un Código de Sanidad, participando, con los jurisconsultos franceses Monreau-Lislet y Derbigny, en la compilación de las antiguas leyes civiles de Luisiana.

Es por entonces que así se fomenta la colonización de Luisiana, acudiendo a élla «pioneers» procedentes de todos los lugares; el puerto de Nueva Orleáns se llena a diario de buques que remontan el Mississipi, intensificando así el comercio, la riqueza proporcionada por los nuevos cultivos. Y, al revalorizarse al décuplo las propiedades es como Livingston, reputado como el abogado más hábil de la antigua colonia, se rehace del golpe económico que sufriera siendo Alcalde de New York.

En el informe previo que Livingston dirige al Senado y a la Cámara de Representantes de la Luisiana en 1822, somete la cuestión de la abolición de la pena capital y la codificación del régimen penitenciario.

En ese informe advertía que carecía de antecedentes precisos; constataba se hallaba aún poco impuesto de las ideas y hechos relativos a la reforma de la legislación penal en Europa. Los 2.000 ejemplares cuya impresión (1833) en francés e inglés dispuso la legislatura de Luisiana brindaron a Livingston coyuntura de llamar la atención, mediante la distribución de los mismos, entre los profesionales europeos. Siendo objeto su obra de reimpressiones en Inglaterra, Francia y Alemania, mereció gran interés y aprecio por parte de los más conspicuos en la materia por su *gran sencillez* y léxico claro y terminante y, sobre todo, por su inspiración filantrópica, lo que determinó influyera mucho en la legislación penal de varios países.

Fue editado su trabajo en francés e inglés, como exigía la práctica en Luisiana, y aunque sustancialmente terminado en 1824, y adoptado en gran parte entonces por dicho Estado, no fue impreso por completo hasta 1833, como queda indicado.

Pero tres años antes había pedido autorización al Senado norteamericano para presentar su proyecto de la Legislación criminal para el Distrito de Columbia y Gobierno de la Unión Federal. En marzo de 1831 obtiene dicha autorización y adelantó dos partes del proyecto: la abolición de la pena de muerte y lo relativo a la Ley especial que define y castiga los delitos contra el Derecho de gentes. Dicho sistema fue impreso por orden del Senado; mas en mayo abandona la Cámara alta para desempeñar

la Secretaría de Estado para los asuntos extranjeros. En 29 de mayo de 1833 es nombrado ministro plenipotenciario en Francia. Las tres veces que es llamado Livingston a la actividad legislativa promueve sendas mociones sobre reforma de las leyes criminales que, luego, las funciones diplomáticas asignadas le impiden proseguir. Ello le impidió también que la Legislatura de Luisiana no consagrarse su sistema de leyes para dicho Estado y que pudiera llegarse a discutir en el Congreso de la Unión.

Terminada la primera redacción de su plan de reforma legislativa, Livingston, nuevamente designado miembro del Congreso de los Estados Unidos, se dirige a New York para imprimir su trabajo y, una noche, tras haber repasado cuidadosamente su manuscrito, vencido por el sueño lo coloca a un lado y, al despertar, sólo encuentra cenizas como restos de su trabajo. No desespera, reemprende la labor que vuelve a concluir al cabo de dos años, su «sistema» de Leyes penales, que *comprende*: cuatro Códigos, un libro de definiciones y las introducciones a cada uno de dichos cuatro Códigos, escritos en inglés y luego traducidos por T. Jules d'Avezac, presidente del Colegio de Nueva Orleáns.

El Brasil toma el Código de Livingston como base de su legislación, lo adopta Guatemala y la Academia francesa designa a aquél miembro asociado suyo, perteneciendo, como Jefferson, al Instituto de Francia.

Concluidos dichos trabajos, Livingston consagra el resto de su vida a la política: miembro del Senado al ser elevado a la Presidencia su amigo Jackson y, en vísperas de una crisis nacional, contra su deseo, acepta el Departamento de Asuntos Extranjeros. Trátase del momento en que se suscita la división de los Estados del Norte respecto a los del Sur por causa de las tarifas aduaneras sobre las mercancías extranjeras. Carolina del Sur declaró nula la ley que las impone, decidiéndose incluso dicho Estado a recurrir a las armas.

Más tarde es nombrado representante de los Estados Unidos en Francia, donde fue con motivo de un tratado que implicaba reclamación económica; poco sobrevivió Livingston a dicha misión y, de retorno en América, se retira a su tierra de Montgomery, sobre la ribera del Hudson. Sus últimos momentos transcurren entre su mujer y su hija y muere el 23 de mayo de 1836, a la edad de setenta y dos años.

LA OBRA DE LIVINGSTON

El sistema de Legislación penal para la Luisiana, publicado definitivamente al cabo del año 1827 y en el curso del 1828, al igual que el sistema legislativo para la Unión federal, impreso por Orden del Senado en 1831, sólo fueron conocidos en Europa por algunos conspicuos amigos del autor a los que éste había enviado un ejemplar de la edición oficial.

Hasta 1833 no aparece en Filadelfia una edición, primera y completa, de todos los trabajos de Livingston sobre dicha legislación, en cuya publicación figuran los ejemplares destinados por el autor a ser considerados por los publicistas y criminalistas europeos. La repetida edición se difundió, sobre todo, por Inglaterra y, por lo que a Francia atañe, merced a la casa Guillaumin llega a ser conocida en ese país vecino nuestro, al acometer la misma su impresión en 1870, interrumpiéndola, por causa de la guerra franco-prusiana, hasta que logra ver la luz en el siguiente año.

Ha de advertirse empero que la edición francesa no es, ni mucho menos una reproducción de la de Filadelfia, sino una abigarrada publicación, carente por completo de sistemática, de los trabajos de Livingston, preparada por Taillandier, abogado del Tribunal de Casación que —eso indudablemente—, con sincero afecto y encomio hacia el autor norteamericano, hace preceder la publicación francesa de una Introducción por él redactada con evidente devoción, hacia las cuestiones que Livingston abordara, a las que asimismo se acompañan anotaciones. Era también propósito anunciado del editor francés completar la obra con la publicación ulterior del texto de los Códigos, cosa que no llegó a realizarse.

Por lo que respecta al sistema de legislación federal, ha de hacerse constar que comprende dos partes: una relativa a los delitos cuyo conocimiento venía reservado a la competencia de los Tribunales federales, y otra para el Distrito, también federal de Columbia, mera reproducción del sistema para Luisiana, salvo ligeras modificaciones impuestas por las peculiaridades de dicha jurisdicción.

La parte primera comprende todos los delitos que pudieran perpetrarse contra el gobierno y el derecho de la Unión en materia de reuniones, elecciones, excesos de autoridad, en casos de revolución, de traición, en materia aduanera, delitos de piratería, en situaciones bélicas y contra el derecho de gentes. Esta parte sólo se editó en idioma inglés siendo luego revisada en una traducción francesa por Avezac de Castera Macaya, miembro de la Academia de Inscripciones y Bellas Letras de París, y sobrino de Livingston.

Son fuentes de inspiración para éste: Montesquieu, Beccaría, Filangieri, Servan y Bentham por lo que concierne a la legislación penal ampliamente considerada y, en lo atinente a la reforma de las prisiones, el Vizconde Vilain, Howard y los «cuáqueros» de Pennsylvania.

Planea su obra Livingston partiendo de los preceptos fundamentales y, abarcando las medidas tendentes a la protección de la sociedad, concluye preocupándose por los fines que ésta a su vez ha de perseguir mediante la reforma de los reos.

La obra de Livingston está dividida en cuatro Códigos: de

Delitos y Penas, de Procedimiento, de Pruebas, y de Reforma y disciplina de las Prisiones. Hace preceder el autor cada uno de esos cuerpos legales de una introducción.

En el ámbito penitenciario, se sitúa el criterio de Livingston entre los dos sistemas entonces famosos de Auburn y Filadelfia, caracterizados por «el aislamiento celular nocturno, mientras que la vida diurna se desarrollaba (1816) en común bajo el régimen del silencio», o por el aislamiento tanto de día como de noche, interrumpido solamente por paseos en patios celulares, con visitas periódicas de los funcionarios penitenciarios, trabajando los penados en sus celdas, con asistencia de los mismos a la escuela y a los servicios religiosos mediante dispositivo especial «denominado "alveolo" que aseguraba el aislamiento de los reclusos" (Profesor Eugenio Cuello Calón: «Derecho Penal», tomo I.º páginas 746, 1951).

Livingston adopta en sus proyectos un régimen mixto, encaminado a reunir las ventajas eludiendo los inconvenientes de cada uno de dichos sistemas.

Haciendo una referencia a la legislación que, simultánea o sucesivamente, se aplicó al territorio de la Luisiana hasta la fecha en que él abordaba la redacción de sus anteproyectos reformadores, Livingston alude a nuestras Leyes de Partidas diciendo que «aunque en ellas se haya separado el Código criminal mediante una división especial, las penas se hallan profusamente diseminadas entre los preceptos de índole civil y estos últimos usurpan frecuentemente el lugar de los de índole punitiva». Concluye su informe al respecto diciendo que, entre los Códigos de sus tiempos, el ruso, el prusiano, el toscano y el imperial se hallan expuestos, más o menos, al mismo reproche y respecto al Código Napoleón añade que el mismo ha evitado en gran parte tal defecto al definir los delitos, estableciendo un Código de procedimientos regulador de los juicios contra los presuntos culpables y de imponerles los castigos; pero, en fin de cuentas, tampoco ese último Código «pasa de ahí».

Para exponer su criterio acerca del derecho de penar, dice que éste se halla fundado en un contrato, o en la utilidad, o en la justicia. Que sea el objeto de tal derecho el castigo o la reforma del reo, «tenemos la satisfacción —sigue diciendo— de saber que los resultados deducidos de nuestro razonamiento no pueden ser malos, ya que todas las disposiciones de nuestro sistema coinciden con la justicia abstracta, con la utilidad general y con las cláusulas admisibles de todo supuesto contrato original, y que, ya sean la reforma o el castigo el medio verdadero de prevenir los delitos, nuestro plan de 'Disciplina de las Prisiones' cumplirá dicho objeto objeto, por cuanto abarca una y otro». Además, «si el castigo más eficaz es el que produce la reforma, todas esas teorías se hallan de acuerdo en la práctica, cualesquiera sean las discrepancias de sus razonamientos respectivos».

El criterio ecléctico que adopta se confirma en estas siguientes manifestaciones suyas: «se ha creído más conveniente abstenerse de irrumpir en la palestra de tales controversias —alude naturalmente a las de origen filosófico que repercutían en los pareceres de los criminalistas en boga— así como de adoptar sistemáticamente los dogmas de esas escuelas, procurando más bien reunir, en lo posible, los resultados prácticos deducibles de cada una de ellas».

Por lo que atañe al concepto que Livingston tenía acerca de cómo debía ser el Código ideal a su entender, expresa que «una ley muy breve que contenga los principios a seguir, de modo conciso, pero claro, es la que debe servir de base al Código que la misma ordene redactar». Reconoce asimismo como esencial del Código el que implique «un sistema completo, todas cuyas partes se hallen relacionadas y se sustenten recíprocamente».

Haciéndose eco de las sugerencias de Livingston, la legislatura de Luisiana, mediante Ley de 21 de marzo de 1822, aprobó el siguiente plan legislativo de aquel en materia penal: Un a modo de «Codex» dividido en seis partes: 1.ª) Definición del sentido en que deberán ser entendidas ciertas palabras a través del Código; 2.ª) Disposiciones generales relativas al ejercicio del poder legislativo en materia penal; 3.ª) De los delitos y penas; 4.ª) Procedimiento; 5.ª) Pruebas exigidas en juicio para cada delito; y 6.ª) Establecimiento de una Casa de Corrección, y reglamentos para la administración de la misma. La única laguna, luego subsanada por Livingston, estriba en la omisión, en el plan de referencia, de la codificación del régimen penitenciario; tema que aquél aprovechó para proponer, y conseguir en el referido nuevo Estado, la abolición de la pena de muerte.

De esos libros en que divide su labor codificadora, es el segundo el que más nos interesa de momento, por cuanto se refiere a «los delitos y las penas».

Define Livingston el delito como «un acto u omisión prohibidos por la ley positiva, bajo la sanción de una pena». Todas las contravenciones a las leyes penales reciben genéricamente el nombre de delitos.

Para medir los grados de culpabilidad se atiende al daño inferido a la sociedad y, las penas, para atemperarse a los delitos, se diferencian entre sí por su naturaleza, de modo que distingan el límite que separa los hechos menos nocivos, propiamente denominados delitos («misdemeanours» en la terminología inglesa), de los de índole más «odiosa», los que, también con influjo de dicha terminología, denomina «crímenes» (de «crimes» en inglés). Estos últimos son los únicos a castigar con penas más severas: trabajos forzados, reclusión o privación de los derechos civiles, como medidas independientes de la de prisión.

Tenía inicialmente Livingston el propósito de distinguir, entre

los simples delitos («misdemeanours»), los sólo castigados con penas pecuniarias de los de mayor importancia, los que en Inglaterra se designaban como «high misdemeanours», castigados con privación de libertad y sanción pecuniaria además. También comenzó anunciando su propósito de adoptar el vocablo «infracción», pero concluyó estimando que, de momento, bastaría la división precedente, que tampoco consideraba de gran utilidad, sino simplemente para mejor comprensión de la terminología y facilitar las referencias a lo largo del texto legal que proponía.

Pero, en definitiva, se inclinó a clasificar los delitos por la entidad de los mismos en «crímenes» y meros «delitos», siguiendo en ello a Blackstone.

Estableció también una división de los delitos en PÚBLICOS y PRIVADOS, con propósito de ordenar mejor la distribución del Código, pero advirtiendo que un mismo hecho no podría ser castigado simultáneamente como delito público y privado, pese a los caracteres que en tal sentido pudiera revestir.

Por razón de la pena asignada, tiene en cuenta los delitos merecedores de prisión en penitenciaría por la depravación que aquéllos revelasen por parte del culpable, reservando las penas restantes a los hechos u omisiones que tan sólo revelarían una «carencia accidental» de respeto a los derechos ajenos.

DELITOS PÚBLICOS: Reconociendo que la clasificación a que esta nomenclatura responde habría de tener siempre algo de «arbitraria», y atendiendo a la naturaleza de las infracciones respectivas, incluye en tal categoría de delitos públicos los que atentan a la soberanía del Estado, a los poderes del mismo, a la tranquilidad pública, a las rentas del Estado, al derecho de sufragio, a la libertad de prensa, a los registros públicos, a la moneda en curso, al comercio y a las manufacturas, a la salud pública, a los bienes de dominio público: carreteras, puentes, «cosechas», aguas navegables; bienes en suma cuya titularidad ostenta el poder soberano en beneficio de todos. Igualmente reputaba delitos «públicos» los atentatorios a los cultos y a la moral pública.

DELITOS PRIVADOS: Son los que entrañan o acarrearán perjuicio a los individuos en su reputación, persona, privilegios políticos, derechos civiles, propiedad, estado civil, profesión, comercio, industria y a los medios de adquirir tales derechos o conservarlos.

Indicaba igualmente Livingston su propósito de clasificar bajo uno u otro de los epígrafes precedentes todas las acciones u omisiones que merecían la consideración de «delitos», con excepción de las relativas a sociedades o «corporaciones» (3) y, en cuanto a

(3) Entidad independiente de quienes la integran, criminalmente responsable en Derecho inglés por hechos de sus empleados que aquella autorice.

estas entidades jurídicas indicaba en su primer informe la idea de crear una división especial para las mismas, caso de no encontrarlas lugar más adecuado entre las antes expresadas.

En cuanto a las *penas*, las cataloga a tenor del daño que los respectivos delitos causan y del grado de «intención perversa» que los mismos entrañan. Rechaza cuantos castigos corporales «alientan y aumentan la depravación del alma»; no admite ni el azote (aún en uso en su época), ni los hierros ni las bolas pesadas; como tampoco «esas exhibiciones públicas, más propias para endurecer a quienes las sufren y a corromper a los que las presencián». Menos aún consiente Livingston el empleo de la marca, pronunciándose, mediante notable y enjundioso informe, contra la pena de muerte, la que sólo considera admisible «en el momento mismo en que la sociedad es atacada; pero no cuando ha pasado el momento crítico y ya el enemigo es prisionero de aquella».

PENAS QUE PROPONE: Todas destinadas a lograr al mismo tiempo que el castigo, la reforma del delincuente: reclusión simple, reclusión con trabajo, solitaria. Pero todas esas penas aplicadas de modo que se adapten al grado respectivo de perversidad moral.

Fundamenta la pena de prisión en cuanto ve en la misma el medio de que el delincuente pueda expiar el mal al sentirse privado de la libertad de que hizo abuso al cometer su delito. Propugna se le coloque en estado de «soledad» o aislamiento para «inducirle a la reflexión», permitiéndole trabajar para darle ocupación y «preservarle al propio tiempo de la ociosidad y de la miseria». Le procura la instrucción intelectual y moral que han de ayudarle a saberse conducir. Con algo de sutileza trata Livingston de combinar la aplicación de los métodos de «aislamiento» (o «soledad») y de trabajo; la instrucción aislada y en común, oponiéndose en todo caso al empleo de la violencia.

Aunque ya con esto se penetre algo en el criterio penitenciario de nuestro autor, éste prevé el establecimiento de casas de detención para los sospechosos, de reforma para los que no han cumplido la edad de 18 años; «casas de penitencia» para los que han rebasado dicha edad, así como casas de refugio y trabajo para los excarcelados. Hay también en el sistema de Livingston instituciones o establecimiento de «espera» para los que directa y personalmente ya estén puestos a disposición de la ley; hospicios penales donde se les atiende y cura; establecimientos de convalecencia para los que se hallan en la fase de transición entre «la enfermedad moral y la reintegración a la sociedad».

Tras insistir en que el fin del castigo no puede ser jamás la venganza, advirtiendo de que «no debe inflingirse pena más fuerte que la precisa a la prevención del delito», y después de censurar las penas con que se encontró eran de aplicación en Luisiana (extrañamiento, deportación, prisión simple, prisión con hierros,

exposición a la vergüenza pública, trabajos también públicos, marca indeleble, flagelación y pena capital), se remite al «Código de Disciplina de las Prisiones» como lugar donde se describen las que propone en sustitución, y, con referencia a las «pecuniarias», que a su entender merecen ser conservadas, dice empero que deben ser modificadas en forma de que haya más igualdad entre estas últimas, que se impongan en proporción al importe de los ingresos que perciba el culpable y a base también de que la muerte del reo extinga la obligación de satisfacerlas en su totalidad o en lo que de su importe reste al ocurrir tal circunstancia, pues de otro modo, explica, se convertiría la multa en confiscación total o parcial de los bienes de los herederos del culpable.

La pérdida o suspensión temporal de ciertos derechos civiles las propone principalmente contra la malversación de caudales públicos, a los delitos que revelan carencia de cualidades exigibles a quienes han de desempeñar ciertos cargos. No obstante sugiere se apliquen con moderación y ello para evitar «se forme en la comunidad una masa de descontentos propensos a los cambios violentos». Igualmente se opone a que la privación de derechos se aplique al de ser testigo, pues, pese a las tachas personales que en algunos casos puedan oponerse por razón de las personas, «es preferente el descubrimiento de la verdad», sólo posible en ocasiones mediante la declaración del legalmente declarado inhábil al efecto.

Entre las ventajas que el propio Livingston asigna a las penas por él propuestas figura la de que, mediante la clasificación que de las mismas hace, resultan susceptibles de división «hasta el infinito». Aunque sobre el mismo tema, pero con carácter más amplio, añade que, siendo menos duras las penas, el espíritu público no alentará el apasionamiento de la multitud contra la Ley, impidiendo al paso que los funcionarios y empleados públicos sean influenciados en el cumplimiento de sus deberes, y que una falsa compasión pueda inducir a los jurados a la absolución de los culpables.

Con ocasión de ocuparse de las penas, hace Livingston la siguiente observación acerca de las represiones de males o daños ocasionales —es el supuesto de las que ahora se ha en llamar leyes de «urgencia» o «emergencia»; y a tal respecto manifiesta: «no han de tener mayor duración que el mal que tienden a cortar, debiendo desaparecer con las circunstancias que las determinaron».

Tratando de atemperar las penas a los diversos grados de un mismo delito, emplea el método siguiente: «aumento o disminución en razón fraccionada de la pena asignada al delito simple; así, si la pena correspondiente es una multa de 50 ó 300 «piastras» y prisión de 3 a 12 meses, en caso de agravación habrá que imponer el duplo».

Ya proclamó Livingston principios hoy consagrados respecto a las leyes penales; es el caso de la «irretroactividad»: «Sólo en el caso de que la pena impuesta por una ley posterior sea más sua-

ve se aplicará dicha nueva pena al delito perpetrado bajo la vigencia de la ley precedente». Y, consecuentemente, nadie podrá ser detenido, recluso, juzgado ni condenado en aplicación de una ley derogada por acto realizado durante la vigencia de ésta, a menos que la nueva ley disponga expresamente lo contrario».

Volviendo a su preocupación por la fase de reintegración del penado a la sociedad —a la comunidad como él dice— nos esboza Livingston un a modo de régimen de prueba o de libertad condicional: «No basta con la reforma —del reo— pues, por muy sincera que sea, nunca sería duradera si la sociedad rechaza de su seno al pecador, negándole una fuente de trabajo honrado e induciéndole así a recurrir a sus antiguos compañeros de iniquidades;... ha de hallarse algún medio de probar a intervalos la reforma del penado, dándole ocasiones de recuperar la confianza de la comunidad, mediante contactos graduales con la misma y, si al cabo de tales ensayos, se le considera capacitado para resistir ulteriores tentaciones, asignarle un lugar donde pueda vivir sin reproche». Y se completa este esbozo añadiendo que «esta parte del plan será difícil, pero no impracticable, debiendo preverse un aumento del rigor penal en los casos de «reincidencia», rigor tanto para el castigo en su duración, como en su índole, por medio de privaciones complementarias».

Finalmente en cuanto a las penas, muéstrase partidario de que «sean susceptibles de remisión y de compensación caso de reconocimiento ulterior de la injusticia de la sentencia que las impuso».

Vuelve a ser objeto de preocupación el «enunciado y contenido» de las leyes penales para Livingston: No puede ni debe ser inmutable ninguna disposición legislativa; los cambios vienen impuestos por las circunstancias; las enmiendas legales por la natural imperfección de toda institución humana.

Ahora bien, «las leyes no deben cambiarse sin madurada deliberación, atendiendo a las razones en que aquéllas se fundan y a las circunstancias que las determinaron».

De ahí la procedencia de que vayan precedidas de una «exposición de motivos»: «Conviene..., en la formación de leyes nuevas, establecer claramente los motivos de su creación y los principios que dirigen al legislador en su adopción. Sin tales requisitos, las legislaturas subsiguientes no pueden cumplir provechosamente la tarea de enmendarlas manteniendo la unidad en la legislación y la uniformidad en la interpretación de las leyes».

Por lo que concierne, concretamente, a las penales, «no deben multiplicarse sin necesidad manifiesta y, en consecuencia, determinados hechos, aunque puedan llegar a ser nocivos a los individuos o a las entidades, no deben ser susceptibles de persecución de oficio cuando los derechos a que atenten puedan ser defendidos por la vía civil».

Por lo que al léxico legal atañe, «deben ser escritas en el len-

guaje más sencillo, expresándose claramente y sin equívocos para que no se presten a malos entendidos o a interpretación defectuosa; han de ser asimismo concisas, para ser recordadas con facilidad, definiéndose con precisión cualquier frase o vocablo técnico que contengan. Deben ser promulgadas de forma que sus preceptos se graben en el espíritu popular, por lo que no sólo han de publicarse, sino ser enseñadas también en las escuelas y leídas públicamente en épocas determinadas».

Preocupaba también a Livingston la eficacia de las leyes, y de ahí que aconsejase que en ellas no se dispusiera nada que no fuera susceptible de ejecución y, por la misma razón, siempre que cualquier causa, como la fuerza de la opinión, opusiera obstáculo consistente a la efectividad de una ley penal determinada, debía procederse a la derogación de la misma.

Impugnaba igualmente la lenidad de las leyes penales, por cuanto las de este orden faltan a su finalidad, neutralizando su propio objeto si, por una benevolencia mal entendida, otorgan al culpable un bienestar mayor del que hubiese podido disfrutar en estado de libertad; argumento éste que evidentemente hace pensar en la adecuación de ciertos regímenes penitenciarios actualmente en vigor.

Admitía naturalmente la faultad de concesión del indulto; mas advirtiendó no debe ejercitarse sino «en casos de probada inocencia apreciada tras la condena, o de reforma sincera del penado».

Pensaba en la posibilidad de leyes «preventivas», por cuanto angustia que la ley debía proveer de medios para impedir la total ejecución de delitos proyectados o emprendidos, «siempre que fuese suficientemente manifiesta la intención de perpetrarlos», y descartando la posibilidad de que fuesen a integrar la materia de las leyes penales los medios indirectos de prevención. Esta cuestión la entendía propia de la legislación general atemperada a circunstancias de tiempo y lugar y mediante la difusión de luces a través de la instrucción pública, mediante el progreso de la industria y por medio del acrecentamiento de las facilidades y del bienestar general.

Como criterio diferenciador de las leyes civiles de las penales establecía que las primeras tenían como objeto peculiar la compensación privada, idea ésta esencialmente excluida del concepto de las segundas. En cuanto a la acción civil proveniente de delito, se planteaba el problema de discernir si era más conveniente la combinación de ambas clases de acción, de modo que mediante un sólo proceso se rindiese satisfacción al perjudicado y se acordase el castigo para el culpable; pero, en definitiva, se remitía a razones de «pura conveniencia» que habría de apreciar la experiencia, mejor que el puro razonamiento.

Por último y a propósito de la ley generalmente considerada, propugnó Livingston precepto a tenor del cual las leyes penales habrían de interpretarse «conforme a la acepción propia de sus

palabras); con abolición de las llamadas «fórmulas capciosas» y, para los supuestos de preceptos ambiguos, la declaración «ope legis» de su nulidad con el consiguiente sobreseimiento de la causa incoada al amparo de un precepto de tal índole. Mediante la propuesta de otro artículo sugería la prohibición de los delitos «interpretativos»; es decir, de los creados por los tribunales, obvia consecuencia ésto del principio de legalidad tan propio de la ley penal.

Tratando de los *Grados o fases de perfeccionamiento del delito*, Livingston declara punible la tentativa «en cuanto susceptible de producir alarma»; trátase a su entender de un mal en sí, por lo que la responsabilidad moral del delincuente es igual que si hubiera logrado producir el hecho. No obstante sólo propone en los casos de tentativa la imposición de la mitad de la pena correspondiente al delito consumado.

Reputa motivo de exención de responsabilidad tanto la edad como el parentesco, si bien en ciertos casos: Cuando se traté de menores de 15 años «cualquiera que pueda ser el grado de depravación aparente de los mismos», su verdadera corrección es mediante la educación o la constricción, para lo que en su «Código de Disciplina de las Prisiones» estableció como adecuada una medida que inicialmente en el proyecto del autor consistía en el sometimiento de los «reos jóvenes», en calidad de «aprendices», a un modo de guardian, pero que definitivamente substituyó aquél por el establecimiento de «escuelas de reforma».

El parentesco debe exonerar efectivamente de responsabilidad, alcanzando el criterio al marido o esposa del reo principal, a sus parientes por agnación o consanguinidad en línea ascendente; a los hermanos y hermanas e, incluso, a los «servidores domésticos».

Tratándose de la complicidad de un menor de 15 años, aunque se considere a éste dotado de la inteligencia suficiente para comprender la ilicitud del hecho, la persona mayor responsable principal debe ver su castigo incrementado en la mitad del que le correspondiera, o por lo menos en la cuarta parte si siendo reo principal el menor, ha cumplido ya los quince años.

CRITERIO DE LIVINGSTON ACERCA DE LOS AUTORES, CÓMPLICES Y ENCUBRIDORES: «Cuando un hecho constitutivo de delito se realice por una o varias personas, presenciándose su ejecución por otras conocedoras de la ilícita intención de aquéllos, o bien participándose con actos, o animando con gestos o palabras; o, aún no presenciando el hecho, cuidando de advertir a los delinquentes de que se aproxima quien pueda interrumpir la ejecución; o proporcionando ayuda mediante armas o instrumentos; o adoptando, durante la comisión medidas cualesquiera encaminadas a asegurar la huida de quienes lo han cometido o de quienes les han auxiliado

en la ejecución; todos esos individuos aludidos son delincuentes «principales» (4), pudiendo ser perseguidos y condenados como tales, al igual que los que hayan empleado o preparado medios secundarios que no requieren participación inmediata de otro, aunque tampoco se hallasen presentes, siempre que los medios proporcionados surtan la finalidad propuesta». En la misma situación legal se hallan «quienes hayan aconsejado o consentido un delito estando presentes, aunque no cooperen a la ejecución del mismo».

Son *cómplices* los que, «sin estar presentes durante la comisión, han obligado, excitado o animado a otro, de palabra o por escrito, a que la efectúe; los que prometen ayuda al delincuente principal, aunque no lleguen a prestársela; los que ofrecen dinero, colocación, un cargo público u otra ventaja; o los que, por el contrario, amenacen con cualquier perjuicio o desventaja con propósito de inducir a la persona así amenazada o halagada; y los que proporcionan o preparan armas, instrumentos, hombres, dinero, o que, antes de la comisión del delito, realizan gestiones para facilitar su ejecución».

DE LAS REINCIDENCIAS: Implican el aumento de la mitad de la pena impuesta por el primer delito, cuando ambos hechos pertenezcan al mismo grado. Caso de perpetrarse un delito de la misma naturaleza que los precedentes se reputará al así reincidente «inhabilitado para vivir en sociedad»; con imposición de pena de prisión perpetua con trabajos forzados. Por delitos de la misma naturaleza entiende Livingston los comprendidos dentro del mismo capítulo de los en que dividió aquél su obra legislativa.

Ocupase también el proyecto de Livingston del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos o detenidos, hechos éstos así como el de auxiliar a su perpetración, que se sancionan con pena proporcional a la correspondiente al reo que incurrió en el aludido quebrantamiento; rechazándose así el criterio inglés, en cuyo régimen legislativo tales figuras aparecen encuadradas, con el «perjuicio», entre los «Delitos contra la Administración de Justicia», castigándose el quebrantamiento de condena y el auxiliarlo, conforme al «common law» genéricamente y, más concretamente, en el artículo 23 de la «Firearms Act., 1937», con pena de prisión por tiempo de 14 años. En la legislación británica para el Canadá, la evasión y la ayuda a realizarla se castigaban con penas que oscilaban entre los dos y siete años (Estatuto 55-56 de la Reina Victoria, arts. 187 a 194).

Como antecedente de lo que iba a ser contenido del Capítulo II, Libro III de nuestro Código penal de 1848, después de haberse ocupado de los delitos de «traición», en cuya descripción Li-

(4) En Derecho inglés, «quien comete una 'felony' directamente, o valiéndose de agente inocente».

vingston se atuvo al texto constitucional del Estado de Luisiana, define la «sedición» como el proceder tendente a «desmembrar el Estado por las armas, a derogar o cambiar su constitución». Propone como pena correspondiente la de prisión perpetua en penitenciaría y, para quien en tales actividades participa, excitando a su comisión mediante escrito o palabras, una pena menor.

Viene luego la «insurrección», que es la cometida por una «persona libre (el Código de Livingston no se refiere a otras) que promueve o auxilia a cualquier levantamiento de esclavos contra los habitantes libres del Estado; o bien asiste a determinadas reuniones de esclavos con objeto de animarles o excitarles a la rebelión». Pena propuesta: también la de prisión perpetua en penitenciaría y, para quienes, sin llegar a excitarles de momento a la insurrección, procuran sembrar el descontento entre los esclavos, se prevén como castigos los de multa y prisión.

Vienen a continuación los delitos contra el «poder legislativo»: violencias ejercidas contra una de las Cámaras, para disolver sus sesiones, impedir su reunión u obstaculizar sus deliberaciones; amenazar con violencias a un miembro de aquéllas para influir en su voto, o cualquier violencia efectivamente producida por su actuación oficial; toda seducción o intento de llevarla a efecto contra cualquier representante en la legislatura, así como la aceptación por éste de cualquier presente seductor.

Delitos «contra la Administración»: Reputando Livingston que carecía Luisiana de otras normas al respecto que no fueran las contenidas en la Ley de 1818, que sólo se preocupaba del soborno de jueces y demás funcionarios de la administración de justicia, extiende, en un capítulo por aquél propuesto, tales disposiciones a todos los funcionarios administrativos, perfilando las figuras siguientes: realizar actos oficiales sin previa prestación de juramento; oponerse violentamente a la realización de tal clase de actos; nombrar, mediante soborno, a funcionarios; realizar cualquier acto oficial mediante provecho no consentido legalmente o que no tenga el carácter de emolumento; percibir emolumentos ilícitos o en cuantía superior a los legales; realizar actos prohibidos aprovechándose del carácter oficial; producir un perjuicio o causar un daño por negligencia en el desempeño de cometidos oficiales. En otros preceptos del proyecto se extienden a su vez estas disposiciones a los diputados, a cuantos ejercen un cargo público, aun cuando su nombramiento adolezca de alguna formalidad, y haciendo responsables a los jefes de los hechos realizados por sus subordinados cuando se verifiquen con el consentimiento de los primeros. Dentro de tales medidas quedan comprendidos los empleados de «corporaciones» y quienes desempeñan cargos privados.

En Capítulo relativo a los delitos que afectan al poder judicial, ocupan primer lugar los relativos a jueces y jurados. En ello hace Livingston la salvedad de que, al considerar las medidas pre-

vistas en este capítulo, no se ha de ver en ellas el menor asomo de prevención contra dichos funcionarios, antes bien, dice que se trata precisamente de evitarles los peligros de una ley ambigua que utilizada con malicia o ignorancia, exponen la reputación de funcionarios respetables, a veces por faltas insignificantes. Se aprovecha la ocasión para corregir un defecto que Livingston achacó a la impresión del Código: se prohibía en éste, de modo terminante, que los jueces promoviesen un pleito e aconsejasen sobre el modo de proseguirlos; ahora en cambio se exceptúan de tal prohibición los casos en que los interesados sean parientes próximos, o se trate de asunto que no haya de ser sometido al conocimiento o decisión de aquéllos.

En esta misma parte del proyecto, aunque en Sección distinta, se establece la definición de «acto oficial»; los requisitos que deben llenar las disposiciones judiciales para que la oposición a su cumplimiento sea constitutiva de delito; los casos en que tal resistencia puede revestir caracteres de licitud; de cómo debe proceder el funcionario para merecer el amparo legal; cuestiones todas estas que, en decir de Livingston, igualmente silenciaba la legislación precedente de Luisiana.

No hemos de pasar adelante, partiendo de los delitos que en el planeamiento de Livingston oscilan en su encuadramiento entre los que afectan a la autoridad y al orden y nuestro aludido Código de 1848 insertaba en el Capítulo VIII de su Segundo Libro, sin recoger la curiosa similitud apreciable entre el proyecto del referido autor norteamericano y ese Código nuestro en las disposiciones que éste dedicaba a la rebelión y a la sedición: efectivamente, con miras a estimular el sometimiento a los preceptos legales, sugería Livingston que el que, voluntariamente, o acatando la admonición de un magistrado, se apartase de una reunión ilícita antes de haberse producido el motín, será exculpado de ese delito.

Empleando una fórmula análoga a la practicada en Inglaterra, pero con alteraciones de detalles, y a fin de llamar mejor la atención de la multitud y hacerla comprender el propósito de la Ley, seguía detallando la conveniencia de desplegar una bandera y de proclamar las consecuencias legales de la desobediencia a la orden por la que se intimase la disolución de la reunión o motín. Medidas éstas muy similares a las recogidas en los artículos 4.º a 6.º de nuestra Ley de 17 de abril de 1821, relativa al robo en despoblado y en cuadrilla y en los artículos 20 y 21 de la Ley española también de orden público, de 23 de abril de 1870.

En el primer Código del Canadá (1906) se lee en su artículo 91 lo siguiente: «Es deber de todo 'sherif', de su adjunto, del alcalde u otro funcionario primero municipal, así como de todo juez de paz, de cualquier condado, ciudad o villá, enterado que hay en su jurisdicción doce o más personas reunidas en grupo sediciosamente y en forma tumultuaria con detrimento para la paz

pública, llegarse al lugar, ponerse en medio de los amotinados, o lo más próximamente a ellos que pueda hacerlo con seguridad, mandar en voz alta o disponer se haga el silencio, y hacer o mandar hacer claramente y en voz alta la siguiente proclama o en términos adecuados al mismo efecto: «Nuestro Soberano señor el Rey ordena y manda a todos los aquí presentes que se dispersen inmediatamente y regresen pacíficamente a sus domicilios o a sus licitas ocupaciones, so pena de ser declarados responsables de una infracción susceptible de ser penada con prisión perpétua. Dios Salve al Rey.»

La precedente fórmula de proclama pasó al expresado Código del Canadá de la «Riot Act. 1714» inglesa (Estatuto 2 capítulo 5 del reinado de Jorge I). ¿Fue acaso de ésta última disposición de donde la recogió nuestra Pragmática de Asonadas de 17 de abril de 1774? El texto de élla, como nos lo da a conocer don Santos Sánchez, oficial de la Escribanía de Cámara y Gobierno del Consejo Real, en su «Colección de Pragmáticas, cédulas, provisiones, etcétera» (3.^a edición, Madrid, 1803), es el siguiente: «Para mantener en todo su vigor la autoridad de la Justicia y en su debida observancia las leyes y providencias dirigidas á contener a los espíritus inquietos, enemigos del sosiego público, se manda lo siguiente: ... VII. Luego que se advirtiese bullicio o resistencia popular de muchos a los Magistrados para faltarles a la obediencia, o impedir la ejecución de las órdenes y providencias generales..., el que presida la jurisdicción ordinaria, o el que haga sus veces, hará publicar bando para que incontinenti se separen las gentes que hagan el bullicio, apercibiéndolas de que serán castigadas con las penas establecidas en las leyes, las cuales se ejecutarán en sus personas y bienes irremisiblemente, en caso de no cumplir desde luego con lo que se les manda: declarando que serán tratados como reos y autores del bullicio todos los que se encuentren unidos en número de diez personas.»

Protegiendo los «derechos políticos», un proyectado título octavo del plan de Livingston velaba por el de sufragio y, en cuanto a la «libertad de prensa», se remitía al amparo dispensado a la misma por la sección 21, artículo 6.º, de la Constitución de Luisiana: «La prensa será libre para cuantos quieran conocer la actuación legislativa o de cualquier otra rama de la Administración, sin que pueda promulgarse ley alguna restringiendo tal derecho.»

Aunque no para el Código que proponía a la legislatura del referido Estado de Luisiana, sino formando parte de su proyecto para Código penal federal, Livingston, introducía también en él un título previendo las «Infracciones contra el Derecho de Gentes», en el que, como sección 1.ª de un capítulo II, se trataba del delito de «piratería», hecho que se produce «cuando cualquiera en el mar, de modo ilegal o fraudulento, toma o se apropia o destruye; o intenta tomar así, apropiarse o destruir la propiedad ajena; o realiza o intenta realizar un mal contra la persona de otro.

Para que tal delito exista, el hecho que lo constituye debe ser intentado o realizado por persona o personas procedentes de un barco (con intención) de atacar a otras personas o a los bienes de éstas; que se encuentren en otro barco o en la orilla o de personas o bienes que se hallen en el mismo barco, con tal de que, en este caso último, sea también la de tomar, abandonar o destruir a dicho barco.»

Respecto a la «profanación de cadáveres», no deja de ser curiosa igualmente la distinción que, a propósito de la «disección», establece nuestro autor, según se trate de cuerpos de quienes no dejan ningún ser vivo «que les recuerde», o de los que mueren en prisión o legan voluntariamente sus restos a la cirugía. Para los demás casos y con carácter general entiende Livingston que «la Ley debe proteger los restos cuya memoria es sagrada para los familiares o amigos súperstites.»

Entre los delitos que clasifica bajo la rúbrica de «públicos» incluye naturalmente el arrogarse ilícitamente atribuciones de autoridad judicial; el perjurio, que define como «aseveración falsa vertida verbalmente o por escrito, de modo voluntario e intencional, relativa a cosa o hecho presentes o pasados, bajo la fe de un juramento (o de otra manifestación solemne según la ley presente o futura); que se haya prestado o formulado conforme a ley, mediante requerimiento de la misma, o por ser necesario para el proceso o defensa de un derecho privado, o a los fines de la justicia.»

Otro título del proyecto Livingston se ocupa de los delitos que afectan a los «registros públicos», que se describen con precisión, distinguiendo según las condiciones del culpable en cada caso y con referencia; para su protección penal también, a los archivos o protocolos, así como a las certificaciones que puedan expedirse contraídas a los mismos.

En apartado distinto se dedica a los delitos contra el curso de la moneda legal, distinguiendo la mera posesión de monedas falsas del caso en que el propósito sea hacerlas circular como legítimas, y no sólo en el propio Estado, sino incluso en el extranjero.

Se prevé todo perjuicio a los ingresos del erario público, castigando las malversaciones y el quebrantamiento de los depósitos, estableciendo un sistema preventivo mediante la exigencia de un certificado para extracción del numerario a fin de identificar los supuestos de cancelaciones ilícitas. Se protege asimismo al comercio y a la industria, incluso extranjeros; se prescribe la inspección de ciertos artículos; se sanciona la alteración o falsificación de sellos, timbres y marcas. No se omite lo relativo a los fraudes en los contratos de seguros, o en el uso de pesos y medidas, o en el empleo de etiquetas falsas en las mercaderías, particularmente si tratan de acreditar la cantidad y calidad de los artículos contenidos. Se trata de salvaguardar, en suma, la validez de los contratos mercantiles; citándose a este respecto como antecedentes

tenidos en cuenta por el autor el Estatuto inglés 8 Ricardo II (c. 4), mejorado por el 8. Enrique VI (c. 12), dos del reinado de Guillermo II, cinco del de la reina Ana y ocho del de Jorge III.

Como quiera que todos esos precedentes ingleses resultaban propicios a la obscuridad interpretativa, el configurar los delitos atentatorios a la validez de los contratos, se abstiene Livingston de enumerar sus diversas clases, definiendo sólo el delito de modo que fuera susceptible de aplicación a toda clase de instrumentos y contratos, atendiendo primordialmente al efecto que éstos estuvieran llamados a conseguir y que la Ley está llamada a proteger contra las falsedades.

Correspondiendo al título 5.º del libro II de nuestro Código penal de 1848, elaboró Livingston un título 15 de su proyecto, más comprensivo por cuanto no sólo se atenía en el a los delitos contra «la salud», sino que también traba de los atentatorios a la «seguridad» igualmente pública. En ese proyecto del autor norte americano se establecían medidas contra la «introducción de enfermedades contagiosas o pestilenciales»; pero ésto era cuando redactaba su primer informe pues, debido a una simultánea revisión legislativa por la legislatura de Luisiana, en su proyecto definitivo se contrae a lo que es materia propia de la citada seguridad pública, y así propone el castigo del almacenamiento de más de diez libras de pólvora a menos de cien yardas de casa habitada o habitable, o de un camino público o de una plantación. Por lo que hace referencia a la «salud pública», se constriñe a sugerir la sanción para quienes «realizan un comercio nocivo a la salud de sus convecinos; a quienes falsifican mercancías, licores o drogas de forma que resulten perniciosas a la salud.» Asimismo propuso tres preceptos castigando a quienes maliciosamente hicieran aspirar a otro cualquier sustancia deletérea.

Cual hacía nuestro ya citado Código de 1848, Livingston en su proyecto dedicaba un capítulo a las acusaciones falsas, a las amenazas de formularlas con propósito de obtener lucro y, en capítulo consecutivo, se ocupaba del «perjuicio a la reputación» por medio de publicación de escritos tendenciosos «para provocar el menosprecio o ridículo contra otro utilizando al efecto firma distinta o apodo»; ampliando el concepto de la «coacción» pensando en casos en los que con ésta el culpable se proponga la ilícita obtención de bienes o propiedades «o de cualquier otra clase de provecho.»

Al llegar a las modalidades que Livingston establece respecto a los delitos que fundamentalmente atentan contra la «integridad personal» antes de resumir el criterio de dicho autor sobre tales matices, se considera conveniente una indicación somera del sistema inglés en orden a esas figuras, por ser el que evidentemente inspiró a nuestro autor al tratar de éllas y, sobre todo, para facilitar la comprensión, en lo posible, de los matices o subdivisiones que establece aquél, ciertamente en forma algo compleja.

Sustancialmente, el Derecho penal inglés distingue, de muy antiguo, a propósito del «homicidio», las variedades de «culpable», involuntario», «homicidio simple» y el «asesinato». Son casuismos paulatinamente recogidos en la formación del «common law», pero que han trascendido a la etapa legislativa estatutaria, cual se puede comprobar en uno de los ejemplares de su proyección ultramarina: el Estatuto 55-56 Victoria, c. 29, ya aludido como primer Código penal canadiense.

El homicidio es «culpable» cuando la muerte se ha producido con ocasión de perpetrar otro hecho ilícito; o por abstenerse, sin causa legítima del cumplimiento de un deber; por la concurrencia de los dos supuestos precedentes; por inducir a otro que realice un acto que le ocasione la muerte; o por asustar a un niño o a un enfermo.

Es «involuntario» el homicidio cuando se comete en un acceso de cólera provocado por la víctima.

El mero homicidio, u homicidio «simple», se caracteriza por una total ausencia de intención.

Finalmente, el «asesinato» tiene lugar cuando ha mediado intención de causar muerte, aunque sea a persona distinta; por la realización de un acto susceptible de producir la muerte; cuando ésta se origina al realizar actos de lesa majestad, de piratería, de evasión o de auxilio a la misma, por resistirse a la detención lícitamente intentada, fractura nocturna, incendio; al administrar estupefacientes o soporíferos, por paralizar la respiración.

Livingston distingue el homicidio «culpable» que, a su vez y en su sentir, puede ser «justificable» o «excusable». El homicidio «criminal», que abarca hasta seis categorías que van, desde la inferior en gravedad, hasta el asesinato. Distingue también un homicidio «negligente» y una «negligencia de 2.º grado». Y, por último, configura el homicidio «voluntario», que puede ser meramente culpable («manslaughter») y el «asesinato», en el que incluye hasta el «infanticidio».

Para Livingston es «justificable» el homicidio cuando se trata de la ejecución de la pena capital, o cuando se produce defendiéndose del enemigo, como en el caso de guerra; o si tiene lugar en el desempeño de otras obligaciones impuestas por el Estado, cual oponerse a las rebeliones, insurrecciones, o motines; en defensa de nuestras familias o de nosotros mismos o de nuestros bienes; precisando el autor a tales respectos los requisitos que habían de caracterizar a la resistencia para que fuese «legítima», así como la extensión, grados y naturaleza de la misma y del ataque contrario.

El homicidio «excusable» se distingue de la categoría precedente porque en ésta se caracteriza el hecho por su voluntariedad, mientras en los que concurren circunstancias merecedoras de excusa es peculiar la ausencia de intención.

Como ejemplo del homicidio «negligente» ofrece Livingston el

caso de que «la muerte se haya causado accidentalmente al disparar un arma de fuego que se creyó no estaba cargada, sin previo examen de la misma», en cuya omisión aprecia la existencia del delito que, por otra parte, no existe en su sentir «si el examen previo y cuidados tuvieron lugar y, por cualquier particularidad desconocida para el autor, pudo éste creer no estaba cargada el arma, a pesar de estarlo.»

Cualifica el homicidio por «imprudencia de 2.º grado» una negligencia mayor; es el homicidio «cometido involuntariamente al realizar un acto lícito; pero de modo y en circunstancias tales que hacen prever un peligro, al menos aparente, de que se cause la muerte, sin que, para evitarlo, se hayan adoptado las precauciones necesarias.»

Para Livingston el homicidio reviste la gravedad propia del «asesinato» cuando se perpetra mediante emboscada, incendio o empleo de veneno. La condición de la víctima juega también para determinar esa calificación: tales los casos de ser mujer, varón de más de setenta años, menor de dieciseis; perpetrarse de noche o en viaje por camino público

Como tercer grado del asesinato recoge Livingston lo que los escoceses vinieron denominando «murder under trust» (asesinato por confianza); es la muerte «perpetrada contra quien, respecto del agresor, se halla en una de las situaciones o estados siguientes: ser su consorte, tutor o curador, pupilo, colateral hasta el segundo grado inclusive, patrono, doméstico, maestro, hospedero, huésped, médico o cirujano; o contra quien tenía depositada su confianza en el agresor, bajo promesa, expresa o implícita, de lealtad y protección».

El «parricidio» se castiga en el proyecto con reclusión perpetua, siendo la figura más grave dentro de los supuestos de asesinato. A propósito del «infanticidio», nuestro autor pondera los motivos de deshonra de la madre.

«Suicidio»: No lo incluye Livingston entre las figuras delictivas, si bien propone penas para quienes ayudan a la víctima en su acto de desesperación, o para quienes, pudiéndolo impedir, no lo evitan.

«Duelos»: Reconociendo las dudas que suscita la ineficacia de las penas más severas cuando domina nuestro actos el coraje; el temor a la vergüenza y la dignidad personal, opta Livingston por la sugerencia de satisfacciones preceptivamente impuestas a cargo de los provocadores y, en defecto de aquéllas, de mantenerse los términos del duelo, estableciendo penas de dos a seis meses de prisión restringida, y cuatro años de suspensión de los derechos políticos. Tales penas se aumentan, de llegar a verificarse el duelo, con mayor tiempo de reclusión y suspensión de los derechos civiles y políticos en razón del perjuicio resultante. Si éste consiste en heridas «causadas traicioneramente», se califica de «asesinato» por la perfidia que implica la violación de las

estipulaciones del duelo o recurrir a una ventaja que no pueda estimarse ha sido intencionalmente pactada. También incurre en «asesinato» el duelista que hiere a su adversario cuando éste ya estaba desarmado o «en situación de indefensión»; o si el que hiere mortalmente lo hace sin riesgo propio y aprovechando una oportunidad.»

Haciendo consideraciones acerca de las figuras delictivas que preceden, argumentaba Livingston sobre el «arrebato u obcecación» diciendo: «El que, a impulsos de una pasión repentina, quita la vida a un adversario que le ha provocado, experimenta el efecto íntimo de un castigo tan vivo que el que, por azar o negligencia, ha cometido el mismo acto.»

Al «aborto» dedicó el autor norteamericano todo un capítulo en el que se refiere a «la destrucción de la vida humana en su estado más incompleto» y especifica, a efectos punitivos, naturalmente, el que haya mediado empleo de violencia, administración «interna» de drogas, con o sin el consentimiento de la mujer. Se agrava la pena en los casos en que el delincuente es profesional (cirujano) y, si resultare muerte, se califica el hecho de «asesinato».

Un título, integrado por cuatro capítulos, tiene objeto los delitos «contra las costumbres», a cuyo propósito se trata en primer lugar de las «casas de desorden», recogiendo preceptos ya en vigor en el territorio de Luisiana cuando se elaboraba el proyecto, si bien en éste se definen los delitos correspondientes con mayor precisión.

Por el contrario, preceptos nuevos por completo para el expresado territorio son los que integran el segundo de los capítulos aludidos, cuyo epígrafe reza: «Delitos contra la Decencia»; es decir: exposición indecente de personas, frases indecentes o insultantes proferidas contra una mujer; la seducción de ésta so promesa de matrimonio, y la infamia de prestarse a servir los vicios de otro.

Hace constar aquí Livingston que, si bien el caso aludido de «seducción» no se hallaba castigado en el régimen legal inglés, de no ir precedido de confabulación al efecto, introduce él tal figura en su proyecto teniendo en cuenta la perversidad que implica «traicionar la confianza tácita, quebrantando las promesas más solemnes y causando, no sólo la desgracia de una víctima inocente, sino además el deshonor e infortunio para la familia de la misma. Por todo ello estimaba que el hecho en cuestión era merecedor del más ejemplar de los castigos.

Asimismo, por consideración dominante que al menos entonces, censuraba a «los mercenarios que se prestan a procurar a otros la inocencia seducida o comprada», proponía Livingston castigo penal para los alcahuetes.

En cuanto al «adulterio», no reconocido por el sistema inglés, se decidió Livingston a reputarlo delito por considerar se trata de

un acto de tal naturaleza que provoca el resentimiento del ofendido, llevándole a la venganza y a perpetrar acaso un delito aún más grave si las leyes no castigan aquél: «Así es la naturaleza humana, y no hay legislación capaz de impedir se busque protección que la Ley no dispensa: ... insultos, duelos, asesinatos, envenenamientos, tales serán las consecuencias de una omisión legal.»

Por análogas razones, ya que no idénticas, se propone el castigo para la mujer infiel, y también para el esposo que mantiene concubina «usurpadora de los derechos de la consorte legítima»: estableciéndose una distinción entre ambos procederes por obvias razones naturales. Se castiga con prisión y multa al amante de la esposa y, para evitar toda posible colusión infame, no puede emprenderse acción criminal contra la mujer si no se hace simultáneamente contra el cómplice de la misma en el adulterio, con lo que «al paso se pretende evitar la indiferencia del culpable principal». Dicha acción ha de ser ejercida a instancia de la parte perjudicada u ofendida, decayendo si hay reconciliación anterior a la sentencia.

Entre los delitos genéricamente reputados por Livingston como «privados» figuran los que afectan a los individuos en el ejercicio de su religión, y la admisión de los mismos en el ordenamiento penal la fundamenta el autor en que tiende a «reprimir o evitar toda tentativa de inquietud o persecución provocada por la intolerancia o el fanatismo».

«Delitos contra la reputación»: Se trata, al castigarlos, de proteger «limitadamente» la libertad de imprenta; si bien procurando evitar que la misma se utilice como medio destructor de reputaciones. Y es así como se pena el «libelo contra el gobierno», o contra los tribunales, contra los cuerpos legisladores. Se ocupa naturalmente a este propósito Livingston de la «difamación», también «causa frecuente de duelos, para cuyo delito se deja cierto arbitrio judicial en orden a la imposición de penalidad según las circunstancias del caso y de que el ofensor satisfaga (aunque sea moralmente) al ofendido; limitándose el castigo a una multa y al pago de los gastos de publicación del fallo condenatorio si el autor del libelo se confiesa tal espontáneamente, o si manifiesta del mismo modo que sus asertos carecen de fundamento, o que iban dirigidos contra persona distinta. Por supuesto, se equipara la difamación «verbal» a la «escrita».

Entre estas figuras, se consigna la del delito «multitudinario» de la quema o ahorcamiento «en efigie».

Al ocuparse de los delitos «contra las personas» que, cual quedó indicado, Livingston diferencia de los que atentan a la «integridad personal», comenzaba por los hechos que a su entender revestían menor gravedad, tales como las «amenazas» o «vías de hecho», para seguir ocupándose de la prisión o detención ilícitas, y dedicando otra sección a las «coacciones ilegales contra el sexo femenino».

Un capítulo del proyecto de nuestro autor se ocupa de la «violación», especificando los supuestos en que el delincuente haya empleado violencias, soporíferos u otras drogas; «cuando se hizo pasar por el esposo de la víctima», arguyendo respecto a todos estos casos que, «si bien en esta clase de hechos aparentemente existe otorgado el consentimiento de la víctima, debe entenderse hay ausencia total de dicho consentimiento desde el momento en que se recurre al fraude. La violación se castiga con reclusión perpetua.

Todo otro artículo consagra Livingston a los casos de «sustitución de hijo», «simulación de parto», destrucción o falsificación de los libros de registro del estado civil (esto último cuando el propósito es «empeorar la situación de otra persona»); la exposición de niños, la bigamia.

Entre los delitos contra la «propiedad» se coloca en primer lugar (sin duda por el mayor peligro susceptible de todo estrago) el de «incendio» («arson») que ya venía castigado en el territorio de Luisiana con prisión perpetua si provocado en ciertos edificios, o con siete años de trabajos forzados si en otra clase de instalaciones. Livingston propone para el incendio la pena de catorce años en penitenciaría si afecta a casa de residencia; el causado en las restantes instalaciones con penas proporcionadas al valor de los bienes afectados. También se prevé en dos preceptos subsiguientes la «destrucción maliciosa», aunque no sea por el fuego, «de títulos o pruebas de propiedad y el levantamiento o destrucción de mojones que marcan los linderos de las fincas».

Se prevé el caso de «efracción»; es decir: el «entrar en una casa clandestinamente, o por la fuerza, o mediante amenazas; de noche, empleando fraude, o incluso entrando de día y escondiéndose hasta la llegada de la noche, todo ello con propósito de cometer un delito».

Explica Livingston lo precedente en el carácter de «delito intermedio» que esos hechos revisten entre el daño malicioso a la propiedad y la apropiación fraudulenta de ésta, ya que la entrada en casa ajena en las circunstancias apuntadas puede no tener el móvil de causar perjuicio a los bienes.

Define la «apropiación indebida» como la de índole «fraudulenta de bienes personales confiados al culpable con otro objeto»; figura ésta por supuesto que radica en el concepto del abuso de confianza y en la que incluye, o a la que equipara la «apropiación fraudulenta de bienes hallados».

Sobre estos particulares se lamentaba Livingston de que, por error de imprenta padecido al editar el texto del Código por él propuesto, se hubiesen incluido en esta parte dos artículos relativos a los «bienes hallados procedentes de naufragio»; cosa que, aclaraba seguidamente, debía tratarse a propósito de las «apropiaciones indebidas».

Por otra parte, aunque someramente, se trata de la «violación de correspondencia», que se castiga con multa y prisión.

«Delitos perpetrados contra la propiedad, ya empleando ardides fraudulentos o mediante el robo propiamente dicho». Recuerda a este propósito Livingston cuán incierta era la ley inglesa y, tras definir el «robo simple», de modo que se evita sea confundido con otras apropiaciones fraudulentas, asigna a dicha figura, en tres secciones distintas de su proyecto, diversas agravaciones por razón, sucesivamente de que el robo se produzca con «fractura» y a base de que se produzca «de día» en una casa, o sin entrar en ella; para distinguirlo de la «burglary» inglesa (vulgarmente traducida por «robo con escalos»), pero que técnicamente sólo puede cometerse mediante la entrada «de noche» y bastando haya el sólo propósito de «entrar», lo que asemeja más esta figura al «house-breaking», consistente en el mero escalos.

Por si con ello se puede contribuir a mayor aclaración: en Derecho inglés, el «burglary» consiste en «irrupir, de noche, en hogar ajeno y con propósito de cometer un delito susceptible de ser calificado como 'felony'». «Home-breaking» es lo anterior; pero realizado de día o de noche, en cualquier edificio, habitado o no.

Con pena más leve proponía Livingston fuese castigado el hecho introducirse «furtivamente».

A propósito del «hurto», explica el tratadista americano su castigo, e incluso cierta agravación que establece, con la dificultad que implica para la víctima defender sus pertenencias frente a la «habilidad» del ladrón. Otra modalidad del hurto la recoge Livingston de la figura inglesa de la «robbery», que consiste en llevarse fraudulentamente la propiedad ajena «bien cogiéndola de la propia persona de la víctima, con su conocimiento, pero contra su voluntad; ya por la fuerza, o por temor de algún daño ilegal contra la persona, sus bienes o su reputación».

Reconocía igualmente Livingston el matiz de la 'receptación', que describía diciendo era «recibir un bien que se sabe ha sido robado».

Otro título se ocupa de los «delitos que afectan a los individuos en el ejercicio de su comercio o profesión»; pero tan sólo contiene la referencia a las partes del proyecto en que deben figurar tales delitos, por entender imposible agruparlos bajo la rúbrica indicada separadamente sin riesgo de incidir en repeticiones o de prejuzgar otras normas del propio Código.

No se omiten tampoco las «quiebras fraudulentas», objeto de un capítulo, y a propósito de las cuales se tienen presentes los casos de deudores de mala fe, de quienes les ayudan a defraudar a sus acreedores. Quien realice un balance fraudulento, o malintencionadamente destruya libros o papeles, merecerá la pena de prisión en penitenciaria. En los demás supuestos se disminuye el rigor penal, limitándose éste a la suspensión de determinados derechos civiles o políticos, o a la prisión simple. La situación de insolvencia (sus-

pensión de pagos) excluye la imposición de multa, aunque ésta se impone a los que participan en «colusión» con el insolvente y siempre que fundadamente se suponga disponen de medios para satisfacerle las deudas que a su vez con él tengan pendientes.

«Delitos culposos»: Son los cometidos por «descuido» o por «accidente»; cuestión que suscita a Livingston el problema de la congruencia con la disposición general por él establecida y conforme a la cual se exige el concurso del acto y la voluntad para que constituya delito. Recurre aquél al arbitrio de estimar que «la falta de cuidado y atención ordinarios puede equivaler a la malicia intencional», siendo en consecuencia conveniente distinguir entre el «acto cometido por negligencia con propósito de realizar otro», y «ese mismo acto cometido negligentemente pero sin intención alguna de perjudicar». Se hace la aclaración de que los preceptos que tratan de estas cuestiones no son aplicables al homicidio, para el que, como quedó apuntado, ya hay reglas específicas.

Tratando de esos delitos que nos hemos habituado a designar como «culposos», dedica particular referencia Livingston a los «accidentes», designación ésta que el autor califica de impropia. La frecuencia de los mismos —añade— «hace aconsejable la intervención legal. Actualmente —proseguía— se reputan 'excusables'; pero cuando se imponga la obligación de obrar con la circunspección que la prudencia aconseja vanamente, ha de considerárseles delitos y es de esperar que, así, se utilicen mayores precauciones».

Un capítulo aislado va dedicado a «delitos diversos» por no haber encontrado el autor sitio más adecuado para hechos que, indistintamente, pueden afectar a la persona, a la reputación o los bienes, a la profesión o al ejercicio del comercio. En todo caso, sólo cabría, como el propio Livingston indica, emplazar tales figuras entre las «confabulaciones»; pero entonces éstas a su vez habría que ir las situando, con tediosa reiteración, en cada uno de los títulos relativos a especies de delitos susceptibles de someterse mediante colusión o confabulación.

La «confabulación» es definida como «un acuerdo entre dos o más personas para realizar cualesquiera actos ilícitos que, por esa colusión, pueden resultar perjudiciales a la comunidad o a alguno de sus miembros».

Bajo el epígrafe precitado se colocan los acuerdos adoptados para perpetrar delitos, para promover acusaciones falsas, para causar determinados perjuicios que, de realizarse por un sólo individuo, no constituirían delito. El delito de «confabulación» estriba pues, en el propio «acuerdo», con independencia de que llegue a ejecutarse o no, «por cuanto si el delito se condicionase a la efectividad de la ejecución, el mal no podría ser penado y el mero acuerdo ya es de por sí un hecho revelador de manifiesto designio, de propósito formado, algo ya diferente a la mera intención sólo albergada en el interior de un individuo; y ello no sólo por ser aquella más susceptible de prueba que ésta, sino por cuanto es hasta

más difícil su desistimiento espontáneo». Por ello, aunque la confabulación se descubra antes de su ejecución, es nociva de por sí, por cuanto causa «alarma» para la víctima o víctimas elegidas por los confabulados; un peligro mayor, pues generalmente los propósitos de tales concertos revelan la mayor gravedad deducible de que se requiera la intervención de varios.

Entre las confabulaciones se mencionan especialmente las encaminadas a perjudicar el normal desenvolvimiento del comercio, provocando alzas o bajas en los precios y salarios; la reducción de éstos por parte de los empresarios (supuestos entonces ausentes en el derecho punitivo inglés); las dirigidas a conseguir, por una u otra parte de la relación laboral, más o menos horas de trabajo. Movidó por innegable criterio de equidad, a la pena de multa que prevé para las confabulaciones de trabajadores, añade la de privación de libertad cuando los confabulados sean los patronos o empresarios.

Finalmente, en el plan propuesto por Livingston se incluyen artículos encaminados a prevenir toda oposición u obstrucción a las reuniones lícitas; mientras que, revelando otra vez el criterio punitivo colonial inglés (que anteriormente recogió el ya citado primer Código del Canadá), se castiga el «pugilato» por cuanto «dicho escandaloso espectáculo deshonra a la sociedad».

* * *

Acabado con lo anterior cuanto se ha estimado más sobresaliente de la obra penalista de Livingston, según quedó ofrecido desde un principio al lector, sólo queda ahora por parte de éste —si cree valerle la pena—, considerar hasta qué punto fue justificada la extrañeza, también indicada en un comienzo, de ser tan escasamente difundido el conocimiento de este autor —y aún menos el de su obra— que, cual de igual modo ha podido apreciarse, elaboró un sistema penal de tantas coincidencias con nuestro correspondiente Código de 1848.

Verdad es que esto no bastaría para darle renombre, pese a ser ese Código penal a modo de «cañamazo» sobre el que se han seguido «bordando» nuestros códigos y reformas o revisiones ulteriores; mas, obligados a mantener por espacio de muchos años la creencia, a fuerza de insistencias reiteradas y de un lamentable descuido, que el «apostolado» de la metodización de esta rama jurídica se personalizaba, al menos como inspiradores o propulsores, en Filangieri y Bentham, sobre todo en éste, no pudo pasarnos por alto el mérito de un autor que logra, por la sola fuerza de su trabajo y habilidad sistemática, el triunfo que representa esa espontánea acogida legislativa, mendigada en vano por el díscolo utilitarista inglés ante las Cortes europeas y el propio Congreso norteamericano, al no bastarle al efecto —o acaso serle tardía— la propaganda lanzada por admiradores o prosélitos, más fervientes y nume-

rosos, por descontado, de los de Livingston quien prácticamente careció de ellos y sólo tuvo en su apoyo la coyuntura política de su país.

Sustentamos también el parecer de que fue más sistemática y completa que la de Bentham la obra de Filangieri, sin duda por ser éste más minucioso y perseverante que el anciano renegón del «common law», menos jactancioso y más realista, aunque igualmente apasionado, cual acontece con sus respectivos mentores españoles: Toribio Núñez y Juan Ribera, cuyos ecos a su vez hasta es dudoso llegasen a repercutir en nuestro Código de 1822, centón éste que sólo reviste el valor de pura curiosidad histórica, pese al noble propósito que lo inspiró y no fue otro que el de cumplir lo que había dispuesto o indicado el artículo 258 de la Constitución española de 1812 en orden a la empresa codificadora.

* * *

Esa necesidad ya venía advertida de más atrás, como lo atestiguan los «Discursos Críticos» de D. Juan Francisco de Castro, vecino de Lugo y Abogado de la Real Audiencia del Reino de Galicia, al demostrar «la necesidad de un nuevo y metódico Cuerpo de Derecho» (Madrid, 1765); los «Auxilios para bien Gobernar» sugeridos desde el exilio en París, a Felipe V, por Melchor Rafael de Macanaz (Madrid, 1789 «Auxilio III»); el «Discurso sobre las Penas» de D. Manuel de Lardizábal Uribe, obra más orientadora o «básica» que metódica sobre el contenido de las leyes penales (de la que en 1916 se hizo una edición en Madrid por la «Biblioteca Criminológica y Penitenciaria»); y, sobre todo, la «Idea de un nuevo Cuerpo Legal», de D. Antonio María de Acevedo (trabajo del que se tiene noticia a través de la referencia del mismo en el Tomo III del «Ensayo de una Biblioteca Española de los mejores Escritores del Reinado de Carlos III», 1785), donde se alega que, «siendo las leyes las que dirigen al hombre en sociedad, las que contienen sus pasiones..., es muy clara y evidente la necesidad de saberlas todos los que están sujetos a su imperio. No obstante se ve que en el estado actual es sumamente difícil su noticia... Esta dificultad consiste... en las muchas colecciones; pero mucho más en la confusión de la nueva Recopilación..., falta de método».

Y, efectivamente, esos defectos, no sólo españoles, sino de todo el mundo entonces, son los que Livingston apreció en el derecho en uso en el territorio de Luisiana, particularmente en el penal, y trató de atajarlos con la obra que resumidamente hemos expuesto a la consideración de nuestros lectores, de los que cabe esperar no les mengüe su interés hacia la misma el tiempo de que data, por cuanto participen de la opinión de que la «Historia es maestra de la vida».

B I B L I O G R A F I A

I.—OBRAS DE CARÁCTER JURÍDICO: BENTAM (Jeremías), *Oeuvres de...*, *Jurisconsulte anglais*; *Extraits des Manuscrites de...* par Et. Dumont, Bruselas, 1840; Bowring (Jhon), *The Works of Jeremy Bentham*, Edimburgo, 1843; CASTRO (Juan Francisco), *Discursos criticos sobre las leyes y sus intérpretes*, Madrid, 1765; FILANGIERI (Cayetano), *Ciencia de la Legislación*, traducida al español por Juan Ribera, Madrid, 1821; FOX (Sanford J.), *Statute Criminal Law: The Neglected Part*, en «Journal of Criminal Law and Criminology», noviembre y diciembre 1961; Guillaumin et Cie: *Exposé d'un Système de Legislation Criminelle pour l'Etat de la Loussiane...* par Edward Livingston, París, 1872; HALÉVY (Elie), *The Growth of Philosophic Radicalism*, New York, 1928; HÉLIE (Faustin), *Code de Procédure de Livingston*, en «Revue Etrangère et Française de Legislation», 1835; LARDIZÁBAL y URIBE (Manuel de), *Discurso sobre las Penas...*, editado por la «Biblioteca Criminológica y Penitenciaria», Madrid, 1916; MACANAZ (Rafael Melchor de), *Auxilios para bien gobernar una Monarquía (Axilio 3.º)*, Madrid, 1789; National Prison Association, *Complete Works of Ed. Livingston*, New York, 1864; NÚÑEZ (Toribio); *Sistema de la Ciencia Social*, Salamanca, 1820; SEMPERE y GUARINOS (Juan); *Ensayo de una Biblioteca Española de los Mejores Escritores del Reino de Carlos III*, Madrid, 1785; SILVELA (Luis); *Bentham y su expositor español Toribio Núñez*, Discurso de recepción en la Real Academia española de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1894; TAILLANDER, *Réflexions sur les Lois Pénales de France et d'Angleterre*, París, 1824.

II.—OBRAS SOBRE HISTORIA DE LA LUISIANA (existentes en el antiguo Seminario de la Cátedra de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América de la Universidad Central, de donde tomó las citas el autor de este artículo); ADAMS (Henry); *History of the United States during the Administration of Jefferson and Madison*; BABCOCK (K.C.); *The Rise of American Nationality*, «American Nationality Series»; BOURNE (E. G.); *Spain in America*, en «American History Review», vol. 5; BROWN (W. G.); ANDREW JACKSON DERRY (John W.); *William Pitt*, Londres, 1962; DOYLE (J. A.); *English Colonies in America*; ELSON (Henry W.); *History of the United States*; FORD (Paul Leicester); *Biography of Jefferson*; GÁRRISON (G. P.); *Westward Extension*, en «American Nation Series»; GRANT (W. L.); *The Voyages of Samuel de Champlain*; HART (A. B.); *American History told by Contemporaries*; HODGE & LEWIS; *Spanish Explorers in the Southern United States*; HOWARD (G. E.); *The Preliminaries of the Revolution*; HUNT (C. H.); *Livingston's Life*, New York, 1864; MAHAN (A. T.); *The War of 1812*; OGG (F. A.); *The Opening of the Mississippi*; PARKMAN; *La Salle and the Discovery of the Great West*; el mismo; *The Pioneers of France in the New World*; PHELPS (Albert); *New Orleans and Reconstruction*; ROOSEVELT (Theodore); *The Naval war of 1812*; SEMPLE (Ellen); *American History and its Geographical conditions*; SLOANE (W. M.); *The French war and the Revolution*; SPEARS (J. R.); *The History of the Mississippi Valley*; SUMNER (W. G.); *Biography of Andrew Jackson*; y WINSOR (Justin); *The Westward Movement*.

La causalidad en Derecho penal ^(*)

ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG

Prof. Ayudante de la Facultad de Derecho

Con la alusión a la causalidad pretendemos agrupar una serie de problemas que tradicionalmente se estudian en Derecho penal al exponer las teorías causales. Nuestro estudio está dedicado a investigar: primero, si tales problemas pertenecen, realmente, al dominio de la causalidad, y, segundo, qué otros criterios podrían ser utilizados para hallar respuesta a estas cuestiones, en el caso de que se demostrase necesario su tratamiento fuera del campo de la causalidad.

No es posible entrar aquí en una exposición sobre la evolución del problema causal—tan unido al desarrollo del concepto del tipo— (1); baste indicar a este respecto que hoy—como efecto de la crítica al dogma causal— están de acuerdo todas las escuelas sobre el limitado número de delitos en los que pueden surgir problemas causales, a saber: en los delitos de resultado (por ejemplo, homicidio, lesiones, incendio) (2).

(*) En el presente trabajo se consideran algunos de los puntos tratados en mi tesis doctoral: Die innere und die äussere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht, presentada en la Universidad de Hamburgo en septiembre de 1962. Escrita bajo la dirección del profesor Heinrich Henkel, ha podido ser llevada a cabo con una beca de la Fundación Juan March. Se tiene en cuenta exclusivamente la doctrina alemana.

(1) Sobre ambos puntos, con detalle, en mi tesis. Sobre la tipicidad, entre las obras recientes, véase, sobre todo, Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe 1957.

(2) Así WELZEL, *Studien zum des Strafrechts*, en: «ZStW 58» (1939), pág. 492; *Das deutsche Strafrecht*, 7.^a ed., Berlín 1960, pág. 40; MEZGER, *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-Munich 1950, págs. 25/26; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, 3.^a ed., Berlín 1955, págs. 66. 83; MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, 2.^a ed., Karlsruhe 1958, págs. 152/153; SCHÖNKE-SCHRÖDER, «StGB», 10.^a ed., Munich-Berlín 1961, pág. 23. MAURACH, *Grundriss des Strafrechts AT*, Wolienbüttel-Hannover 1948, pág. 49, especula incluso un momento con la idea de excluir la teoría de la causalidad de la Parte General, para—siguiendo así a la antigua doctrina— estudiarla sólo en relación con los delitos de ocasionamiento de muerte y de lesiones.

A. *El verdadero sentido del problema causal*

Dentro del problema causal en Derecho penal se tratan, en primer lugar, dos cuestiones (3) que conviene considerar separadamente:

— Primera cuestión. Se afirma que matar quiere decir lo mismo que colocar la causa de una muerte, incendiar lo mismo que colocar la causa de un incendio (4). Parece, pues, imprescindible, si deseamos saber qué es lo que el legislador ha entendido bajo tales expresiones, determinar cuál ha sido la causa del resultado. Así diremos, cuando se ha producido la muerte de un hombre, que todos los que han sido causa de ella han “matado” (en un estado posterior de la teoría del delito: que “han realizado el tipo objetivo del parágrafo 211” (5). Las teorías causales están llamadas a decidir cuál es el comportamiento prohibido por la ley; la causalidad aparece como el criterio decisivo para delimitar la acción típica de la atípica.

— Segunda cuestión. Aquí interesa comprobar la existencia de una relación material: el agente responde por delito consumado sólo cuando su comportamiento ha tenido una influencia material sobre el resultado.

Mientras que en la primera cuestión, por consiguiente, tenemos que dedicar nuestros esfuerzos a hallar la *línea divisoria entre causa y condiciones*, se ocupa la segunda cuestión de la constatación del *enlace material entre comportamiento y resultado*. Dicho de otro modo: Si llamamos A a la acción típica, R al resultado y U a la unión material entre ambos, tendremos que las teorías de la causalidad persiguen un doble objetivo: determinar A —primera cuestión—, y comprobar la existencia de U —segunda cuestión—.

Sobre el segundo punto no existe discrepancia. Tanto la teoría de la causalidad adecuada, como las individualizantes y la de la condición, afirman que toda condición del resultado se encuentra en relación material con ésta (6). En la distinta postura ante la primera cuestión re-

(3) Las teorías causales pretenden, además, hallar solución para un determinado grupo de casos (principalmente: procesos causales irregulares en los delitos dolosos, autoría accesoria, delitos cualificados por el resultado); sobre esto, más adelante.

(4) Véase, en lugar de muchos, BINDING, *Die Normen und ihre Ubereinkunft I*, 1.^a ed., Leipzig 1872, pág. 41: «... las prohibiciones (del orden jurídico) se pueden expresar, de un modo más práctico, así: 'No originaréis la causa de una muerte, de este o aquel cambio» (paréntesis añadidos).

(5) EBERHARD SCHMIDT, *Die mittelbare Taterschaft, Festgabe f. Frank II*, Tübingen 1930, pág. 119, nota 1. Véase, además, por ejemplo, von WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Bonn 1948, pág. 55: «Autor es aquel cuyo comportamiento es causal para el resultado» (refiriéndose a los tipos con palabras de actividad causal); en el mismo sentido, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Jena 1935, pág. 8.

(6) La teoría de la condición no se rechaza, por tanto, de modo absoluto, por los representantes de las dos primeras direcciones; se rechaza

side su diferencia, pues como matar es sinónimo de colocar la causa de una muerte, sólo tiene sentido investigar la existencia de una relación material respecto de las acciones que se consideran causas del resultado. Las restantes condiciones quedan descartadas desde el primer momento ya que: aunque hayan influido objetivamente, en el resultado, no podrán encajar—por no ser causas—dentro de la acción prohibida por la ley. En consecuencia, y de acuerdo con su concepción, examina la teoría de la causalidad adecuada la existencia de esta relación objetiva, sólo entre el resultado y aquellos comportamientos que son, en general, apropiados para producir un resultado de la clase del que se ha originado. Las teorías individualizantes se ocuparán de U exclusivamente cuando estén en presencia de un comportamiento que, en su opinión, pueda calificarse de causa (estas teorías acuden preferentemente a métodos científico-naturales para fijar la línea divisoria entre causa y condición) (7). La teoría de la condición (llamada también de la equivalencia) no distingue entre ambos procesos: de que una acción sea condición del resultado se derivan dos consecuencias: primero, el acto ha contribuido materialmente al resultado, y, segundo, es causa de él.

Causa tiene en el lenguaje corriente un sentido individualizador: con ella se designa siempre la condición más importante de un evento. A la introducción de este concepto se debe la extraordinaria importancia alcanzada por el problema causal en Derecho penal, pues, paralelamente, se creyó que, con la ayuda de él, sería posible determi-

únicamente que ella agote el problema causal, cuando —se dice— debería de constituir sólo el punto de partida. Comp. RÜMELIN, *Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht*, en «AcP 90» (1900), pág. 282 («... así hay que investigar siempre, en primer lugar, si el acontecimiento del que se trata es *conditio sine qua non* del suceso en cuestión»); TRAEGER, *Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht*, Marburg 1929 (reimpresión), pág. 38 («El reconocimiento —que cada vez encuentra más aceptación— de que toda teoría de la causalidad debe de partir de la *conditio sine qua non*, ha de considerarse como una no despreciable conquista para la comprensión del problema de la causalidad en Derecho»). Véase, además, en el mismo sentido, entre los representantes de las distintas teorías: BIRKMEYER, *Über Ursachenbegriff und Causalzusammenhang im Strafrecht*, en «GS 37» (1885), pág. 331, nota 10; von KRIES, *Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht*, en «ZStW 9» (1889), pág. 531; TYRÉN, *Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien*, Lund 1894, pág. 13; von HIPPEL, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwurfsen*, en «ZStW 42» (1921), pág. 142, nota 41; «Deutsches Strafrecht II», Berlín 1930, pá. 143; ENGISCH, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen 1931, pág. 35; Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg 1950, pág. 136, nota 299; NAGLER, *Leipziger Kommentar I*, 6.^a ed., Berlín 1944, pág. 50; MAURACH,

(6) *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 163.

(7) Exposición y crítica de estas teorías en TRAEGER, *Kausalbegriff*, reimp. 1929, págs. 80 ss.; THON, *Von dem Begriffe der Verursachung in Lehre und Rechtsprechung*, en «Blätter f. Rechtspf. in Thü. u Anhalt 42» (1895), págs. 24 ss.; v. BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht II*, Berlín 1907, págs. 170 ss.

nar la condición jurídicamente más importante, es decir: la acción típica la acción prohibida. Lo que llama la atención es que en los textos legales no se habla para nada de causa, sino sólo de matar, incendiar, causar, por consecuencia, a consecuencia, producir, por el efecto, de resultas, provocar, realizar, ocasionar, etc. (8). Es la doctrina la que interpreta este género de expresiones como equivalente a: ser causal, para el resultado colocar una causa de él, causarle; o: existencia de causalidad, de relación de causalidad, de relación causal (9). Todas estas expresiones—creaciones de la dogmática—derivan de causa; por ello se piensa que en su concepto se halla la clave del problema. Se desconoce que de todas esas palabras únicamente causar es utilizada por el legislador; pero causar no quiere decir sólo ser causa de algo, sino que también puede ser interpretada como equivalente a producir, originar; en este segundo caso, no hay ninguna alusión al concepto de causa. En los escritos jurídicos, sin embargo, se prescinde de este segundo sentido; con la frase: "El que ha causado la muerte de un hombre, ha matado a un hombre" (parágrafos 211, 212) (10), no se quiere decir otra cosa que: El que pone la causa de la muerte de un hombre, ha matado a un hombre. Sólo para evitar repeticiones se alude a causar o causa, ya que ambos conceptos se consideran sinónimos (11).

Parece que hay que partir de otras bases. Cuando en los textos legales se habla de matar, producir, a consecuencia, etc., no se está aludiendo para nada a una relación causa-efecto, sino sólo a una relación puramente material. Este es el verdadero sentido que el legislador confiere, por ejemplo, al verbo incendiar: no que el autor tenga que ser causa del resultado, sino que el delito ha de ser consumado. No hay otra posibilidad: causar, producir un incendio, hay que utilizar alguna palabra de este tipo si se quiere describir el delito consumado.

Dentro de estos reducidos límites—de comprobación de la existencia de una relación material—no hay nada que oponer a la teoría de la condición: allí donde haya una relación condicional (12), habrá una

(8) Palabras similares en textos jurídicos alemanes: herbeiführen, bewirken, töten, verursachen, zerstören, beschädigen, zur Folge haben, in Brand setzen, etc.

(9) En Alemania se habla igualmente de Ursache, kausal, verursachen, Kausalzusammenhang, ursächlicher Zusammenhang, es decir, todas expresiones que provienen, o bien de la palabra alemana Ursaché (causa), o bien de la latina causa.

(10) Von WEBER, *Grundriss*, ed. 1948, pág. 56 (paréntesis en el texto original).

(11) Así A. MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, pág. 109, habla de la cuestión «de la causa o causación de un suceso dado»; y TRAEGER, *Kausalbegriff*, reimpr. 1929, pág. 4, se refiere a «la expresión 'causar' o 'causa'». No son necesarias más indicaciones, pues basta una ojeada a cualquier estudio sobre la causalidad para convencerse de que no se distingue entre ambos conceptos.

(12) Aunque no es posible entrar aquí en esta cuestión, queremos señalar que la fórmula de la *conditio sine qua non*—la que se emplea

influencia material sobre el resultado. Por el contrario, contra su identificación de causa y condición, hay que objetar: primero, que con la afirmación de que el concepto de causa de la teoría de la equivalencia es *indiscutiblemente* el único correcto, se está tratando "uno de los problemas primarios del conocimiento humano" (13) como si fuese totalmente claro y sin complicaciones; segundo—y esto¹ es más importante—, que se supone haber encontrado respuesta a la cuestión de la determinación de A, es decir, de la *acción típica*, desconociendo que ninguna teoría causal puede orientarnos sobre este punto (14). Sin duda, que es urgente hallar un método del que podamos servirnos para llegar a A; a este respecto, es un primer paso saber que su determinación no tiene que ver lo más mínimo con el concepto de causa.

Resumimos: De las dos cuestiones atribuidas a la causalidad, sólo la segunda—la constatación de la existencia de U—ha de ser decidida en el marco del problema causal. No es correcto, por tanto, que todas las condiciones de una muerte realicen el tipo del homicidio; más bien hay que elegir, *de algún modo*, una acción (15), y entonces—cuando ello se consiga—habrá que examinar (aquí empieza la causalidad a jugar un papel) si esta acción ha producido el resultado o no; con otras palabras: Únicamente la cuestión de averiguar si la acción típica *ha causado* (16) el resultado—entonces estamos en presencia de un delito consumado—o no—entonces sólo se puede hablar de tentativa—, cae dentro de la competencia de la causalidad. Con ello desaparece el concepto de causa del Derecho penal y se impide la intromisión de ciencias extrajurídicas (a esta intromisión hay que achacar, en gran parte, la desproporcionada importancia alcanzada por el problema causal en nuestra disciplina: las teorías que se suceden buscan apoyo en otras ramas del saber, mientras que la ciencia del Derecho—la propiamente llamada a dilucidar la cuestión—asiste a la polémica como espectadora.

normalmente para comprobar si un comportamiento ha sido o no condición del resultado—no parece el medio más apropiado para llegar a conclusiones seguras; sobre el tema—aunque los resultados no convienen—SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte*, Heidelberg 1947 (tesis doctoral publicada).

(13) M. L. MÜLLER, *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Strafrecht Schadensersatzrecht*, Tübingen 1912, pág. 140.

(14) Por qué ello no es factible, será discutido más adelante.

(15) Sobre cómo se puede llevar esto a cabo, más adelante.

(16) No parece aconsejable modificar la terminología tradicional de la dogmática; únicamente hay que tener presente que cuando se hable de causar o de relación causal, no se está aludiendo, en ningún sentido, al concepto de la causa.

B. *Acción y disvalor de la acción*1. *Crítica a las teorías de la acción*

Los ataques contra el dogma causal (17) determinan un cambio de rumbo. Un buen número de autores se fijan en un concepto que, hasta entonces, apenas tenía trascendencia, pretendiendo con él dar respuesta a las cuestiones que las teorías causales no habían logrado dilucidar de modo satisfactorio: el concepto de acción. Si el contenido de las teorías de la acción fuese correcto, habría motivos para pensar que habíamos dado con un punto de apoyo firme: la delimitación de la acción típica no habría que buscarla en el concepto de causa, sino en el de acción. Pero esta confianza es infundada. Las teorías de la acción cometen exactamente *los mismos errores* que las de la causalidad: lo que no debe sorprender: los dos grupos de teorías descansan sobre la misma idea inexacta: allí donde ya ha fracasado un concepto ontológico (el de la causalidad), no puede dar resultados positivos otro de la misma naturaleza (el de la acción), ya que: centro de gravedad del tipo, que presupone una valoración, puede ser solamente un concepto normativo. Pero el análisis de las teorías de la acción nos indica el camino a seguir, pues éstas son en realidad —allí donde expresan puntos de vista convincentes— teorías disfrazadas del disvalor de la acción.

a. *Crítica a la teoría final de la acción*

El error sobre el que descansa el finalismo fué encubierto al principio con una ficción; hoy se prefiere acudir a equívocos. Parece, por ello, aconsejable ocuparse, en primer lugar, de la concepción originaria —actualmente abandonada (18)— de esta teoría.

En los comienzos del finalismo, el elemento de la acción de las acciones en sentido amplio (comportamientos culposos) consistía “no en una relación final real, sino en una posible: en virtud de su posible previsión final, el autor había podido evitar el resultado” (19). “Acción en sentido amplio” —escribía Welzel (20)— “es la causación final evitable. Ejemplo: Si el autor, con ocasión de estar limpiando un fusil —que, por descuido, no había sido descargado—, se le dispara un tiro matando a un tercero, estamos en presencia de una con-

(17) No podemos entrar en detalles sobre la crítica al dogma causal; véase, sobre todo, el § 19 de *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1916, de HELLMUTH MAYER; más recientemente, el mismo *Strafrecht AT*, Stuttgart 1953, págs. 124 y ss.; HARDWIG, *Die Zurechnung*, Hamburgo 1957, págs. 90 ss.

(18) No obstante, la finalidad potencial no ha desaparecido por completo de los dos escritos finalistas: Insinuaciones sobre su readmisión, por ejemplo, en ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1959, págs. 3, 8, 20, 40.

(19) WELZEL, “ZStW 58” (1930), pág. 559.

(20) *Strafrecht*, 2.^a ed. (1949), págs. 22/23 (subrayados añadidos); véase también pág. 85; *Um die finale Handlungslehre*, r.º 17.

secuencia ciega (no querida) del manipular imprudente. *El acontecimiento no está dirigido*, como en el matar doloso, *a la muerte como meta*, sino que es causal-ciego. *Pero se diferencia de un mero proceso natural en que era evitable por medio de la finalidad posible de su causante.*" Estos párrafos muestran claramente que se ha olvidado que la acción de matar *no es más que el ejemplo* de una acción, que la muerte es sólo una de las muchas metas que el hombre puede perseguir con su comportamiento. *Porque* la limpieza del fusil *no estaba dirigida a la muerte como meta*, deberíamos considerar esta actividad como un mero proceso natural; excepcionalmente ("pero") no lo es, porque el ocasionamiento de la muerte había sido finalmente evitable. Es decir: si la acción de limpiar el arma hubiese sido ejecutada cuidadosamente, la muerte no habría sido finalmente evitable, y, en consecuencia, sólo se podría hablar de un proceso natural (fundamento: porque entonces el autor no habría dirigido su acción, ni real ni potencialmente, a la muerte de una persona). La proposición: "La peculiaridad de la autoría humana consiste en anticipar fines mentalmente" (21), se ha sustituido por: anticipar muertes mentalmente (22). Partiendo de estos presupuestos es, sin duda, consecuente que Welzel afirme que "la acción culposa no está dirigida a una meta, no es final actual" (23); claro, porque para Welzel dirigido a una meta = dirigido a la muerte. Bailar, encender la luz, escribir, viajar, todas estas actividades no son, por tanto, para la teoría final de la acción, más que puros procesos de la Naturaleza; si condicionan una muerte no habrá habido tipicidad por faltar la acción. Welzel divisó en la finalidad potencial una solución para el callejón sin salida en que él mismo se había metido; pues si sólo existe una acción cuando se persigue una muerte, entonces no puede haber acción en los delitos culposos, a no ser que se ponga en relación, de algún modo, la voluntad del autor y la muerte. Con la finalidad potencial, y para salvar la existencia de una acción en la imprudencia, se pasa de largo ante el fin (limpieza del arma) que el autor en realidad perseguía —no basta en la opinión de Welzel para fundamentar una acción—, y se recurre a una meta (la muerte) a la que no estaba encaminada, en absoluto, la actividad del agente. Si se prescinde de esta rara construcción, parece que, dentro del finalismo, sólo queda otra alternativa: negar que los delitos culposos sean acciones (24). Del siguiente modo pode-

(21) WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1949, pág. 22.

(22) Seguiremos con el ejemplo de la acción de matar por ser el que WELZEL utiliza en su exposición del concepto de la acción. El mismo error se repite con cada tipo individual: respecto del parágrafo 242 del Código penal alemán, se confundirá acción con acción de sustraer, respecto del 240, acción y acción de coaccionar.

(23) *Un die finale Handlungslehre*, Tübingen 1949, pág. 17.

(24) Esta es la opinión de zu DORNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3.^a ed., Bonn 1947, págs. 14/15. Véase también NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen 1951, pág. 65: "En el aspecto terminológico habría que considerar, si deberíamos hablar de 'acciones dolosas y no dolosas' o de 'acciones' y 'causaciones de resultado'. Las dos

mos ilustrar la situación ante la que el finalismo se encontraba: Bajo el concepto de la acción (A) caen, en realidad, una serie infinita de acciones de las más distintas clases: acciones de matar (A₁), limpiezas de armas (A₂), correr (A₃), etc. Pero si se supone, con el finalismo, que sólo A₁ = A (esto es: que sólo acción de matar = acción), entonces no hay respecto de A₂ más que tres posibilidades: o se demuestra que A₂ = A₁ y, por tanto, = A (procedimiento seguido por Welzel al convertir la limpieza del arma, con ayuda de la ficción de la finalidad potencial, en una acción de matar); o se reconoce que A₂ ≠ A₁ y, por tanto, ≠ A (opinión de zu Dohna al negar el carácter de acción a la limpieza del arma) (25).

El principio que desencadenó la disyuntiva —sólo las acciones de matar son acciones— es falso; ahí se halla la tercera posibilidad, a saber: la de abandonar el principio. Esta es la que Welzel eligió posteriormente, en vista de la poca aceptación que encontraba la finalidad potencial. La teoría del finalismo explica hoy de otra manera la cualidad de acción de la imprudencia (26). La sustitución de meta por muerte ya no se lleva a cabo; ahora es acción toda manifestación de voluntad dirigida finalmente a un resultado cualquiera (27). Esto no es otra cosa que la plena aceptación del concepto causal de la acción (28); ciertamente que el finalismo sigue apareciendo como una teoría de la acción discrepante de las demás; pero ello es debido a que su exposición del concepto de acción está preñada de equívocos, que apenas se puede distinguir dónde se está hablando de acción y

cosas son posibles; sólo se necesita tener presente que la primera alternativa está contemplada desde el plano de la tipicidad, mientras que la segunda pertenece al terreno ontológico».

(25) Esta es, sin duda, la posición más consecuente. La finalidad potencial fué enseguida calificada de ficción y el finalismo rechazado argumentando que, si se siguiese su doctrina, no sería posible hacer valer el acontecimiento culposo como acción auténtica. En este sentido: EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig 1939, pág. 76, nota 29; NAGLER, *Leipziger Kommentar*, ed. 1944, págs. 24/25; SCHÖNKE, *StGB*, 3.^a ed. (1947), pág. 17; H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pág. 44; BAUMANN, *Strafrecht AT*, 2.^a ed., Bielefeld 1961, pág. 173.

(26) Véase sobre esto sólo MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, págs. 143/144, 422.

(27) Contra esta concepción del finalismo se opone, que no parece encajar con sus presupuestos el que la finalidad del delito culposo carezca de importancia para el Derecho; así, por ejemplo, NOWAKOWSKI, *Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit*, en «JZ 1958», págs. 336/337; JESCHECK, *Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs*, etc., en «ZStW 73» (1961), pág. 205, nota 148 a; el mismo, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, «Festschr. f. Eb. Schmidt», Göttingen 1961, pág. 149.

(28) Sobre esto ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg 1961, pág. 173: «Con ello la teoría final de la acción arriba otra vez al punto, por lo menos en los delitos culposos, donde la hoy tan mal vista teoría causal de la acción se encontraba desde un principio». En el mismo sentido EB. SCHMIDT, MAURACH *Deutsches Strafrecht* (recensión), en «JZ», 1956, página 190.

dónde de acción de matar (29). Welzel (30) concede ahora —por supuesto que a disgusto— que no es porque no haya acción, sino por no existir acción típica (acción de matar), por lo que no realiza ni el tipo del homicidio, ni el del asesinato, la enfermera que, sin saberlo —el médico le ha hecho creer que es inofensiva—, aplica una inyección conteniendo un veneno. “Actividad final es un obrar dirigido conscientemente desde el objetivo” (31); por ello es la acción de poner una inyección ejercicio de la finalidad. Acción es, pues —según la teoría finalista—, toda manifestación de voluntad dirigida a una meta indiferente (cualquiera). Las teorías causal y final de la acción coinciden, por consiguiente, en lo referente a los requisitos necesarios para que exista una acción humana (32): no es imaginable que una actividad sea acción para la teoría causal y proceso natural para el finalismo.

Si, no obstante, cada una de estas concepciones, *teniendo como base el mismo concepto de acción*, conduce a resultados diferentes, ello se debe al planteamiento fundamentalmente distinto del problema en ambas doctrinas: la teoría causal de la acción excluye del tipo de los delitos dolosos todo aquello que sea proceso natural; la teoría final de la acción separa del tipo de los delitos dolosos, además de los procesos naturales, todas aquellas *acciones* que no están dirigidas al resultado típico (33). Las consecuencias concuerdan con los distintos

(29) Con razón ha prevenido MEZGER contra esta confusión finalista de conceptos: «Se trata del 'concepto de acción'..., no del concepto de 'acción dolosa'» (*Moderne Wege*, pág. 15, nota 4). La misión de la acción no es la de «delimitar acciones de matar, de sustraer, de coaccionar, de engañar, etc.» (*Die Handlung im Strafrecht*, Festschr. f. Rittler, Innsbruck 1957, pág. 124).—Comp. como muestra ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pág. 47: después de que uno cree que la discusión está centrada sobre el concepto de acción, resulta, de pronto, que se está tratando una clase de acción (la acción de salvamento).

(30) Comp. WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 30/31; *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4.^a ed., Göttingen 1961, pág. 3.

(31) WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 28; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 1.

(32) Sobre esto llaman la atención, acertadamente, BOCKELMANN (*Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Göttingen 1949, pág. 25, nota 45) y GALLAS (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en «ZStW 67» (1955), págs. 7/8).

(33) Exacta, por tanto, la caracterización del finalismo como teoría de la acción típica (así GALLAS, *ZStW 67* (1955), págs. 7, 8, 14 y ss.). En contra NIESE, *Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht*, en «JZ 1956», pág. 459: «La controversia entre las teorías final y causal de la acción no es sobre la acción típica, sino sobre la acción en general» (subrayado en el texto original). Sobre ello véase también ENGISCH, *Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, Heidelberg 1953, págs. 119/120: «También WELZEL se fija en su diferenciación entre dolo y culpa sólo en determinadas estructuras lógico-reales (sachlogische Strukturen), sin tomar en consideración otras que, indudablemente, también existen. ¿Por qué y cómo? Porque él diferencia, en base a puntos de vista valorativos, las previamente dadas estructuras esenciales de las no esenciales».

presupuestos de ambos sistemas: la teoría causal de la acción excluye —como no acción— *todos los procesos naturales*; el finalismo, *todos los procesos naturales y ciertas acciones* consideradas no típicas (34).

No habiendo diversidad de opiniones entre las doctrinas finalista y causalista de la acción sobre la estructura ontológica de ésta (35), no parece que pueda deducirse de tal estructura la pertenencia del dolo al tipo. El desplazamiento del dolo, que el finalismo lleva a cabo, podría justificarse, a lo sumo, con el principio defendido por la escuela, desde sus comienzos, según el cual el disvalor de la acción es un elemento más de la tipicidad (36). Pero no es ésta la opinión de la teoría de la acción finalista. Se dice: el puesto del dolo en el sistema deriva, ciertamente, de consideraciones axiológicas, pero, al mismo

(34) La mayor parte de la doctrina supone, sin embargo (y el finalismo no hace nada para aclarar este extremo), que la teoría finalista se ocupa también de la delimitación entre acción y no acción. Esto es, en efecto, lo que la teoría finalista pretendía originariamente realizar y donde —como se ha mostrado— fracasó. En la primera concepción del finalismo, la acción de la enfermera no habría sido —como no lo era la limpieza del arma— acción (en ninguno de los dos casos se persigue la causación de una muerte), a no ser que se hubiese utilizado la finalidad potencial. La confusión sobre la doctrina presente del finalismo, surge, principalmente, porque los temas se siguen exponiendo como si no hubiese sucedido nada; por ejemplo, al finalismo se le sigue llamando teoría de la acción; en el campo finalista no se ha confesado nunca, de modo explícito, que el abandono de la finalidad potencial no sólo implica que en las acciones culposas será ahora acción toda manifestación de voluntad dirigida a un resultado cualquiera, sino también que lo mismo es válido para los comportamientos dolosos (por ello se tiene la impresión que el giro del finalismo sólo tiene significado para los hechos imprudentes); a la exposición de la doctrina finalista sigue la crítica a la teoría causal de la acción, sin indicar que esta sólo se ocupa de señalar el límite entre acción y no acción.

(35) WELZEL intenta, de otro modo, fijar límites entre ambas concepciones. «No hay, por consiguiente —escribe— acciones finales 'en sí' o 'absolutas', sino sólo en relación a las consecuencias determinadas por la voluntad de realización» (*Strafrecht*, ed. 1960, pág. 31; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 4). Con esto parece querer decirse que mientras que la teoría causal de la acción es una teoría de la acción en sí (algo querido), el finalismo constituye una teoría de la acción individual (una muerte, una lesión queridas). A WELZEL hay que darle la razón, si con esto se quiere decir que el hombre sólo puede ejecutar acciones determinadas (correr, beber); pero que la ley hace seguir consecuencias de la existencia o de la falta de una acción en sí, es un hecho que ni el finalismo discute: cuando WELZEL dice: en los hechos culposos las normas se refieren «a la clase de elección y de aplicación de los medios de la acción, independientemente de los fines que el autor quiera realizar con ellos» (*Strafrecht*, ed. 1960, pág. 32; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 5), se está diciendo precisamente que tales normas se refieren a acciones finales, absolutas. No es fácil de entender, por qué en los delitos culposos sí, pero no en los dolosos, ha de ser lícita la aplicación del concepto de acción absoluta.

(36) Véase, por ejemplo, WELZEL, *ZStW* 58 (1939), pág. 513, nota 30; *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 57; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 30; NIESE, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951, pág. 55/56; MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 152, 169, 236.

tiempo, de consideraciones ontológicas (37). Es más: como reacción ante las opiniones que abogan, fuera del finalismo, por la inclusión del dolo en el tipo (38), se caracteriza ahora, con propósitos diferenciadores, a la teoría finalista como aquella que "infiere el puesto del dolo *forzadamente* de los principios mantenidos en su doctrina de la acción" (39). ¿Cómo se explica esto? ¿Cómo es posible que, del mismo concepto de acción, la teoría causalista no deduzca ninguna consecuencia para el dolo, mientras que el finalismo determina, en base a él, *forzosamente*, el lugar del dolo en la teoría del delito? La respuesta no hay que ir a buscarla muy lejos: el supuesto apoyo que la teoría finalista encuentra en el terreno ontológico, no es más que otra manifestación de la confusión entre acción y acción de matar.

Todas las exposiciones sistemáticas de la teoría del delito comienzan afirmando que el primer presupuesto para que se dé la realización de un tipo es que el agente haya ejecutado una acción. Hay acción cuando el sujeto ha querido algo. Por ello, el durmiente que causa un resultado típico no realiza ningún tipo (al no perseguir ningún fin)

La argumentación del finalismo es paralela, pero: donde los restantes sistemas se ocupan de la acción, aparece en la teoría finalista la acción de matar. Por tanto: primer presupuesto para la existencia del tipo de homicidio doloso es la ejecución de una acción de matar. Como se afirma que ontológicamente acción de matar es aquella manifestación de voluntad encaminada a una muerte, resultará que no realiza el tipo de homicidio doloso un hombre que tira a un árbol, sin percibir que detrás se encuentra una persona que muere a consecuencia del disparo. Aquí se está presuponiendo aquello que había que demostrar; el que no haya realización del tipo del homicidio doloso sin acción de matar, no es un principio fuera de discusión: es precisamente el objeto de ella. Es obvio que sin acción no hay tipicidad posible; pero que el tipo del homicidio doloso necesite de una acción de matar, no es algo que se entienda por sí mismo; sin duda, pudiera ser así; sin embargo, la prueba de ello no puede encontrarse, de ningún modo, en el concepto ontológico de la acción; éste nos dice que prender una cerilla está dirigido a encender un cigarrillo, o que la acción de matar está encaminada a la causación de una muerte, pero no que esta o aquella acción pertenece al grupo de las prohibidas por la ley. Esta es una cuestión puramente normativa, cuyo objeto es averiguar cuáles son los comportamientos reprobables que la ley ha tenido presentes al crear un tipo determinado. A este respecto pueden proporcionar valiosos elementos de juicio las teorías del error, de la

(37) Comp. FUKUDA, *Vorsatz und Fahrlässigkeit als Unrechtselemente*, en "ZStW 71" (1959), pág. 42.

(38) Así por ejemplo, GALLAS, *ZStW 67* (1955), págs. 28, 31 y ss.; SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre*, 1957, págs. 123 y ss., 150/151. Más indicaciones en MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 133.

(39) MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 133 (subrayado en el texto original).

tentativa y de la participación delictiva (39); el concepto de la acción, por el contrario, no juega ningún papel en este proceso de averiguación de la acción prohibida.

b. *Crítica de la teoría objetivo-final (social) de la acción*

La confusión entre acción y disvalor de la acción caracteriza también a esta teoría. "Actuar es provocar consecuencias intencionables (bezweckbare Folgen) por medio de un acto ejecutado voluntariamente." Así, Engisch (40). Intencionable quiere decir, para esta teoría, adecuado (41). Con esta definición pretende Engisch excluir del

(39) La cuestión de si es posible, de este modo, llegar a resultados coincidentes con la doctrina finalista en lo que se refiere al puesto sistemático del dolo, no puede ser tratada aquí.

(40) *Der finale Handlungsbegriff, Probleme der Strafrechtserneuerung*, Berlín 1944, pág. 161.

(41) Sobre la teoría social de la acción y la de la adecuación —ambas (sobre todo esta última) tratadas ampliamente en mi tesis doctoral— solamente unas indicaciones.—La primera, que no es más que la continuación de la teoría de imputación objetiva, niega la existencia de una acción, cuando el hecho no es objetivamente imputable (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, Leipzig 1927, pág. 51; HONIG, *Kausalität und objektive Zurechnung*, Festg. f. Frank I, Tübingen 1930, pág. 183; ENGISCH, *Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, págs. 161/162; H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pág. 42), e identifica la imputabilidad objetiva con la adecuación (LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, págs. VII/VIII, 84; Honig, *Festg. f. Frank I*, págs. 182, 187/188; H. MAYER, *Strafrecht des deutschen Volkes*, 1936, pág. 219; ENGISCH, *Probleme*, pág. 161; *Vom Weltbild des Juristen*, 1950, pág. 38; MAIHOFFER, *Zur Systematik der Fahrlässigkeit*, en «ZStW 70» (1958), págs. 187/188). La teoría objetivo-final de la acción ha ganado muchos adeptos en Alemania; con ella se intenta construir un concepto de acción apto para ser opuesto al del finalismo. Además de los ya citados, defienden esta teoría: EB. SCHMIDT, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, págs. 75/76 (sobre todo, véase la nota 29); BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, pág. 32, nota 69; WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1957, págs. 53 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, págs. 165, nota 216 y 181/182; *Festschr. f. Eb. Schmidt*, 1961, pág. 214, nota 50; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, ed. 1961, pág. 16, también se declara a favor de un concepto similar de la acción, pero no es claro hasta qué punto saca consecuencias de él.—Entre adecuación y previsibilidad objetiva no existe ninguna diferencia (así, expresamente, RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, Berlín 1902, pág. 24; JESCHECK, *Niederschriften ü. d. Sitzungen der Großen Strafrechtskommission*, tomo 2.º, AT, pág. 249; MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 452; *Adäquanz der Verursachung oder der Fahrlässigkeit?*, en «GA 1906», pág. 103/104; MAIHOFFER, *ZStW 70* (1958), págs. 187/188; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, Hamburgo 1959, pág. 172; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 44, 114; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. 32); que ambos conceptos tienen el mismo contenido se deduce de las medidas empleadas para determinar lo que sea adecuación. La teoría de la causalidad adecuada introduce un elemento extraño a la causación: ésta no se puede hacer depender de que el hecho fuese o no fuese previsible. Imaginemos, por una parte, que A induce a su hijo a llevar a cabo un viaje, a pesar de haberse enterado casualmente que B ha colocado una bomba en el tren; y, por otra parte, que A induce

tipo, por falta de acción, la causación de consecuencias inadecuadas; pero ello no es factible con el concepto que él propone. Todo acto voluntario causa tanto consecuencias adecuadas como inadecuadas —la energía desatada por la acción está influyendo acontecimientos hasta el infinito—. Si A invita a B a comer y éste es atropellado por un automóvil, al regresar a su casa, no podríamos absolver a A por estimar que no había ejecutado ninguna acción; pues éste ha provocado una consecuencia intencionable (a saber: la visita de B) y, por tanto, ha actuado. Si se opusiese que es la muerte a consecuencia del accidente la que no ha sido intencionable (= la que ha sido causada inadecuadamente), había que contestar: entonces no estamos hablando de la existencia de una acción, sino de la de una acción *determinada*; y cuál sea esta acción concreta no ha podido ser averiguado partiendo del concepto de acción, sino del conocimiento de la clase de comportamiento prohibido por la ley.

Para Maihofer, acción es “todo comportamiento objetivamente dominable dirigido a un resultado social objetivamente previsible” (42); “‘acción’ es comportamiento humano que está dirigido a provocar la lesión de bienes protegidos por el Derecho penal; más brevemente: ‘acción’ es el comportamiento dirigido a la provocación de lesiones de bienes sociales; o, simplemente, teniendo presente la dirección del efecto: ‘acción’ es el comportamiento dirigido a la lesión de bienes sociales” (43). Como la mayoría de los comportamientos no están

a su hijo a hacer lo mismo, sin tener conocimiento de la acción de B. En este último caso—al contrario que en el primero—la muerte del hijo a consecuencia de la explosión, sería una consecuencia inadecuada de la acción del padre (un hombre prudente, colocado en el lugar del padre, y que tenga además en cuenta las circunstancias conocidas y conocibles a este último, no puede prever que alguien va a colocar la bomba que ocasionará la muerte de la víctima). Pero en ambos casos el acontecimiento objetivo es el mismo. Por qué, a pesar de ello, en el primero —donde al agente le era conocida la circunstancia del atentado— se afirma la causalidad y en el segundo se niega su existencia, es difícil de entender. Que el resultado no fuese previsible no tiene nada que ver con la relación real de causalidad que es idéntica en ambos casos. Otro ejemplo: En el famoso caso de WELZEL de la enfermera que, sin tener idea del contenido de la inyección, inyecta el veneno que le ha dado el médico, la acción de ella sería inadecuada: el observador prudente no podría tampoco prever que el médico fuese un asesino. Pero, ¿cómo se puede construir entonces una cadena causal? Esta va del autor al resultado pasando por la enfermera, y: o bien ésta no es causal (como afirmaría la teoría de la causalidad adecuada) y, con ello, tampoco el médico —por tanto, la acción de éste no es punible—; o bien la acción de la enfermera es causal (lo que pone de manifiesto la falta de solidez de la causación adecuada) y entonces es lícito castigar al médico como lo que es (es decir: como autor).

(42) *Der soziale Handlungsbegriff, Festschr. f. Eb. Schmidt*, 1961, pág. 178.

(43) *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, Tübingen 1953, pág. 72. Véase también el mismo, *ZStW* 70 (1958), pág. 186: «Acción, es decir: ‘un provocar objetivamente previsible y dominable de consecuencias sociales por medio de un comportamiento humano’».

dirigidos objetivo-finalmente (44) a la lesión de un bien jurídico, resultaría que habría que considerar a la acción —según este concepto— como un acontecimiento excepcional de la vida humana. Pero es que, además, el concepto de acción de Maihofer tampoco consigue excluir, como se pretende, todas las acciones inadecuadas. Pues si alguien roba una cosa a su propietario, y éste, por tal motivo, pierde el barco, pereciendo al tenerse que embarcar en otro que sufre un naufragio, el agente ha realizado una acción (el comportamiento estaba dirigido objetivo-finalmente a la lesión de la propiedad ajena, es decir, a la lesión de un bien social) en sentido de la teoría social de la acción. Por ello, esta teoría se ve obligada, para alcanzar la deseada negación de la cualidad de acción en los comportamientos inadecuados, a aplicar con el mismo significado —al igual que el finalismo— los conceptos de acción y acción de matar, de acción y acción de lesionar la integridad física de otra persona (45). Según ello, sería acción en el homicidio doloso, sólo aquel comportamiento dirigido objetivo-finalmente a la consecución de una muerte. Lo que se opuso al finalismo, conserva también validez contra el concepto social de la acción: de nuevo, hay que dar la razón a Gallas (46): no se trata de una teoría de la acción, sino de una teoría de la acción típica (es decir, del disvalor de la acción) (47).

c. Resultados

El finalismo (48) y la teoría social de la acción (49) descansan sobre la misma idea común: la causalidad, como punto central de la teoría del tipo, ha de ser sustituida por el concepto de acción. Con esto se continúa la consideración del problema bajo otro aspecto que tampoco puede satisfacer; del mismo modo que, bajo el imperio del dogma causal, la atribución a la causalidad del papel decisivo, conduce

(44) La teoría social denomina al finalismo teoría subjetivo-final de la acción. Para ésta hay acción, si *el autor* dirige su voluntad al resultado; para aquella, si el comportamiento está dirigido *objetivamente* al resultado: *un observador prudente* decide, independientemente de la voluntad que haya tenido el autor, si la acción está dirigida a la consecuencia, si ésta es objetivamente previsible.

(45) Comp. MAIHOFFER, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953, págs. 45/46.

(46) Véase ZStW 67 (1955), pág. 14, nota 40 a.

(47) Lo que, en definitiva, reconocen ENGISCH (*Probleme der Strafrechtserneuerung*, 1944, pág. 165) y BOCKELMANN (*Über das Verhältnis, etc.*, 1949, pág. 32).

(48) WELZEL indicaba ya en el primer escrito sobre el finalismo (*Kausalität und Handlung*, en «ZStW 51» (1931), págs. 703-720), que aquello que satisfacía de la teoría de la causalidad adecuada —doctrina que, según él, no tenía justificación teórica en el campo de la causación (comp. pág. 703)—, a saber: su esfuerzo «por aprehender la relación específica del ser real, sobre la que es posible llevar a cabo una valoración jurídico-penal» (pág. 707), era, ni más ni menos, lo que intentaba alcanzar, con otra justificación teórica, la intencionalidad (así denominaba entonces a la finalidad): la intencionalidad «separa del acontecimiento causal aquel sector que es capaz de una valoración jurídico-penal» (pág. 719/720). Véase, en el mismo sentido, WELZEL, ZStW 58 (1939), págs. 491/492 («Los

—asi, por ejemplo, en la teoría de la causación adecuada— a negar la relación de causalidad (aún siendo obvio que existe) entre el resultado y todos los comportamientos que, intuitivamente, parecen no prohibidos por la ley, es muy natural que se niegue el carácter de acción a todas las actividades (a pesar de que —como se ha indicado— no puede haber duda sobre la existencia de una acción), en las que la sensibilidad jurídica aprecia con claridad que no hay reprobabilidad de ninguna clase, si se ha presupuesto que la existencia de una acción condicionante del resultado típico, implica, de modo casi definitivo, que hay realización de un tipo. Con otras palabras: sólo hay dos posibilidades de explicar la atipicidad de comportamientos que, evidentemente, no han sido prohibidos por la ley, si se supone que los llamados tipos causales se realizan siempre que una acción cause el resultado. O negamos la existencia de una causación (primera posibilidad); o negamos la de una acción (segunda posibilidad). Mientras que el dogma causal poseyó validez, los esfuerzos de la ciencia del Derecho penal se dirigieron a delimitar los comportamientos prohibidos de los no prohibidos, con teorías causales discrepantes de la de la condición. La impugnación de este dogma abrió paso a la segunda posibilidad: ahora se intenta demostrar, con la falta de la cualidad de acción, la atipicidad de aquellos comportamientos de los que sería absurdo afirmar que son antijurídicos. Un intento vano; ¿cómo puede ser aquello que constituye el destino del hombre, aquello que éste tiene que hacer indefectiblemente en todo momento de su vida consciente, es decir: actuar, servir de deslinde entre no realizaciones y realizaciones de tipos, es decir: entre lo que el hombre debe y no debe de hacer? El finalismo y la teoría social de la acción se ven, por tanto, obligados a poner la voluntad de acción del agente en relación con un resultado determinado, a saber: uno típico —relación que será, según las opiniones, final o potencial-final u objetivo-final—, a fin de poder trabajar con un concepto de acción utilizable para la diferenciación entre comportamientos antijurídicos y comportamientos adecuados a Derecho. No se percibe que de ello sólo puede salir el concepto de una acción determinada no el de acción con validez general.

En nuestra crítica de las teorías de la acción y a la doctrina de la causación adecuada (50), nos hemos servido de métodos paralelos: sus principios se han aplicado a ciertos comportamientos o procesos

estudios de los últimos años deberían de haber puesto en claro que fué un pensamiento causal-naturalista extremo, el que nos ha cerrado el acceso a la verdadera acción») y MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, págs. 151/152.

(49) Véase LARENZ, *Hegels Zurechnungslehre*, pág. 61: La ciencia del Derecho «ha colocado a la causalidad en el lugar de la imputación por el hecho». H. MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, págs. 131 y ss., estudia los problemas que tradicionalmente se tratan en la causalidad, bajo la imputación objetiva. También MAHOFER, *Festschr. f. Eb. Schmidt*, pág. 179, espera que el concepto de acción sea capaz de ofrecer soluciones para los problemas que las teorías causales resolvían deficientemente.

(50) Sobre esta doctrina, *supra* nota, 41.

en los cuales estaba claro desde el comienzo que había acciones auténticas o que existía una relación causal. Y, sin embargo, si aceptamos las tesis de las teorías de la acción, no habría acción; si aceptamos las de la teoría de la adecuación, no habría causalidad. Estas afirmaciones insostenibles, se hacen inteligibles, adquieren un *sentido*, si lo que se pone en duda no es la existencia de acción o causación, sino de acciones o causaciones *prohibidas*. Pues discutir la presencia de una causación *prohibida*—acudimos a ejemplos ya controvertidos— en la acción del padre que induce a su hijo a tomar el tren, sin sospechar que en él se ha colocado una bomba (teoría de la adecuación), o de una acción *prohibida* en la limpieza cuidadosa de un arma (finalismo), o en una invitación a comer (teoría social de la acción), no es un absurdo, sino una postura perfectamente defendible. Pero, como no se puede poner en duda que en estos ejemplos la acción ha *producido* el resultado, parece ineludible la introducción de un nuevo elemento en la tipicidad, a saber:

2. El disvalor de la acción (51)

La tipificación (52) de acciones tiene lugar en base a una valoración: el legislador dirige su mirada a la vida de la sociedad humana

(51) La opinión que se defiende coincide, en el resultado, total o parcialmente, con la de SAUER, *Grundlage des Strafrechts, nebst Umriss einer Rechts- und Sozialphilosophie*, Berlin-Leipzig 1921, págs. 283, 380, 443; HENKEL, *Comentario a una sentencia del OLG Stuttgart de 17-II-56*, en «NJW 1956», pág. 1451; GALLAS, *ZStW* 67 (1955), págs. 26, 29, 42; *Di. Beiträge z. VII. Intern. StrRKongress*, Berlín 1957, pág. 29; *Materialien zur Strafrechtsreform I*, Bonn 1954, pág. 123; SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre*, 1957, págs. 123/124, 145, 149, 151; ROXIN, *Offene Tatbestände*, 1959, pág. 171/172; HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, pág. 153; KOLRAUSCH-LANGE, *StGB*, 43.^a ed., Berlín 1961, págs. 158/159, 225. También con la de WELZEL, pero sólo en referencia a los delitos culposos, según su última concepción en lo que se refiere a la estructura de esta clase de delitos. Sorprendentemente pretende ahora el finalismo (véase WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, Karlsruhe 1961, pág. 10; *Strafrecht*, ed. 1960, pág. VI; *Das neue Bild*, ed. 1961, pág. XII; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pág. 145, nota 131.; HIRSCH, *Soziale Adäquanz und Unrechtslehre*, en «ZStW 74» (1962), pág. 94) atribuirse, como conquista propia, el desplazamiento del cuidado objetivo exigido por el Derecho al injusto. Con razón señalan lo infundado de esta pretensión ARTHUR KAUFMANN (*Das Schuldprinzip*, pág. 227, nota 51) y NOWAKOWSKI («JZ 1958», pág. 390). No es posible exponer aquí el desarrollo de esta doctrina que exige, para la fundamentación de la anti-juridicidad, algo más que la mera causación de un resultado por una acción; sus antecedentes se encuentran en TORP (1903), MIRICKA (1903), RADBRUCH (1904) y M. L. MÜLLER (1912); la aceptación que ha encontrado tal tesis en la dogmática es, sobre todo, obra de ENGISCH (comp., por ejemplo *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Berlín 1930, pág. 344; *Die Kausalität*, etc., 1931, pág. 53).

(52) En nuestra exposición, siempre que se habla de acción típica, se entiende la acción prohibida, o sea: la típicamente antijurídica. Este es el presupuesto normal; la excepción es que concurra una causa de exclusión del injusto; en tal caso hay una valoración posterior que convierte a la acción típica en adecuada a Derecho.

y selecciona —prohibiéndoles— aquellos hechos reprobables (53) que amenazan la paz pública de modo insoportable.

En la época del pensamiento naturalista, en la que “el afortunado desarrollo de las ciencias naturales seducía a trasladar métodos de conocimiento, que sólo eran adecuados a objetos de la Naturaleza, a situaciones de hecho históricas, sociales y jurídicas” (54), se entiende esta valoración de un modo muy notable: la ley valora renunciando a toda valoración *propia*. Los tipos se conciben como leyes en blanco. Señalan sólo el objeto del delito y establecen una cierta pena; pero la determinación de las acciones que han de ser puestas en relación con el resultado típico, no se encuentra en los tipos: se delega en ciencias extrajurídicas. Es decir: las ciencias naturales (teorías individualizantes de la causalidad) o la Ontología (teoría de la condición) son las que están llamadas *propriamente* a seleccionar qué acciones son las que deben ser amenazadas con una pena; pues ellas son las que determinan lo que sea causación; y toda causación humana del resultado tipificado es un comportamiento prohibido. De tal punto de partida no pueden derivarse más que resultados insostenibles, aún más: ridículos —regresión infinita (55)—; lo que se está defendiendo es que la determinación de acciones que, *en realidad*, ha sido consecuencia de consideraciones axiológicas (56), puede ser llevada a cabo

(53) Empleamos reprobabilidad (objetiva) en vez de reprochabilidad, para distinguirla de la personal contenida en el juicio de culpabilidad.

(54) WOLF, *Gustav Radbruchs Leben und Werk* (introducción del editor en la 5.ª ed. (Stuttgart 1956) de la *Rechtsphilosophie de Radbruch*, publicada después de la muerte de éste), pág. 18.

(55) Esta conocida objeción que se opone a la teoría de la equivalencia, está perfectamente justificada cuando se defiende, además una concepción causalista del injusto.

(56) Aplicar criterios normativos en la culpabilidad y limitarse a conceptos científicos-naturales u ontológicos en la teoría del injusto, es un método que no corresponde al seguido por la ley. Las acciones no se tipifican —es decir, en el caso normal, no se prohíben— al azar. El legislador no determina las acciones antijurídicas (dentro de las cuales habrá culpables y no culpables) guiándose por tales conceptos, sino valorando la realidad y separando aquellas que le parecen, de algún modo, socialmente reprobables. Esto es evidente; la violación cometida por un loco, el incendio ejecutado por un menor (comportamientos antijurídicos no culpables), no son acciones indiferentes: son acciones que la comunidad desaprueba, que le parecen mal. Esto no quiere decir que se confunda antijuridicidad y culpabilidad: «La antijuridicidad es... una relación entre acción y orden jurídico, que expresa el desequilibrio entre la primera y el segundo: la realización de la voluntad no ha sido la que el Derecho espera objetivamente de las acciones en el terreno social. La culpabilidad no se contenta con esta relación de un desequilibrio objetivo entre acción y orden jurídico, sino que hace al autor el reproche personal de no haber omitido la acción antijurídica, a pesar, de haber podido omitirla» (WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 120; *Das neue Bild.*, ed. 1961, pág. 39). Si, por consiguiente, la antijuridicidad implica ya una valoración, entonces sería una verdadera causalidad que pudiésemos llegar a la acción antijurídica utilizando criterios no valorativos: «sería un milagro entre todos los milagros, una inesperada armonía preestablecida de dos modos de ver las cosas fundamentalmente distintos, si un concepto formado por medio de una relación de valor, pu-

con la casi exclusiva intervención de ciencias ciegas al valor y al disvalor (las naturales) o que se encuentran por fuera de toda relación valorativa (la Ontología).

El problema de cómo se puede determinar la reprobabilidad que ha de concurrir en la acción, para que ésta pueda ser considerada antijurídica en el sentido de un tipo determinado, no es posible tratarlo en este lugar. Se trata de una cuestión interpretativa; a la interpretación (histórica, gramatical lógico-sistemática y teleológica) habrá que acudir, por ejemplo, para decidir el problema de si en el dolo reside la reprobabilidad de los tipos dolosos —y, por tanto, es un elemento subjetivo del injusto de todos ellos— o no. Aquí nos limitaremos a señalar el límite de la reprobabilidad (57): éste se halla allí donde el ciudadano cuidadoso donde el hombre prudente, no haya podido prever las consecuencias originadas por un comportamiento determinado. El hecho de que el cartero que lleva mi carta a su destinatario se rompa la columna vertebral al resbalar, con ocasión de cumplir su función, no implica que el tirar la carta sea una acción reprobable. Mi acción ha *condicionado* (producido), sin duda, el accidente; pero es intachable. El Derecho se dirige a hombres, no a adivinos. Las normas jurídicas se configuran teniendo en cuenta el hombre tal como es (“tipo real”), o tal como debe ser (“tipo ideal”) (58); pero no deben de estar referidas a un hombre que no existe (es decir: como éste no puede ser). La persona humana está caracterizada por poder prever los acontecimientos futuros sólo limitadamente: no todas las consecuencias de sus acciones, sino únicamente un determinado número de ellas, es susceptible de previsibilidad. La reprobabilidad es reprobabilidad de algo, presupone un objeto: no haber hecho uso de una capacidad conferida al hombre; ¿dónde está ese algo, qué es lo que se puede reprobar, cuando no se hace uso de una capacidad que nadie posee, (59). Las acciones que provocan consecuencias inadecuadas (60) (objetivamente imprevisibles), el no ser reprobable,

diera hacerse coincidir con un concepto de la Naturaleza obtenido por medio de una consideración ciega ante los valores» (RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 5.^a ed. (1956), pág. 95).

(57) Sobre el disvalor de la acción en las acciones peligrosas permitidas se harán algunas indicaciones (*infra* II, A).

(58) Sobre estos conceptos HENKEL, *Der Mensch im Recht*, en *Studium Generale* 1960, págs. 230/231.

(59) El juicio de reprobabilidad es objetivo; no se pregunta por tanto, todavía, si el agente en concreto era capaz de prevenir el resultado.

(60) Los ataques que se dirigen frecuentemente al pensamiento de la adecuación (así, últimamente, OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlín 1959, pág. 71; *Die erlaubte Gefahrsetzung und die Fahrlässigkeit*, *Festschr. f. EB. SCHMIDT*, 1961, págs. 234-235), afirmando que el tomar como medida de la previsibilidad al hombre prudente, conduce a absoluciones inadmisibles, en el caso de que la previsibilidad del autor concreto —por su conocimiento casual de circunstancias o por disponer de una inteligencia superior que le permite descubrir leyes de la Naturaleza, que todavía no se conocen— es superior a la del hombre prudente, no pueden convencer. Esta objeción atribuye a

carecen de la condición indispensable para ser típicas (61). Precisamente ahí se encuentra la fuerza de atracción de la teoría de la causalidad adecuada, y ello explica que, cuando se rechaza como teoría de la causación, la doctrina intente de nuevo, con otros argumentos, excluir las acciones inadecuadas en el terreno de la tipicidad: la frontera de la adecuación es, al mismo tiempo, la de la responsabilidad jurídico-penal posible (62).

II. EXAMEN DE ALGUNOS GRUPOS DE CASOS (63) CUYA SOLUCIÓN —POR CREERSE QUE PRESENTAN PROBLEMAS DE TIPO CAUSAL— SE ATRIBUYE A LAS TEORÍAS DE LA CAUSALIDAD

Las teorías de la causalidad han tenido, desde siempre, junto a este cometido ya estudiado de delimitación de los comportamientos relevantes para el Derecho, otra misión que cumplir: resolver los problemas presentados por un cierto número de grupos de casos. De algunos de ellos nos vamos a ocupar ahora; pero se puede adelantar ya que tampoco aquí se trata de cuestiones que puedan ser aclaradas con la ayuda de tales teorías.

A. *Los procesos irregulares en los delitos dolosos* (64).

Diversas teorías se esfuerzan en fundamentar la impunidad del autor en estos casos (65).

La teoría de la causación adecuada niega la existencia de una re-

la teoría que se intenta rebatir, una concepción que nadie defiende. Desde Traeger (1904) se forma el juicio de adecuación, teniendo en cuenta la previsibilidad del hombre prudente y, además —cuando la del agente exceda esta medida—, también la de éste.

(61) Con esto no se quiere decir que toda acción adecuada al resultado, haya de ser considerada como prohibida, sino que sólo ellas son aptas de ser tipificadas. La ley puede exigir otras características, a más de la adecuación, para fundamentar la reprobabilidad objetiva de un tipo determinado.

(62) Esto es válido para los tipos dolosos y culposos; la admisión del principio *versari in re illicita* crea problemas que habrá que tratar separadamente (*infra* II, C).

(63) Lo que se va a exponer tiene validez para el Derecho español. La razón por la cual las acciones que estudiamos no constituyen delitos dolosos consumados, va a ser tratada inmediatamente. Tales comportamientos no son tampoco subsumibles en tipos contruidos sobre el *versari*: la ley pretende comprender otra clase de comportamientos, dando entrada a la responsabilidad por el resultado (sobre esto, *infra* II, C).

(64) Este grupo ofrece, además, interés, porque de su estudio se pueden deducir criterios de diferenciación entre el delito imposible (punible) y el delito putativo (no punible).

(65) En contra de la opinión dominante exigen plena responsabilidad von BURI —pero sólo en determinadas circunstancias—, *Über Causalität und deren Verantwortung* Leipzig 18737, pág. 16, y BACHMANN, *Der Unterschied der adäquaten Kausalität in Strafrecht und Zivilrecht*, tesis doctoral Göttingen 1952 (inérita), pág. 50/51 («No castigando en los casos de producción intencionada de un resultado improbable, daríamos facilidades precisamente al delincuente hábil, para que pudiese exponer a su víctima.

lación causal entre comportamiento y resultado. A no puede, por tanto, ser considerado causa del evento si, con dolo de matar, envía a B a un bosque para que le aniquile un rayo y su propósito se realiza (66).

Los que rechazan esta teoría de la causalidad tienen que acudir a otros criterios. Una segunda concepción, que cuenta con numerosos partidarios (67), cree que el fundamento de la absolución del agente se halla en que éste únicamente desea, pero no quiere el resultado (no hay, por consiguiente, dolo). Si A induce a B a tomar un avión, porque confía —guiado por presentimientos— que éste se estrellará y el resultado se produce, no habrá responsabilidad de A por no haber actuado dolosamente: no ha querido la muerte, la ha deseado tan sólo.

Gallas (68), Hirsch (69) y Lange ven la solución del problema en la teoría del dominio sobre el hecho (70). Así opina este último, que en los procesos causales irregulares “el punto de vista de la falta de dominio sobre el hecho excluye el carácter de acción; es decir, el concepto final de autor, como base de la teoría final de la acción de Welzel, da aquí el criterio decisivo” (71).

En realidad, todas estas concepciones sólo sirven para fundamentar, valiéndose de distintos argumentos (falta de causalidad, de dolo

repetidas veces, a peligros pequeños, en el curso de lo cual el peligro podría realizarse y el criminal lograría sus fines, sin tener que temer el más mínimo castigo»).

(66) Más ejemplos de este grupo en el curso de la exposición.

(67) Fundamentación del proyecto de Código penal de 1960 (Deutscher Bundestag. 3. Wahlperiode. Drucksache 2150), pág. 121; LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts*, etc., Leipzig 1895, pág. 6; E. HARTMANN, *Das Kausalproblem im Strafrecht*, etc., Breslau 1900, págs. 112/113; RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pág. 39; ZU DOHNA, *Beitrag zur Lehre von der adäquaten Verursachung*, en «Mon-KrimPsych 2» (1906), págs. 431/432; POMP, *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, Breslau 1911, pág. 71; FRANK, *StGB*, 18.^a ed., Tübingen 1931, pág. 197; BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 8.^a y 9.^a ed., Tübingen 1925, pág. 49; HEIMBERGER, *Strafrecht*, Berlín-Viena 1931, pág. 59; von LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch I*, 26.^a ed., Berlín-Leipzig 1932, pág. 254; MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2.^a ed., Munich-Leipzig 1933, pág. 127; *Leipziger Kommentar I*, 8.^a ed., Berlín 1957, pág. 515; *Strafrecht I. Ein Studienbuch*, 9.^a ed., Munich-Berlín 1960, pág. 165; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 61; SCHWARZ-DREHER, *StGB*, 23.^a ed., Munich-Berlín 1961, pág. 207.

(68) Comp. *Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht*, «Dt. Beiträge z. VII. Intern. StrRKongress», 1957, pág. 17.

(69) Véase ZStW 74 (1962), págs. 98, 101.

(70) *Tatherrschaft* Con esta teoría procedente del campo finalista, pero que ha encontrado también gran aceptación en autores que no pertenecen a dicha escuela, se intenta establecer medidas para delimitar la autoría de la complicidad (BEIHILFE): autor es el que domina el hecho, el que puede decidir —por tenerlo en sus manos— que el resultado se produzca o no. Véase sobre todo ello el extensísimo escrito de habilitación que el Privatdozent de la Universidad de Hamburgo Dr. ROXIN ha dedicado a la teoría del dominio sobre el hecho de próxima publicación).

(71) LANGE, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, ed. 1949 (recensión), en «ZStW 63» (1951), pág. 471. Comp., además, en el mismo sentido, KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, ed. 1961, pág. 159.

de dominio sobre el hecho), que el autor no sea castigado por delito consumado. Pero no explican por qué hay que excluir toda clase de responsabilidad, pues: que el resultado *producido* no pueda ser imputado al agente, no impide que éste *haya intentado* producir la lesión de un bien jurídico. Frank (72) afirmaba, con razón, que la teoría de la adecuación podía negar la relación de causalidad, pero tenía que admitir la presencia de tentativa. Lo mismo se puede hacer valer ante Gallas, Lange y Hirsch; si el autor cree que posee el dominio sobre el hecho, existe tentativa, y su conducta es, por consiguiente, punible. Si se alega que el motivo por el que hay que absolver al autor es la falta de dolo—el resultado ha sido solamente deseado—, basta este argumento, a diferencia de las dos teorías anteriores, para probar que tampoco es posible castigar por tentativa de delito; el que, sin embargo, también esta tesis haga uso de una aclaración adicional, para explicar por qué no sería lícito penar por tentativa, hace sospechar que no se está demasiado seguro sobre la solidez de los propios argumentos. Sobre los motivos por los cuales el autor que ha producido el resultado no responde tampoco por tentativa, reina unanimidad: todos estos casos caen dentro de la no punible tentativa irreal (o supersticiosa). Tanto más estaremos ante esta clase de tentativa cuando el resultado no haya tenido lugar; a este respecto hay que destacar que la fundamentación de la exclusión de responsabilidad en los casos en que no haya habido lesión de un bien jurídico es la de más importancia práctica: es casi imposible que una acción inadecuada pueda llegar a producir el resultado antijurídico.

Por tanto: la tentativa irreal, de cuya existencia en estos casos nadie duda, se utiliza por *todas* las concepciones—independientemente de lo que se discrepe en la argumentación respecto al delito consumado—, para evitar también el castigo por tentativa del agente que, para la consecución de un resultado, coloca dolosamente una condición inadecuada. Esto es, sin embargo, un salida no demasiado feliz para solucionar casos incómodos: después de que en la construcción de la tentativa se ha rechazado toda idea de peligrosidad objetiva de la conducta externa (74) y la existencia de delito intentado se ha hecho

(72) StGB, ed. 1931, pág. 197.

(73) Comp., en lugar de muchos, por los que niegan la responsabilidad por falta de causación: MAURACH, *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 407; por falta de dolo: WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, págs. 171/172; por falta de dominio sobre el hecho: KOHLRAUSCH-LANGE, *StGB*, ed. 1961, pág. 147.

(74) Las teorías objetivas que acuden a criterios objetivos (peligrosidad), para distinguir la tentativa punible de la no punible, cuentan hoy en Alemania con muy pocos partidarios. Estas teorías se enfrentan con el inconveniente, difícil de salvar, de encontrar medidas seguras para determinar en el caso concreto, si ha habido peligrosidad—por tanto, tentativa punible— o no. ¿Hay tentativa de incesto en la conducta del padre que cohabita con una mujer, creyendo equivocadamente que es su hija; de hurto, en la acción de meter la mano en un bolsillo vacío; de homicidio, si se dispara contra una persona protegida por una cota de malla? La

dependen exclusivamente de que se dé la voluntad de rebelión (*Auf-lehnungswille*) contra el orden jurídico, se acuerdan los autores de las teorías objetivas, introduciendo de nuevo el concepto de peligro. Busch (75) habla, con razón, de “inconsecuencia”; inconsecuencia que Maurach (76) cree poder suprimir del mapa, aceptando, como fórmulas que expresan de modo exacto el pensamiento contenido en la opinión dominante, las expresiones “teoría mixta objetivo-subjetiva” (Mezger) y “teoría subjetiva de la tentativa con agregación de una característica objetiva” (Schönke-Schröder). Pero estas denominaciones, más que nada, desorientan: no se trata de una teoría que unifique los dos puntos de vista, sino de dos teorías extremas.

La primera—una teoría subjetiva absoluta—se aplica siempre que el hecho sea calificado como tentativa inidónea. La peligrosidad de la acción es entonces completa y totalmente irrelevante. De acuerdo con ello es punible la tentativa de aborto llevada a cabo con una mujer que no estaba embarazada, la tentativa de defraudación de derechos aduaneros con mercancías no sujetas en realidad a pago de Aduanas, pero que el autor equivocadamente suponía que sí lo estaban, la tentativa de asesinar un cadáver, etc. Lo decisivo es que la voluntad del autor esté dirigida a un fin antijurídico (voluntad de rebelión).

Si de lo que se trata es de la tentativa irreal, entonces sólo es vigente una segunda teoría—esta vez una objetiva extrema—. Si el agente quería matar, si estaba seguro de que los medios empleados alcanzarían su fin, todo ello carece de importancia. Lo único que ahora cuenta, y por lo que no hay responsabilidad, es que su acción no era peligrosa.

Como se puede compatibilizar que dentro del mismo problema (la tentativa), unas veces se tenga exclusivamente en cuenta la voluntad de rebelión, y otras exclusivamente el peligro representado por el comportamiento, es un enigma. Pues, si se concede a la intención del autor un papel tan destacado que ella sola es capaz, sin cooperación de factores adicionales, de fundamentar la punibilidad, entonces es difícil de comprender que se elimine totalmente su significado en determinadas acciones inofensivas, a saber: aquellas que he atribuyen a la tentativa irreal. Y viceversa, si la no peligrosidad de la acción—independientemente de lo fuerte que sea la voluntad de rebelión— es el motivo de la exclusión de responsabilidad en la tentativa irreal, en

teoría subjetiva —la dominante hoy en la jurisprudencia y en la doctrina científica alemana— decidiría en estos tres casos la punibilidad del agente: hay tentativa punible —independientemente de los medios empleados— siempre que el autor quiera cometer un hecho penado por la ley (o sea: que se rebele contra el orden jurídico), y realice, con este fin, actos de ejecución; la teoría dominante introduce, de toda formas, como veremos enseguida, algunas excepciones a este principio

(75) *Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre*, Tübingen 1949, pág. 16.

(76) *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, pág. 407.

tonces no es posible que, de buenas a primeras, se convierta en algo intrascendente.

Tan poco convincentes como la solución de la tentativa irreal para justificar la no procedencia de una pena, son las ideas de que el autor sólo ha deseado el resultado o que no ha dominado el acontecimiento. Con razón se ha llamado a la primera una "construcción un tanto dudosa" (77); el desear y el querer dependen únicamente de la representación subjetiva que tenga el autor sobre la posibilidad de la producción del resultado (representación que puede discrepar totalmente de la realidad objetiva). Si una mujer quiere matar a su marido, dándole para cenar un plato de setas que ha comprado en una tienda de comestibles, en la opinión de que son venenosas—por haberlo soñado la noche anterior—, es perfectamente imaginable, a pesar de que su acción es inadecuada, que la esposa piense que su comportamiento es plenamente apropiado para alcanzar su propósito. Las noticias que, de cuando en cuando, aparecen en los periódicos sobre personas que dejan todos sus bienes, para prepararse a un supuesto próximo fin del mundo, muestra hasta qué punto se puede prestar crédito a la superstición; estos hombres no están menos seguros del inmediato fin del mundo—lo prueban sus hechos—que un astrónomo que se hubiese llegado a las mismas conclusiones por medios científicos (78).

Todavía mayores reparos despierta el hecho de que, al no percibirse la desigual naturaleza de las acciones peligrosas y de las inadecuadas (79), se haga uso, para explicar la impunidad de las pri-

(87) BAUMANN, *Strafrecht*, ed. 1961, pág. 184. Compárase también contra esta concepción LIEPMANN, *Zur Lehre von der «adäquaten Verursachung»*, en «GA 52» (1905), pág. 328; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie*, etc., Berlín-Leipzig 1927, págs. 165/166; WAIBLINER, *ZStW 69* (1957), pág. 218, nota 105.

(78) Con parecidos argumentos rechaza ENGISCH esta concepción que sostiene la falta de dolo (comp. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1930, págs. 157 y ss.; *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, pág. 50). Si el autor que cree en supersticiones, tiene conciencia de la posibilidad de la producción del resultado, entonces «existe, desde un punto de vista psicológico, intención de ocasionar una muerte; pues para el agente su comportamiento es un medio suficientemente idóneo para la producción del resultado; cuenta con la producción del resultado con tal probabilidad subjetiva, que no se puede hablar de un mero desear» (*Untersuchungen*, págs. 167/168). Los autores que niegan en estos procesos causales la existencia de dolo, no se han tomado nunca la molestia de ocuparse de las objeciones que ENGISCH levantaba hace treinta años. Este silencio no significa que a los reparos les falte fuerza de convicción, sino más bien que hasta ahora no se ha encontrado el modo de refutarlos.

(79) Las acciones inadecuadas son, por definición, acciones no peligrosas en sentido jurídico-penal. Una acción que no es apropiada para causar un determinado resultado, es una acción que no encierra peligro para la producción del mismo; una acción apropiada para originar la lesión de un bien jurídico, representará siempre un riesgo para éste. En este sentido, HANS HENCKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*. Breslau 1930, pág. 19, nota 56; SAUER, *Allgemeine Strafrechtslehre*, ed. 1955, pág. 84; ENGISCH,

meras, de consideraciones que, en el mejor de los casos, sólo podrían aplicarse para explicar la de las acciones inadecuadas. Si el autor origina que su víctima haga un viaje en avión o escale una montaña, con la esperanza de que ésta muera a consecuencia de ello, estamos ante actividades que, sin duda, representan un riesgo para el resultado mortal; se ha superado la frontera de la adecuación y la probabilidad de la producción del resultado se encuentra ahora no sólo en la imaginación del autor: existe objetivamente. A los intentos de hacer, otra vez, válidos los mismos argumentos (el resultado se ha deseado solamente, el agente no ha tenido el evento en su mano), hay que responder: únicamente porque el peligro está *permitido*, estaría en contradicción con nuestro sentido del Derecho el castigo del autor; si el sujeto hubiese ejecutado su acción existiendo un riesgo parecido, pero esta vez *prohibido*, no se podría pensar, de ningún modo, en la absolución. La diferencia entre riesgo permitido y prohibido no consiste en la diversa magnitud del peligro, sino sólo en que unas veces es lícito y otras no. El riesgo (permitido) para la vida de los espectadores que se encuentran, durante unas carreras de automóviles, en una curva peligrosa —en la que ya han tenido lugar varios accidentes—, no es menor que aquel (prohibido) al que está expuesto un hombre al que le dispara con un arma un tirador muy poco experto, desde una distancia tan grande, que incluso un campeón de tiro acertaría muy pocas veces. No es sostenible fundamentar la absolución de autores que se sirven de procesos peligrosos para provocar lesiones de bienes jurídicos —supongamos que el padre manda a su hijo, con la intención de matarle, a aquella curva peligrosa— con el argumento de que falta el dolo o el dominio sobre el hecho; pues entonces, y con el mismo derecho, podría aducir el mal tirador que, con el propósito de matar, acierta, que él había deseado solamente el resultado o que no había dirigido el acontecimiento. Como lo único que separa a estos dos casos es un momento normativo, que deja invariable la situación real de hecho, no habría modo de evitar la no responsabilidad del tirador. Estos resultados no satisfacen: parece evidente que el padre no debe, en efecto, responder ni siquiera por tentativa, mientras que el mal tirador ha de ser condenado por delito consumado (80).

Von Weltbild des Juristen, 1950, pág. 137; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1960, pág. 44.

(80) Todavía se propone otra solución. RUTKOWSKY, *Die psychisch vermittelte Kausalität. Zugleich ein Beitrag zur Frage der Sozialadäquanz*, en «*NJK* 1952», pág. 608, escribe: Si A le dice a B: 'mátate', y B —por este motivo— lo hace, ¿es A un asesino? 'No', se dice, 'eso es una no punible inducción al suicidio'. Incluso si A le da la pistola a B, no se cambia nada, pues tampoco se castiga la complicidad en el suicidio (en Alemania, como en España, el suicidio es un hecho atípico; al no existir ningún tipo especial que castigue la participación en el suicidio, ésta no es tampoco punible). Nadie duda.—¿Cómo puede entonces ser castigado aquel que ni siquiera provoca la decisión de matarse, sino sólo la de colocarse en un peligro? Este argumento *a majore ad minus* debería de mostrar la imposibilidad jurídica de la punibilidad» (paréntesis añadidos). Re-

Si en los procesos causales irregulares se ventilasen sólo cuestiones que tuviesen que ver con comportamientos inadecuados, no sería necesario volver a ocuparse de la estructura del tipo; los principios establecidos bastarían para encontrar una solución satisfactoria. Sin embargo, en el curso de nuestra exposición ha podido apreciarse que la doctrina estudia también, al tratar de este grupo, acciones que son peligrosas.

Un comportamiento peligroso es sólo típico cuando en su ejecución se ha dejado de observar el cuidado objetivo exigido por el Derecho: pues no sólo no existe ninguna reprobabilidad en los comportamientos inadecuados: ésta falta también en aquellos comportamientos *adecuados* que se realizan sin lesionar las medidas objetivas de prudencia. ¿Cómo puede ser reprobable la conducta del cirujano que lleva a cabo una operación arriesgada sujetándose a las reglas de la ciencia médica, o la del propietario de una empresa peligrosa que observa todas las medidas de prudencia para evitar accidentes? Estas acciones no lesionan ningún mandato jurídico; al contrario, precisamente se inclinan ante el Derecho y observan la diligencia que éste exige. Si, por una parte, pues, el Derecho impone unos ciertos deberes para eje-

cientemente vuelve RUTKOWSKY a defender la misma tesis (véase BAUMANN, *Strafrecht* (recensión), en «NJW 1961», pág. 1153).—Que la similitud con la participación en el suicidio sea tal, como para que pueda admitirse sin reparos la deducción hecha por RUTKOWSKY, parece discutible. Pero esto lo podemos dejar a un lado; pues aun cuando no hubiese nada que objetar, se habría conseguido una respuesta satisfactoria sólo para un limitado número de casos.—En primer lugar, no se ha resuelto, por qué hay que absolver al autor que, para ocasionar la muerte de un tercero, convence a éste para que realice una acción inadecuada; al no colocarse la víctima en ningún peligro, desaparece todo paralelismo con el suicidio. El hombre que se come un plato de setas compradas por su mujer en una tienda de comestibles, no ha decidido exponerse a una situación peligrosa; ésta es inexistente; riesgo hay sólo en la imaginación de la mujer.—Tampoco en las acciones peligrosas consigue RUTKOWSKY resolver el problema sin lagunas. De la participación en el suicidio no se puede inferir ninguna conclusión válida, cuando el autor opina que el peligro es mayor que el existente en la realidad, si es este último el que capta la víctima. Si el autor supersticioso cree que el accidente de avión es casi seguro, hay una diferencia esencial entre el riesgo real —al que el pasajero está de acuerdo en exponerse— y el que el autor considera existente. En estos casos fracasa también la explicación de RUTKOWSKY; pues si el peligro aceptado por el pasajero bastase para fundamentar la impunidad del autor, entonces nada se opondría a la absolución de éste, en el caso de que un agente provocador (sobre el agente provocador, más adelante) le hubiese comunicado la existencia de una bomba en el aparato —aquí también habría discrepancia entre el peligro objetivo, captado por la víctima, y el imaginado por el delincuente— y, por este motivo, hubiese convencido a su víctima a emprender el viaje aéreo. No creemos, sin embargo, que en este último caso RUTKOWSKY se atreviese a dejar sin castigo al autor.—La fundamentación es inaplicable, cuando se induce a ejecutar la acción peligrosa a personas en estado inconsciente o a inimputables.—Por último: los casos a los que se refiere RUTKOWSKY no parecen tampoco punibles en ordenamientos jurídicos que, o bien castigan el suicidio, o bien, como el español, han creado un tipo especial para la inducción y el auxilio al suicidio.

cutar una determinada acción, y, por otra, el autor cumple con estos deberes al llevarla a cabo, sería contradictorio afirmar que tal comportamiento va contra el Derecho (que es antijurídico) (81).

El cuidado exigido por el Derecho (dentro de este concepto se incluyen las acciones inadecuadas—al no representar riesgo para el resultado, son siempre acciones prudentes—y las peligrosas permitidas) se suele considerar sólo en relación con los delitos culposos. Algunos autores se oponen a esta opinión (82) y exigen su examen también en los delitos dolosos. Con razón; hay ciertas empresas peligrosas cuyas estadísticas muestran que los accidentes son inevitables (83); conociendo estos datos, las muertes y lesiones que tengan lugar, se causan con dolo directo de segundo grado (se sabe que a la explotación de la industria están unidos necesariamente los accidentes); en consecuencia si el cuidado objetivo tuviese trascendencia sólo dentro de los delitos culposos (a estos efectos es indiferente que con su observancia se considere excluída la tipicidad, la antijuridicidad o la reprochabilidad), habría que llegar al absurdo resultado de que siempre que tuviese lugar un accidente mortal habría que castigar a los responsables del funcionamiento de la industria —aun cuando hubiesen observado todas las precauciones— por homicidio doloso. A la solución contraria se llega siguiendo la tesis correcta; según ella, la observancia del cuidado objetivo excluye también la tipicidad de las acciones dolosas.

Estos principios hay que aplicarlos ahora a ciertos casos de procesos irregulares. En primer lugar, habrá que distinguir:

— A, que se propone causar la muerte de B, persuade a éste para que entre a trabajar en una mina de carbón; A es consciente de que no existen muchas probabilidades de que se realicen sus deseos, pero confía en que, como de vez en vez sucede, B tenga la mala suerte de ser víctima de un accidente de trabajo.

— A convence a B para que entre a prestar sus servicios en una mina de carbón, al recibir de un agente provocador (84) la noticia de

(81) Entre los autores que desplazan el cuidado objetivo al injusto, compárese, por ejemp'o, recientemente ENGISCH, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, Festschr. z. 100jähr. Best. d. dt. Juristentages I*, Karlsruhe 1960, págs. 117 ss.

(82) Así HELLMUTH MAYER, *Strafrecht AT*, 1953, pág. 187; NOWAKOWSKY, *JZ* 1958, pág. 390; SCHAFFSTEIN, *Soziale Adäquanz und Tatbestandstheorie*, en «ZStW 72» (1960), pág. 373, nota 11; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*, ed. 1961, pág. 373.

(83) En la República Federal de Alemania (sin incluir el territorio del Sarre), han muerto, entre 1945 y el 30 de septiembre de 1961, a causa de accidentes en minas de carbón, 9.404 personas (*Die Welt*, 10-III-1962, pág. 16). En una noticia en el mismo periódico de 12-II-1962, se recoge una comunicación del Sindicato industrial de minas y de energía en la que se indica que, prescindiendo de las grandes catástrofes, mueren en Alemania occidental anualmente, a consecuencia de pequeños accidentes, aproximadamente 500 mineros.

(84) Agente provocador, es decir: «cuando el inductor no quiere la consumación del hecho, sino sólo su tentativa» (SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB*,

que, debido a un fallo en la instalación, va a ocurrir una catástrofe.

En ambos casos existe el mismo grado objetivo de probabilidad; en ambos el autor tiene el propósito de producir el resultado. En el segundo ejemplo hay tentativa punible, pues si el accidente hubiese tenido lugar en la forma *que el autor se había imaginado*, estaríamos ante un resultado típico causado *por una acción típica* —A no habría observado la diligencia debida—. En el primer caso, por el contrario, sólo se puede admitir un delito putativo (85) —, por tanto, no punible—, pues si el accidente se hubiese producido en la forma *que el autor se había imaginado*, habría causado la muerte *por medio de una acción atípica* —se ha observado la diligencia debida—.

La teoría tradicional del delito fracasa en encontrar una explicación convincente para los procesos causales irregulares, porque no sabe dónde hallar la diferencia entre los dos casos expuestos; en ambos quiere el agente causar un resultado típico (la muerte), es decir, para esta concepción, realizar un tipo. A éste pertenece, sin embargo, además de la lesión de un bien jurídico, el *cómo* de su provocación: el autor que tenga el propósito de producir un resultado típico, queriendo observar y observando la diligencia debida, está suponiendo, equivocadamente, que el evento está prohibido (delito putativo).

Todavía ha quedado sin resolver la cuestión del agente supersticioso. Aquí parece que nada se opone a la punibilidad de su conducta: quiere producir el resultado antijurídico por medio de una acción típica (si el peligro que él supone existente fuese el real, lesionaría el cuidado exigido por el Derecho). La imposición de una pena no es, sin embargo, posible, por no haber un comportamiento doloso. Pero no porque falte el elemento emocional (el autor sólo ha deseado el resultado), sino el elemento intelectual (el autor no conoce las circunstancias del hecho) del dolo. Saber, en sentido estricto, significa “un conocimiento *fundamentado*” (86); el saber se caracteriza por ser una “convicción sobre la existencia real, de objetos, acontecimientos o situaciones de hecho que se basa en motivos subjetivos y objetivos *suficientes*. La fundamentación del saber puede tomarse, bien de la experiencia, de informes examinados críticamente, de documentos, de testimonios, de monumentos (saber histórico), bien de la penetración en la esencia de

ed. 1961, pág. 264). Así el policía que, para sorprender al delincuente *in fraganti*, engaña a un sospechoso, comunicándole la clave de la caja fuerte que está vacía, o incitándole a disparar contra un tercero para lo cual le facilita una pistola descargada.

(85) En el delito putativo el agente se propone realizar un hecho atípico, creyendo que está prohibido; por ejemplo: el agente considera, equivocadamente, que el comercio carnal con la prometida de un tercero es punible. «El delito imaginario (delito putativo) no es nunca punible, pues el autor no tiene el poder de fundamentar la punibilidad por medio de su error. Este poder pertenece sólo a la Ley» (MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, ed. 1933, pág. 381, paréntesis en el texto original).

(86) *Philosophisches Wörterbuch*, editado por WALTER BRUGGER, S. J., 3.ª ed., Freiburg 1950, pág. 423 (subrayado añadido).

objetos ideales (Lógica, Matemática, Ética)" (87). Lo decisivo es, por consiguiente, en qué forma el agente adquiere su representación: si las bases que han conducido al convencimiento de que el resultado se produciría eran sólidas, estaremos ante un auténtico saber; si la representación ha sido adquirida por medio de sueños, presentimientos, supersticiones, etc., entonces no ha habido conocimiento de las circunstancias del hecho. Supongamos, por un lado, que el vendedor ha asegurado a la mujer —sabiendo que no lo son— que las setas de 30 pesetas son venenosas; por otro, que la autora ha llegado al mismo resultado, porque la noche anterior había soñado que las setas de ese precio tendrían efectos mortales. La teoría del querer-desear pretende hacernos creer, ignorando la fuerza que sobre determinadas personalidades pueden ejercer bases irracionales, que en el segundo caso siempre habrá una perfecta conciencia de lo infundado de los motivos y que, por tanto, el sujeto podrá desear, pero nunca querer el resultado. Nosotros también opinamos que hay dolo en el primer caso y negamos su existencia en el segundo. Pero con otro fundamento: Si la autora cree al vendedor, ha alcanzado su convencimiento por medio de fuentes que ofrecen solidez: la declaración de un tercero que es de suponer que está informado sobre las peculiaridades de los artículos que vende; por tanto: hay conocimiento; por el contrario no se puede hablar de solidez de fuentes y, por tanto, tampoco de conocimiento, si han entrado en juego supersticiones u otros sentimientos infundados.

Que nos encontramos en el camino acertado, lo muestra uno de los presupuestos en la formación del juicio de adecuación. La teoría de la causalidad adecuada negaría la existencia de una relación causal entre la acción de la esposa supersticiosa y la muerte del marido, en el caso de que, por casualidad, las setas fuesen, en efecto, venenosas. A tal concepción se le opone que la causalidad no puede hacerse depender de la adecuación, pero, entre los detractores de esta teoría, nadie ha acudido hasta ahora con la objeción de que, siguiendo los principios de esta doctrina, habría de admitir en este caso adecuación pues en las bases del juicio de adecuación se incluyen las circunstancias *conocidas* al agente. Que nadie haya tenido la idea de aducir que condiciones como la soñada venenosidad deberían de ser tenidas en cuenta al formar el juicio de adecuación, manifiesta que, con razón, tales circunstancias no han sido consideradas nunca como pertenecientes a las *conocidas*.

Durante nuestra exposición se ha podido apreciar que dentro de este grupo de casos se estudian diversas clases de comportamientos, dentro de los cuales hay varias posibilidades. Es recomendable que, para conseguir una visión de conjunto, resumamos la cuestión a grandes rasgos:

(87) *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, editado por JOHANNES HOFFMEISTER, 2.^a ed., Hamburgo 1955. págs. 672/673 (subrayado añadido: paréntesis en el texto original).

Hay tres clases de acciones:

a) *Acciones inadecuadas*.—Un hombre prudente no prevé como posible que tales comportamientos puedan provocar un resultado típico.

b) *Acciones peligrosas permitidas*.—Se encuentran por encima de la frontera de la adecuación; su ejecución encierra, por tanto, un riesgo para la producción del resultado.

c) *Acciones peligrosas no permitidas*.—Como en b), se ha sobrepasado el límite de la adecuación; pero la producción del riesgo que estas acciones representan está prohibido. Aquí adquiere significación jurídica la diferenciación entre adecuación e inadecuación; la realización de una acción inadecuada para originar la lesión de un bien jurídico es *siempre*—si el autor se da cuenta correctamente de la situación objetiva—, por faltar la acción típica, un delito putativo. En las acciones peligrosas habrá que examinar el carácter del riesgo; si éste está prohibido, la acción será típica, y su ejecución, a consecuencia de la voluntad de rebelión contra el orden jurídico que implica, punible.

Dentro de estos tres tipos de acciones hay que considerar las siguientes posibilidades:

- Acciones inadecuadas... {
- a) El autor *percibe* la situación objetiva *correctamente*, pero comete la acción para ocasionar un resultado dañoso. Como se pretende alcanzar el resultado por medio de una acción atípica: delito putativo. Ejemplo: A manda a B a un cine determinado con la esperanza de que éste muera allí a consecuencia de un incendio.
 - b) El autor *no percibe correctamente* la situación objetiva, porque confía, movido por supersticiones o sentimientos sin fundamento, que el resultado se produzca. No hay conocimiento y, por tanto, tampoco dolo.
 - c) El autor *no percibe correctamente* la situación objetiva, pero confía, con fundamentos sólidos, poder ocasionar el resultado. Por ejemplo: Un agente provocador comunica a A que un incendiario quiere prender fuego al cine; a raíz de ello A envía allí a su víctima. Estamos ante una tentativa punible.

Acciones peligrosas	}	permitidas	a) El autor <i>percibe</i> la situación objetiva <i>correctamente</i> ; el fin de su acción —en la que observa la diligencia debida— es causar la lesión de un bien jurídico. La acción debe ser considerada como un delito putativo.
			b) Como en las acciones inadecuadas.
			c) Como en las acciones inadecuadas.
	}	prohibidas	Si el autor percibe correctamente la situación peligrosa, ha causado —o intentado causar— por medio de una acción típica un resultado típico. A esta clase de acciones pertenece el famoso ejemplo de Thyré (Bemerkungen zu den kriminalistischen Kausalitätstheorien, 1894, pág. 126), que tanta confusión ha causado entre los partidarios de la teoría de la adecuación, del tirador inexperto en el manejo de las armas, que, con dolo de matar, dispara contra un tercero desde una distancia tal que incluso a un buen tirador le sería muy difícil acertar.

B. La autoría accesoria. (*Nebentäterschaft*)

El ejemplo que siempre aparece, al incluir este grupo en la discusión del problema causal, es: dos autores, sin tener ninguno de ellos idea de la acción del otro, envenenan la comida de un tercero; uno de ellos vierte seis gotas y el otro cuatro; ninguna de estas cantidades, por sí sola, habría bastado para producir la muerte; pero la suma de las dos dosis —es decir, 10 gotas— tiene efectos mortales (88).

Los representantes de la teoría de la condición creen que existe causalidad y culpabilidad y castigan por delito consumado (89). La

(88) Otro caso: A y B, sin sospechar ninguno de ellos de la acción del otro, proporcionan a una mujer embarazada medios abortivos. El aborto —para el que no habría sido suficiente ninguno de los dos medios aisladamente— se produce a consecuencia de la acción conjunta de ambos productos (el ejemplo procede de H. MÜLLER, *Die Nebentäterschaft, unter besonderen Berücksichtigung des Problems der sogen. Unterbrechung des Kausalzusammenhangs* (tesis doctoral inédita), Francfort a. M. 1935, pág. 12).

(89) Así, por ejemplo, FRANK, *StGB*, ed. 1931, pág. 15; von LISZT-SCHMIDT, *Lehrbuch I*, ed. 1932, pág. 337; H. MÜLLER, *Die Nebentäterschaft*, 1935, págs. 15/16; SPENDEL, *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie* (tesis doctoral publicada), Heidelberg 1947, págs. 27/28; MEZGER, *Studien-*

teoría de la adecuación no considera a ninguno de los dos autores causa del resultado y los hace responsables sólo de tentativa (90).

Para llegar a una solución correcta, hay que abandonar la tesis de que estamos ante un problema que tenga algo que ver con la causalidad. En el caso del envenenamiento hay un error sobre el tipo: a saber: un error sobre el proceso causal, que tiene efectos favorables para los dos autores. Es difícil imaginarse un ejemplo más claro de error esencial sobre el proceso causal que éste: cada uno de los autores quiere matar sin intervención de nadie; pero la muerte se produce porque otro sujeto ha tenido la idea de envenenar, al mismo tiempo, a la misma persona y, además, con el mismo veneno; y, además, con la cantidad requerida para transformar un veneno que no era mortal en mortal. Este error hace imposible imputar a ninguno de los dos agentes el resultado concreto; responden sólo por tentativa.

La cuestión ha de ser excluida, por tanto, de la causalidad. Habrá que examinar tan sólo si el proceso causal representado difiere esencialmente del que ha tenido lugar en la realidad (entonces habría tentativa) o no (entonces delito consumado).

C. Los delitos cualificados por el resultado

Las teorías causales han creído que también este grupo pertenecía a su dominio; sin embargo, tampoco aquí parece que posean la importancia que se les ha concedido.

Hasta la Novelle de 4-VIII-1953 (91) la culpabilidad del autor

buch AT, ed. 1960, pág. 235; BAUMANN, *Strafrecht*, ed. 1961, págs. 436/437, 452; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StBG*, ed. 1961, pág. 262.

(90) Comp., por todos, MAURACH. *Deutsches Strafrecht AT*, ed. 1958, págs. 164, 521. KÖHLER constituye una excepción, pues representando la teoría de la causación adecuada acepta la solución que propone la doctrina de la equivalencia (véase *Deutsches Strafrecht AT*, Leipzig 1917, pág. 203). De acuerdo con el espíritu del naturalismo, dominante en aquella época, defiende BINDING la concepción, notable en su fundamentación, de que «hay que distinguir terminantemente entre causación plena, causación parcial y colocación de condiciones individuales»; el autor accesorio es un causante parcial y no puede, por ello, «ser declarado nunca un causante pleno» (*Normen IV*, Leipzig 1919, pág. 589).

(91) La Novelle, de 4-VIII-1953, ha suprimido en Alemania la responsabilidad por el resultado; el parágrafo 56 del Código penal determina ahora: «Si la ley vincula a una consecuencia especial del hecho una pena superior, ésta se le impondrá al autor únicamente cuando produzca la consecuencia, por lo menos, culposamente». Sorprendentemente, es de apreciar en algún sector de la doctrina científica alemana, un movimiento de crítica contra esta reforma. Tal crítica carece de base; está originada por la equivocidad del concepto 'azar' y ha de ser considerada como una manifestación —esta vez inadmisibile— del subjetivismo en Derecho penal. La cuestión —tratada en mi tesis doctoral— no puede ser examinada aquí; comp. en contra de la supresión de la responsabilidad por el resultado: BAUMANN, *Kritische Gedanken zur Beseitigung der erfolgsqualifizierten Delikte*, en «ZStW 70» (1958), págs. 227 y ss.; *Probleme der Fahrlässigkeit bei Strassenverkehrsunfällen*, en «Kriminalbiologische Gegenwartsfragen X» (1960), pág. 105; expresamente en contra de la dirección representada por

no necesitaba estar referida al resultado calificante. El comportamiento era punible cuando el hecho base (por ejemplo: violación, lesiones, incendio) había sido cometido culpablemente, y la segunda consecuencia (por ejemplo: muerte, pérdida de un miembro importante del cuerpo), aun cuando no fuese previsible, se producía (92): la mera existencia de una relación causal entre la acción y el segundo resultado, bastaba para basar la responsabilidad.

La teoría de la causación adecuada que, ciertamente, no puede ofrecer una solución completamente satisfactoria desde el punto de vista del principio de culpabilidad, consigue, de todas formas, atenuar la lesión de este principio: el autor es causal para el resultado más grave, cuando su producción sea *objetivamente* previsible. La teoría de la condición se enfrenta con dificultades mayores; pues, de acuerdo con sus principios, la previsibilidad sólo puede ser considerada cuando la imposición de la pena se haya hecho depender de la culpabilidad; los delitos cualificados por el resultado, sin embargo, se caracterizan precisamente por ser necesario, respecto del segundo resultado, nada más que la causación (incluso sin culpabilidad). Si es suficiente la existencia de una relación condicional entre la conducta y la calificación, entonces habrá que castigar al autor por lesiones con resultado de muerte, cuando la persona a la que se ha lesionado muere ahogada en el mar Mediterráneo, a donde se había dirigido para reponerse del quebranto en su salud originado por las lesiones. Según los mismos principios, responde el agente por incendio culposo con resultado de muerte, si imprudentemente incendia un bosque y el propietario de éste muere de un ataque al corazón, al recibir la noticia de los daños causados a su propiedad.

A la vista de estos disparatados resultados —inevitables si se considera suficiente la mera causación de la calificación—, introducen la mayoría de los adeptos a la teoría de la “*conditio sine qua non*” una excepción (93) en este grupo de delitos: exigen para la imposición

BAUMANN, WIMMER, *Das Zufallsproblem beim fahrlässigen Verletzungsdelikt*, en «NJK 1958», págs. 521 y ss.; LANG-HINRICHSEN, *Zur Krise des Schuldgedankens im Strafrecht*, en «ZStW 73» (1961), págs. 224 y ss.

(92) Indicaciones sobre los parágrafos del StGB y de las leyes penales accesorias que contenían delitos cualificados por el resultado, en MEZGER, *Lehrbuch*, ed. 1933, pág. 316.

(93) BELING, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, pág. 43, nota 1; *Die Lehre vom Tatbestand*, Tübingen 1930, págs. 4 y ss.; POMP, *Die sogenannte Unterbrechung des Kausalzusammenhanges*, Breslau 1911, pág. 75; y WEGNER, *Strafrecht*, Göttingen 1951, pág. 107, rechazan, sin embargo, la introducción de correctivos; según ellos, por tanto, basta la presencia de una relación condicional. Vacilante sobre esta cuestión M. E. MAYER (comp. *Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht*, Strassburg 1899, pág. 88, nota 1; *Bemerkungen zu Liepmanns Erörterungen*, etc., en ZStW 20» (1900), pág. 551; *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., Heidelberg 1923, págs. 142/143).

de la pena la existencia de una relación adecuada entre el comportamiento y el resultado más grave (94).

La admisión de la adecuación en estos delitos, que son una cristalización del principio "versari in re illicita" (95), no significa, sin embargo, que los partidarios de la teoría de la condición abandonen el concepto causal que defienden: se acude más bien a consideraciones que no tiene nada que ver con la cuestión de la causalidad. A von Kries hay que atribuir el mérito de haber resaltado por primera vez que en todos los delitos cualificados por el resultado la acción base posee una cierta tendencia hacia el resultado calificante. "La causalidad de la muerte, por ejemplo, aparece en la ley como circunstancia agravante en las lesiones, el envenenamiento, el abandono de niños, el incendio y hechos similares, es decir: en delitos que claramente representan una cierta posibilidad para la muerte, que pueden causar adecuadamente una muerte. Si el legislador hubiese tenido aquí presentes los casos de causación fortuita, sería incomprensible por qué no se cita la causación de una muerte, como circunstancia agravante, en el hurto, el chantaje, la estafa y hechos similares; pues estos pueden ocasionar, asimismo, muy bien una muerte de modo fortuito. En efecto, sería una extraña injusticia, si hubiese que imputar la muerte al autor de una lesión de poca importancia, en el caso de que el lesionado sufriese un accidente mortal al ir a denunciar el hecho, y no al autor del hurto, si aquel a quien se ha robado pierde su vida

(94) Así von LISZT, *Lehrbuch*, 7.^a ed. (1896), págs. 109, 112 —posteriormente, sin embargo, adoptó von LISZT la posición de los autores citados en la nota anterior (comp. *Lehrbuch*, 18.^a ed. (1911), pág. 136)—; von BRÜNNECK, *Die herrschende Kausalitätstheorie* etc., Halle a/S. 1897, pág. 68; zu DOHNA, *MonKrimPsych* 2 (1906), pág. 430; *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, ed. 1947, pág. 20; THOMSEN, *Das deutsche Strafrecht AT*, Berlín 1906, pág. 72; RADBRUCH, *Erfolgshaftung*, en «Vergl. Darstellung AT», tomo II, Berlín 1908, págs. 234/235. P. MERKEL, *Grundriss des Strafrechts AT*, Bonn 1927, pág. 58; von WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed. (1948), pág. 62; WELZEL, *Strafrecht*, ed. 1949, págs. 28/29; NAGLER-SCHAEFER, *Leipziger Kommentar II*, 6.^a y 7.^a (1951), pág. 238. SCHÖNKE, *StGB*, ed. 1947, pág. 20, limita la responsabilidad aún más; en su opinión sólo puede imponerse al autor la pena del delito cualificado, cuando la consecuencia haya sido *subjetivamente* previsible. En este sentido también, parece que MEZGER (véase *Lehrbuch*, ed. 1933, págs. 124/125; *Studienbuch AT*, ed. 1960, págs. 71/72).

(95) Según una tesis (ENGELMANN, *Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung*, Leipzig 1895, pág. 211; HARDWIG, *Die Zurechnung*, 1957, pág. 25), este principio es consecuencia de reflexiones de orden religioso: los casos fortuitos producidos con ocasión de una acción prohibida, eran considerados como un castigo de Dios; según otra opinión (KOLLMANN, *Die Lehre vom versari in re illicita im Rahmen des Corpus juris canonici*, en «ZStW 35» (1914), págs. 62, 69; BINDING, *Normen IV*, pág. 115; BOLDT, *Pflichtwidrige Gefährdung im Strafrecht*, en «ZStW 55» (1936) pág. 46), el propósito perseguido con el *versari* era el de atenuar la responsabilidad por el resultado: no la causación de un resultado imprevisible por medio de una acción *cualquiera*, sino sólo por medio de una acción *prohibida*, puede fundamentar la punibilidad. Las dos concepciones son, sin duda, compatibles.

al ir a denunciar el delito" (96). A esta fundamentación, que von Kries deduce de la ratio de los delitos cualificados, se adhieren tanto los representantes de la teoría de la causalidad adecuada (97) como sus oponentes (98). Pero las consecuencias que de ello se deducen para la cuestión causal en Derecho penal difieren según cual sea la doctrina defendida. Los partidarios de la adecuación afirman que la ley no puede establecer un concepto de causa en los delitos cualificados por el resultado y otro distinto en otras clases de delitos: el concepto de causa de los cualificados (es decir: la condición adecuada) es, por consiguiente, al mismo tiempo, el del Código penal. Para sus detractores la no imputación de los resultados inadecuados al autor no se deriva de que éste haya sido causa del resultado, sino que las acciones inadecuadas, *de acuerdo con una interpretación correcta*, no pueden realizar los tipos de los delitos cualificados por el resultado; y esto, se dice, no tiene nada que ver con el problema de la causalidad jurídico penal.

Si fuese, sin más, evidente que el sujeto, por ser éste el sentido de los delitos cualificados, sólo responde por las consecuencias adecuadas a la acción base, habría que adherirse —de acuerdo con la opinión aquí defendida— a la tesis de los que conciben la adecuación no como teoría causal, sino como característica de la acción tipificada en esta clase de delitos. Pero el hecho indiscutible de que el comportamiento base contiene siempre una determinada tendencia hacia el resultado y, por tanto, sólo hay acción punible cuando la calificación se manifiesta como realización de esta tendencia —correcto por ello: no hay responsabilidad por la calificación de muerte cuando la víctima se ahoga durante su viaje de convalecencia o muere a consecuencia de un ataque al corazón provocado por la noticia del incendio—, no significa que "el peligro para la producción del resultado es precisamente aquí (en los cualificados) *extraordinariamente elevado*, en cualquier caso, comparado con todos los delitos restantes, intensificado y ha de ser considerado por ello como *fácilmente perceptible al autor*" (99),

(96) VON KRIES, *Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben*, en "Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie 12 (1888), págs. 226/227. Todo esto es, sin duda, válido para los delitos cualificados por el resultado en el Derecho penal español y para la atenuante del número 4.º del artículo 9.º que se aplica a las lesiones con resultado de muerte (homicidio preterintencional).

(97) Véase LIEPMANN, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlín 1900, pág. 74; LITTEN, *Die Ersatzpflicht des Tierhalters im Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, etc., Berlín 1905, pág. 105; TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung*, etc., 1927, págs. 59 y ss.

(98) Véase RADBRUCH, ZU DOHNA (*Aufbau der Verbrechenlehre*) y WELZEL en los lugares indicados en la nota 94. Comp., además, en el mismo sentido, ENGISCH, *Die Kausalität*, etc., 1931, pág. 70; GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, 2.ª ed., Berlín-Leipzig 1932, págs. 115/116; OEHLER, *Das erfolgsqualifizierte Delikt als Gefährungsdelikt*, en "ZStW 69" (1957), págs. 512 y ss.; ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, págs. 243/244.

(99) OEHLER, ZStW 69 (1957), pág. 513 (paréntesis y subrayados añadidos).

ni quiere decir tampoco que sólo pueda darse un delito de esta clase cuando existe “una *relación adecuada* entre la ejecución del delito base y el resultado grave” (100).

Esta dirección doctrinal que, apoyándose en von Kries, considera a los delitos cualificados por el resultado como comprensivos únicamente de relaciones adecuadas, no tiene en cuenta la relatividad del concepto de peligro. Irrefutablemente ha demostrado von Kries que en los cualificados la acción base representa para la producción del resultado *un peligro mayor que el de los restantes comportamientos tipificados*. Pero este peligro *mayor* no tiene que coincidir forzosamente con el concepto de adecuación. La comunicación de una buena o mala noticia es, en general, más peligrosa que una simple charla sobre el tiempo; sin embargo, esto no quiere decir que hayamos causado adecuadamente la muerte de nuestro compañero de conversación, si éste muere a consecuencia de la excitación causada por la noticia. Por tanto: la constatación de que el comportamiento base de los delitos cualificados por el resultado es más peligroso que otras acciones, no permite sacar conclusiones de ningún género sobre si es o no imprescindible que exista una relación adecuada. Más bien podremos llegar a una conclusión sobre este extremo cuando comparemos el concepto de adecuación y el peligro contenido en los comportamientos que nos ocupan.

No nos es posible exponer aquí la construcción del juicio de adecuación, ni la determinación de sus medidas; ello supondría tener que estudiar las distintas concepciones mantenidas sobre la doctrina de la causalidad adecuada y su evolución histórica. En este lugar nos limitaremos a señalar —y sobre esto se han hecho ya algunas indicaciones— que la adecuación —según la opinión dominante— coincide con otros dos conceptos: con el de peligro en sentido jurídico-penal y con el de previsibilidad objetiva.

El concepto de peligro es relativo. La acción más inofensiva encierra un riesgo para la lesión de un bien jurídico cualquiera, pues alguna vez una de ellas, entre millones, conducirá al resultado: según la medida que se aplique, tendremos uno u otro concepto de peligrosidad. El Derecho penal determina, por regla general, la peligrosidad —y en este punto los cualificados han de ser considerados como una excepción—, teniendo en cuenta aquello que es previsible a un hombre prudente: la medida del peligro (de adecuación) se fija de acuerdo con lo que éste pueda prever como posible (101).

(100) ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pág. 244 (subrayados en el texto original).

(101) Previsible no es imaginable. Podemos imaginar el resultado más absurdo como consecuencia de nuestra acción; previsible es sólo aquel resultado previsto *como posible*. La adecuación no es un concepto exacto, pues no cabe exactitud en la determinación del grado de posibilidad que ha de representar la acción. Esto no implica que, por ello, haya de rechazarse el concepto; de la larga polémica sobre la adecuación ha resultado una concepción sobre el grado de posibilidad que ofrece pautas seguras,

La tendencia contenida en el comportamiento base de los cualificados se halla por bajo del límite de la adecuación. Pensamos, sobre todo, en las lesiones que, debido a la predisposición especial del agredido, producen la muerte de éste. La jurisprudencia española y la alemana—antes de 1953—castigan estas acciones como lesiones con resultado de muerte (homicidio preterintencional). Con razón; tales comportamientos no pueden ser excluidos en base a la ratio del *versari*: la muerte a consecuencia de un accidente de tráfico (al dirigirse el lesionado al médico o aquel a quien han hurtado a denunciar el hecho) la favorece de igual modo—como von Kries acertadamente señala—una lesión que un hurto; pero la muerte a causa de la especial constitución orgánica de la víctima tiene más probabilidades de producirse cuando en vez de cometerse un hurto se comete una lesión. Los argumentos de von Kries no se oponen, por consiguiente, a que acciones inadecuadas sean subsumidas bajo delitos basados en la responsabilidad por el resultado. Nadie piensa, al agredir a un individuo—“todo el mundo ha propinado alguna vez en su vida una bofetada” (102)—, que se encuentra delante de un hemofílico o de una persona con una predisposición especial para la formación de embolias. La ley, sin embargo, se deja guiar por otras consideraciones al admitir el principio del *versari*: los casos, muy poco frecuentes, en que la muerte resulta a consecuencia de la especial disposición de la víctima, no pasan, debido a la gravedad del resultado, desapercibidos y ocupan, por ello, el primer plano; se olvida que no representan más que un porcentaje insignificante en comparación con el número de lesiones perpetradas con hombres normales. Dicho de otro modo: La gravedad de las consecuencias causadas en los delitos cualificados por el resultado hace que el legislador, ignorando la excepcionalidad extrema de la producción de la calificación, establezca un concepto de peligro que no corresponde al criterio de la adecuación (la previsibilidad del hombre cuidadoso).

Resumiendo, se puede decir: para la fundamentación de la punibilidad no basta la existencia de una relación condicional cualquiera entre acción base y resultado calificado, pues del sentido de estos tipos se infiere que la tendencia contenida en el comportamiento tiene que haberse realizado; esta tendencia no coincide, sin embargo, como se supone generalmente, con la adecuación: las consideraciones sobre las que se basa el concepto de adecuación son de otra índole que las que han conducido a la punibilidad de los delitos cualificados por el resultado (103).

hasta donde es factible, para constatar si en el caso concreto se ha alcanzado o no el grado de posibilidad requerido.

(102) ARTHUR KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 1961, pág. 162.

(103) Como aquí—en el sentido de una limitación de la relación condicional que no coincide, sin embargo, con la adecuación—, RADBRUCH, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, pág. 65: «Si el legislador vió el peligro específico de las lesiones en el hecho de que *aliqui alii mortiferum esse*, entonces hay que presuponer la constitución física del

La tesis de von Kries nos muestra el camino a seguir en este grupo de delitos. Las vacilaciones de la doctrina hay que achacarlas, de nuevo, a la intromisión de las teorías de la causalidad en un terreno que no les corresponde. No se trata de averiguar lo que sea causa: el legislador no ha pensado en este concepto al tipificar estos delitos. La investigación dogmática ha de dirigir sus esfuerzos, más bien, a determinar qué tipo de acciones es el que se quiere prohibir, cuando la ley admite la responsabilidad por el resultado. La interpretación lógica y teleológica pueden ofrecer—como demuestran los argumentos de von Kries— puntos de apoyo firmes. En este sentido, parece conveniente profundizar más en lo que se entiende por realización del comportamiento base y fijar los límites de este concepto. La investigación histórica—pues los delitos cualificados se caracterizan por ser una continuación del principio del *versari*— puede ser también decisiva en esta función de asumir el papel desempeñado hasta ahora por las teorías causales (104). La doctrina científica tiene aquí una importante misión que cumplir: la de establecer principios generales, en base al estudio histórico de los casos concretos a los que la práctica de los tribunales, la legislación y la doctrina de los autores aplicaban el principio de la responsabilidad por el resultado. Si la abstracción es fundamental para el progreso de cualquier ciencia, lo es aún más para el de la ciencia del Derecho. Justicia es tratar a lo igual de igual modo, a lo distinto distintamente. Sólo por medio de la abstracción es posible—determinado dónde están los rasgos esenciales y dónde los accidentales de los supuestos de hecho concretos— identificar los acontecimientos jurídicamente iguales que exigen un tratamiento igual. La falta de abstracción, por el contrario, implica la imposibilidad de distinguir dónde se hallan las características comunes que permiten subsumir bajo un concepto general toda una serie de casos concretos; su consecuencia es una jurisprudencia contradictoria que trata desigualmente supuestos de hecho jurídicamente iguales.

lesionado por *anormal e. incalculable que sea para el autor* (subrayados añadidos). Comp., sin embargo, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, pág. 66, y *Vergl. Darstellung AT*, tomo II, págs. 234/235, donde RADBRUCH, adoptando la tesis de la opinión dominante, exige la existencia de una acción adecuada.

(104) Así, para dar un ejemplo, de la doctrina de la letalidad de la herida—que, sin duda, es una limitación más de la relación condicional— pueden inferirse datos que nos ayuden en la determinación de la acción tipificada en los cualificados.

SECCION LEGISLATIVA

LEY 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor.

El constante aumento del tráfico, consecuencia del uso, cada vez más frecuente, de vehículos de motor; el progreso y perfeccionamiento ininterrumpido de la técnica automovilística y las necesidades de la vida moderna han provocado una situación de hecho que constituye una seria preocupación para los Gobiernos de todos los países ante el número de víctimas y daños materiales que ocasiona, en constante progresión, con grave quebranto para la seguridad de las personas y la economía nacional.

No basta una perfecta regulación gubernativa, tendente a prevenir tales hechos, mediante un cúmulo de normas precisas y bien calculadas, si su destinatario hace caso omiso de ellas o temerariamente las desprecia, a sabiendas del riesgo que corre y en el que coloca a sus semejantes.

A la política criminal compete la tarea de incardinar en reglas jurídicas, preventivas y represivas, las actitudes y consecuencias de los comportamientos, temerarios o no, que contravengan las propias normas de circulación. La redacción de una Ley especial dedicada al empeño de configurar un elenco de tipos penales con sus ramificaciones civil y procesal y civil y de aseguramiento, está erizada de dificultades, sobre todo si se pretende obtener, de un lado, la ejemplaridad y rapidez en la sanción penal, así como un pronto y eficaz auxilio a la víctima, y de otro, una completa garantía y seguridad jurídica para el infractor, finalidades todas planteadas en el esquema legal actual.

Los objetivos expuestos han inspirado la redacción de la presente Ley, integrada por cuatro títulos:

I. Se dedica el primero al ordenamiento penal. En un esfuerzo de comprensión de los factores de toda índole, físicos, psíquicos y humanos, que confluyen en la circulación, ha previsto en lenguaje sencillo y sin pretensiones, una serie de figuras punitivas genuinamente surgidas del ámbito específico a que se refieren, y otras que colman deficiencias y lagunas de la legislación penal ordinaria, y como clave de toda la construcción jurídico-penal, la novedad técnica de conjugar equilibradamente la objetivación característica de leyes de esta índole, cifrada en el resultado

producido y la actitud psíquica de temeridad y peligro, plano subjetivo de tan relevante valor en enlace con la político-criminal que se intenta alcanzar, poniendo fin a la controvertida forma culposa del artículo quinientos sesenta y cinco del Código penal ordinario en esta delicada materia.

II. En el ordenamiento procesal penal, objeto del Título II, ha preocupado esencialmente la ejemplaridad y la rapidez, dando de lado a cuanto fuera obstáculo para la justa y eficaz represión y prevención del aparato aplicativo sin que con ello sufran merma alguna las garantías deparadas a la persona, sino que, por el contrario, tales garantías y seguridades se aumentan mediante el proceder contradictorio y abierto desde el primer momento de la tramitación judicial.

III. El Título III regula la responsabilidad civil y el seguro obligatorio. El resarcimiento inmediato de los daños y perjuicios sufridos por la víctima se busca a ultranza, pero en su propio campo y con pleno fundamento jurídico, como algo que brota espontáneo y fluido de una de las fuentes de las obligaciones, la Ley, en función al riesgo que implica el uso y circulación de vehículos de motor.

No se ha dudado en admitir la obligatoriedad del seguro de responsabilidad civil, hoy implantado en la casi totalidad de los países; pero teniendo en cuenta que la técnica de incriminación establecida en el ordenamiento penal elimina todo temor de que la póliza de seguros pueda debilitar en el conductor los frenos inhibitorios de la cautela; el seguro está creado para la protección de la víctima y no del culpable.

Complemento ineludible de la finalidad propuesta de que la víctima sea en todo caso debidamente asistida e indemnizada es la creación del Fondo de Garantía. La legislación de accidente de trabajo nos da el precedente; el nuevo tipo de responsabilidad civil y el seguro obligatorio requerían su creación para remediar lo auténticamente necesario, exigencia de Justicia en un Estado social.

IV. Por último, el Título IV procura los medios procesales para exigir, cuando surja controversia, el resarcimiento de los daños y perjuicios en vía civil.

Si las leyes han de cumplir sus altas funciones de protección y promoción de los valores humanos, individuales y colectivos, la ordenación autónoma de las normas penales, civiles y procesales del automóvil es una necesidad que surge de la singularidad del fenómeno de la circulación.

Con la presente Ley, por tanto, se expresa en sus distintas perspectivas el pensar legislativo en unos problemas de creciente desarrollo y actualidad, y cuyo encaje jurídico no podría escapar al legislador, preocupado por el buen gobierno de la comunidad sobre todo teniendo en cuenta el valioso precedente de la Ley de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta.

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

DISPONGO :

INTRODUCCIÓN

Finalidad de la Ley

Artículo primero.—La presente Ley protege la seguridad del tráfico, de las personas y de los bienes y, con tal finalidad, sanciona determinadas conductas relacionadas con la circulación de los vehículos de motor por carretera, otras vías públicas y demás lugares transitables, y regula el procedimiento para exigir la responsabilidad penal y civil derivada de aquéllas.

TITULO PRIMERO

ORDENAMIENTO PENAL

CAPITULO I

DE LOS DELITOS

Delito de conducción temeraria

Artículo segundo.—El que condujere un vehículo de motor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto e inminente peligro la seguridad de la circulación y la vida de las personas, su integridad o sus bienes, será castigado con la pena de multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas y privación del permiso de conducir por tiempo de dos meses a un año.

Si del anterior comportamiento resultare muerte, la pena será de prisión menor y anulación del permiso de conducir con inhabilitación para obtenerlo por tiempo de tres a ocho años.

Si el resultado fuere incapacidad permanente, la pena será de prisión menor y anulación del permiso con inhabilitación para obtenerlo por tiempo de uno a cuatro años.

Si resultaren otras lesiones, teniendo en cuenta la consideración de graves, menos graves o leves de aquéllas, la pena será de arresto mayor y privación del permiso de conducir de seis meses a tres años.

Los daños se castigarán con multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas y privación del permiso de conducir de dos meses a dos años.

Culpa con infracción de Reglamentos

Artículo tercero.—El que condujere sin el debido cuidado y con infracción de las reglas de la circulación incurrirá en las penas siguientes:

a) Arresto mayor y privación del permiso de conducir de uno a cuatro años si resultare muerte.

b) Arresto mayor y privación del permiso de conducir de seis meses a tres años si resultare incapacidad permanente.

c) Multa de cinco mil a veinticinco mil pesetas y privación del permiso de conducir de dos 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 uno a seis meses, si del comportamiento señalado resultaren daños.

Quebrantamiento de condena

Artículo cuarto.—El que quebrantare la condena de anulación o privación del permiso de conducir será castigado con la pena de multa de cinco mil a veinticinco mil pesetas y privación del permiso por un tiempo igual al de la condena quebrantada.

Influencia de bebidas alcohólicas, drogas ó estupefacientes

Artículo quinto.—El que condujere bajo la influencia manifiesta de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes será castigado con la privación del permiso de conducir por tiempo de uno a tres años y multa de cinco mil a veinticinco mil pesetas.

Inexistencia del permiso

Artículo sexto.—El que condujera sin haber obtenido el correspondiente permiso para ello será castigado con multa de cinco mil a quince mil pesetas.

Omisión de socorro

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

Se aplicará al conductor la pena de prisión menor y privación del permiso de conducir de dos a diez años en caso de que se tratara de víctima causada por él.

Las mismas penas de privación de libertad se impondrán al dueño o usuario del vehículo que no ordenase al conductor que le está subordinado la prestación de aquel socorro.

Delitos de falsedad, alteración u omisión de placa de matrícula

Artículo octavo.—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 delictivos, será castigado con arresto mayor y multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Otras perturbaciones de la circulación

Artículo noveno.—El que perturbare gravemente la seguridad del tráfico o de igual modo pusiere obstáculos a la circulación de vehículos de motor, con peligro para las personas o bienes, será castigado con la pena de arresto mayor o multa de cinco mil a cincuenta mil pesetas.

Si a consecuencia de tales conductas sobreviniere algún daño, se impondrá la pena señalada en grado máximo, sin perjuicio de la que corresponda por el resultado sobrevenido.

Hurto de uso

Artículo diez.—El que sin la debida autorización o sin causa lícita 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.

Se impondrán estas penas en su grado máximo cuando el reo fuere persona encargada de la conducción o custodia del vehículo. En el caso de que el culpable fuere el conductor habitual, sólo se perseguirá el hecho previa denuncia del perjudicado.

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 para procurarse la impunidad de éste o de cualquier otro.

CAPITULO II

DE LA REINCIDENCIA

Reincidencia específica

Artículo once.—Se estimará que existe reincidencia cuando, al delinquir, el autor estuviere ejecutoriamente condenado por otro delito de igual naturaleza previsto en esta Ley.

CAPITULO III

DE LA PENA Y SU GRADUACIÓN

Graduación judicial de la pena

Artículo doce.—En los delitos comprendidos en el capítulo I, cuando no sea preceptiva la imposición de la pena en grado máximo, el Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias y transcendencia del hecho, la personalidad y conducta del inculcado, la utilización que éste hiciere del vehículo cual medio necesario para su trabajo, así como el socorro prestado a la víctima, podrá imponer las penas en el grado que estime conveniente, motivándolo en la sentencia.

Cuando sean varios los resultados delictivos, se estimará únicamente la existencia del delito más grave, y los Tribunales podrán aumentar la pena señalada al mismo en un grado si el mal causado fuera de extrema gravedad.

CAPITULO IV

DE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS

Su anotación

Artículo trece.—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 segundo, tercero, cuarto, quinto y sexto no se consignarán en las certificaciones que por di-

cho Registro se expidan, sino cuando la solicitud de antecedentes provenga de la autoridad judicial o tenga como finalidad la obtención del permiso de conducir vehículos de motor.

Anulación y privación del permiso de conductor

Artículo catorce.—La anulación implicará la pérdida de aptitud legal para conducir y la inhabilitación durante el tiempo de la condena para conseguir nuevo permiso. Transcurrido este plazo, podrá obtenerse la rehabilitación para solicitarlo mediante nuevo examen.

La privación producirá pérdida de la aptitud legal para conducir por el tiempo de duración de la condena.

TITULO SEGUNDO

ORDENAMIENTO PROCESAL PENAL

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO

Fases del procedimiento

Artículo quince.—El procedimiento para conocer de los delitos a que se refiere la presente Ley constará de las siguientes fases: Diligencias preparatorias, juicio oral y ejecución de sentencia.

Competencia

CAPITULO II

DE LAS DILIGENCIAS PREPARATORIAS

Artículo dieciséis.—Serán competentes para instruir las diligencias preparatorias los Jueces de Instrucción a quienes corresponda según la Ley de Enjuiciamiento criminal, pudiendo actuar a prevención o por delegación los Jueces municipales o comarcales del lugar donde se hayan producido los hechos.

Actuación de la Policía judicial

Artículo diecisiete.—Los agentes de la Policía judicial que intervengan con motivo de hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor que den lugar a responsabilidad declarada en esta Ley, deberán ponerlos en conocimiento inmediato del Juez, sin perjuicio de practicar todas las averiguaciones y diligencias procedentes de las que darán cuenta sin demora a la autoridad judicial.

Presencia judicial

Artículo dieciocho.—El Juez, tan pronto 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. Los agentes de la Policía judicial continuarán prestando la asistencia que la expresada autoridad ordene.

Actuación judicial

Artículo diecinueve.—El Juez procederá, en el mismo lugar o en el adecuado más próximo, a instruir las diligencias preparatorias conducentes a la identificación de las personas, de los vehículos y comprobación de las entidades aseguradoras, reconstrucción del hecho con obtención de croquis explicativos y fotografías, declaración de los conductores, testigos presenciales y víctimas, siempre que su estado lo permita, así como a la descripción por el forense u otro facultativo de la naturaleza de las lesiones, consignando su pronóstico, y de las condiciones físicas y psicotécnicas del conductor del vehículo.

También procederá a la tasación de los daños por perito nombrado, haciendo saber a los perjudicados su derecho a personarse en las diligencias, así como el ofrecimiento de las acciones que les asisten.

Todas las anteriores diligencias deberán practicarse, siempre que fuera posible, sin solución de continuidad, reflejándose en una sola acta, que firmarán con el Juez y Secretario, todos los intervinientes, pudiendo las partes estar asistidas de Letrado desde la iniciación de aquéllas y valerse de los peritos o técnicos que estimen conveniente.

Informes periciales

Artículo veinte.—Cuando el Juez lo considere necesario ordenará que por el médico forense u otro perito se proceda a la obtención de muestras o vestigios cuyo análisis pudiera facilitar la mejor calificación del hecho, acreditándose en las diligencias su remisión al laboratorio correspondiente, que en un plazo no superior a cinco días enviará directamente el resultado a la Audiencia respectiva.

En los casos de muerte, el Juez podrá acordar que no se practique la autopsia cuando por el médico forense se dictaminen las causas de la misma sin necesidad de practicar aquélla.

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

Estos informes periciales podrán ser realizados por un solo perito.

Providencias judiciales

Artículo veintiuno.—El Juez podrá acordar:

a) La detención de las personas que considere presuntos inculpados, así como su elevación a prisión, o bien la libertad provisional con fianza o sin ella, 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 comunicarlo a los Organismos administrativos correspondientes.

c) Que por el presunto inculpadado se preste fianza o aval bancario o aval de la Compañía aseguradora para garantizar las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho cometido. Este acuerdo se notificará al ase-

gurador para que, hasta el límite del seguro obligatorio, cumpla el deber que le impone el artículo cuarenta y tres de esta Ley. Si la fianza o aval exigido fuera superior al expresado límite, el presunto responsable directo vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose en otro caso al embargo de sus bienes, y si fuera insolvente, se cubrirá la diferencia por el Fondo Nacional de Garantía.

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 a cargo del asegurador, si existiere, o, en otro caso, con cargo a la fianza o al Fondo de Garantía en los supuestos de responsabilidad final del mismo establecidos en el artículo cuarenta y cinco.

e) Comunicar por el medio más rápido a la Audiencia competente la iniciación de las diligencias.

Contra las resoluciones judiciales previstas en este artículo no se dará recurso alguno, salvo contra el auto de prisión, que será apelable sin necesidad de instar la previa reforma. El recurso de apelación se presentará ante el Tribunal de lo penal y, previo dictamen fiscal, será resuelto en el término de cinco días.

Solicitud de antecedentes

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

Remisión de diligencias

Artículos veintitrés.—El Juez, dentro de los cinco días, a partir de la iniciación de las diligencias, las remitirá a la Audiencia, con indicación de las que excepcionalmente queden pendientes, y previo emplazamiento de las partes por término de cinco días.

El Tribunal de lo Penal, actuando con carácter unipersonal por medio de un Magistrado, y en los tres días siguientes a la recepción de las diligencias, dará vista al Ministerio Fiscal, al acusador particular, si lo hubiere, a los presuntos inculcados y, en su caso, a los responsables civiles subsidiarios, por un plazo sucesivo de tres días para cada uno de ellos.

Ampliación de diligencias

Artículo veinticuatro.—El Fiscal, el acusador privado, el presunto inculcado y el responsable civil subsidiario podrán solicitar, dentro del expresado término, la práctica de nuevas diligencias que, por no poder ser

reproducidas, deban tener carácter previo a la celebración del juicio, las cuales habrán de practicarse en el plazo máximo de ocho días, así como las pendientes del artículo anterior.

Contra la resolución denegatoria podrá interponerse recurso de apelación ante el Tribunal colegiado en el término del tercer día, y será resuelto dentro de los cinco siguientes.

Calificación de los hechos

Artículo veinticinco.—Cuando el Ministerio Fiscal no considere precisas nuevas diligencias de carácter previo, procederá, en el plazo señalado, a instruirse de los hechos, solicitando el archivo de las diligencias o presentando escrito de calificación con petición de apertura del juicio oral. Igual trámite corresponderá al acusador particular. El Magistrado podrá denegar la apertura de delito. Contra el auto denegatorio cabrá el recurso de apelación ante el Tribunal colegiado, en el término del tercer día, y será resuelto dentro de los cinco siguientes.

Las diligencias archivadas podrán ser objeto de reapertura a instancia del Ministerio Fiscal o de la acusación particular, si aparecieren 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.

Escritos de calificación provisional

Artículo veintiséis.—El escrito de calificación 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, los extremos a que se refiere el artículo seiscientos cincuenta de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con determinación de la persona o personas en quienes se concrete la responsabilidad civil, fijando en lo posible la cantidad en que se aprecien los daños y perjuicios causados. También en él se propondrá la prueba que ha de ser practicada en el juicio oral.

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

Competencia y recursos de apelación

Artículo veintisiete.—Cuando en la acusación del Ministerio Fiscal la petición de pena fuera de privación de libertad superior a arresto mayor, o cuando los daños hubieran sido tasados en cifra superior a quinientas mil pesetas, conocerá el Tribunal colegiado; en los demás casos, el Magistrado de lo penal.

Los recursos de apelación a que este título se refiere se interpondrán por escrito, en el cual se harán constar las alegaciones correspondientes.

CAPITULO III

DEL JUICIO ORAL

Apertura

Artículo veintiocho.—Presentados y admitidos los escritos de calificación, el Magistrado de lo penal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo anterior, acordará, si procede, 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 hubiere, a menos que no estuviera determinada a efectos penales la naturaleza de la lesión. Al propio tiempo se resolverán las peticiones que, sobre medidas provisionales, hayan podido hacerse, así como lo relativo a la admisión de las pruebas propuestas.

El mismo auto señalará día para el comienzo de las sesiones del juicio oral dentro de los quince días siguientes, cuyo plazo se duplicará en el supuesto de tener que practicarse alguna citación en el extranjero.

Emplazamiento

Artículo veintinueve.— El auto de apertura del juicio oral se notificará al Ministerio fiscal y demás partes que hayan comparecido para que, en el plazo de cinco días, se personen mediante Abogado y Procurador. Si el inculcado no lo hiciere en dicho plazo, se le designarán de oficio, con arreglo a lo que dispone el artículo setecientos noventa y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En caso de no haberse personado el acusado o de hallarse en el extranjero o en ignorado paradero, se mandará publicar por el medio más rápido e idóneo, para que pueda llegar a su conocimiento, la correspondiente cédula, a fin de que comparezca y asista al juicio oral.

El ausente en el extranjero acusado de un delito no sancionado con pena de privación de libertad podrá hacerse representar en legal forma tanto en las actuaciones como en el juicio oral.

Si no compareciere o no se hiciere representar dentro del plazo concedido al efecto, continuará el procedimiento en rebeldía no obstante su incomparecencia y se le designarán abogado y procurador de oficio.

Personado o no el acusado, o designadas de oficio representación y defensa, se les dará traslado por un plazo de ocho días para que formulen escrito de conclusiones acomodado en lo pertinente a lo establecido en el artículo veintiséis.

En cuanto a la prueba propuesta, se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Celebración del juicio

Artículo treinta.—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 ochocientos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando en el juicio oral ante el Magistrado alguna de las partes modifique sus conclusiones provisionales solicitando pena superior a la de su competencia, se declarará incompetente aquél si la modificación proviene del Ministerio fiscal o si éste se adhiere a la petición. Lo mismo hará en la hipótesis de que la modificación se produzca como consecuencia de lo establecido en el artículo setecientos treinta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La competencia del Tribunal colegiado será plena y se extenderá, por consiguiente, a la emisión de los fallos que por su contenido hubieran correspondido al Magistrado de lo penal.

Sentencias

Artículo treinta y uno.—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 ochocientos uno y ochocientos dos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, quedando adaptado este último en su pronunciamiento tercero con arreglo a la presente Ley. Sin embargo, la determinación cuantitativa de la responsabilidad civil, en los casos en que no pueda hacerse en la sentencia, se practicará en trámite de ejecución, fijando 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 de aquél por la Autoridad judicial o gubernativa por el mismo hecho que motivó la sentencia. Igual medida se adoptará en cuanto a la prisión y detención que hayan podido sufrir los condenados.

Recurso de audiencia en rebeldía

Artículo treinta y dos.—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 presentación de un escrito de calificación 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, quienes dictarán sentencia confirmando, modificando o revocando la anterior.

Recurso de apelación

Artículo treinta y tres.—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, sin que aquel Magistrado pueda formar parte del mismo. Cuando la apelación verse sobre infracción de normas procesales o denegación de prueba que positivamente hayan producido indefensión, el Tribunal dejará sin efecto la sentencia y mandará reponer las actuaciones al estado en que se cometió la infracción.

El Tribunal sólo accederá a las pruebas que no se hubieren podido prac-

ticar por causa no imputable a quien las solicita y fueran necesarias para formar juicio. El plazo que se señale para la preparación y práctica de las pruebas admitidas no excederá de diez días.

Contra las sentencias dictadas no se dará recurso alguno.

Recurso de casación

Artículo treinta y cuatro.—Se podrá interponer recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma, de acuerdo con las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contra las sentencias que dicte en primera instancia el Tribunal colegiado.

Efectos de los recursos

Artículo treinta y cinco.—La interposición de los recursos establecidos en los artículos anteriores no afectará al pago de la pensión a que se refiere a los artículos veintiuno, letra d), y veintiséis.

CAPITULO IV

DE LA EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Dé oficio o a instancia de parte

Artículo treinta y seis.—Tan pronto como la sentencia sea firme, se procederá a su ejecución de oficio o a instancia de parte legítima por el Magistrado que la hubiere dictado o por el Magistrado ponente cuando hubiere conocido el Tribunal colegiado, si el fallo fijare la cuantía de la indemnización; si no la hubiere fijado, se procederá con arreglo a los artículos treinta y siete y treinta y ocho.

Pruebas periciales

Artículo treinta y siete.—El Magistrado, si la sentencia no hubiere fijado la cuantía de la responsabilidad civil, practicará de oficio las pruebas periciales que estime oportunas, 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 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.

Determinación cuantitativa de la responsabilidad civil

Artículo treinta y ocho.—Practicada la prueba en término máximo de cinco días, el Magistrado, por medio de auto, fijará la cuantía de la res-

ponsabilidad civil impuesta por la sentencia. Contra dicho auto se dará recurso de apelación.

TITULO TERCERO

ORDENACIÓN CIVIL

CAPITULO I

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Daños y perjuicios

Artículo treinta y nueve.—El conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación cause daño a las personas o a las cosas estará obligado a reparar el mal causado, excepto cuando se pruebe que el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. No se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos de éste ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

CAPITULO II

DEL SEGURO OBLIGATORIO

Cuantía

Artículo cuarenta.—Todo propietario de un vehículo de motor vendrá obligado a suscribir una póliza de seguro que cubra, hasta la cuantía que se fije, la responsabilidad civil derivada de la obligación a que se refiere el artículo anterior.

Los vehículos no asegurados en la forma establecida no podrán circular por territorio nacional. El incumplimiento de esta prohibición será sancionado administrativamente.

Ambito

Artículo cuarenta y uno.—El seguro obligatorio no cubrirá los daños y perjuicios producidos al asegurado, al conductor, al vehículo ni a las cosas transportadas.

Acciones

Artículo cuarenta y dos.—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 demás 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. Este plazo quedará interrumpido por las causas establecidas en la legislación común.

Obligaciones del asegurador

Artículo cuarenta y tres.—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 artículo treinta y nueve, 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 abonar hasta el límite del seguro las pensiones que por la Autoridad judicial fueran exigidas a los presuntos responsables asegurados, de acuerdo con lo establecido en el artículo veintinueve.

Podrá el asegurador interponer los recursos de apelación y casación previo depósito en el Fondo de Garantía del importe de la responsabilidad civil declarada y hasta el límite del seguro.

Facultad de repetición

Artículo cuarenta y cuatro.—El asegurador, una vez efectuado el pago, podrá repetir:

- a) Contra el tercero causante de los daños y perjuicios.
- b) Contra el asegurado por causas derivadas del contrato de seguro.
- c) En cualquier otro supuesto en que también proceda la repetición con arreglo a las leyes.

CAPITULO III

DEL FONDO NACIONAL DE GARANTÍA DE RIESGOS DE LA CIRCULACIÓN

Constitución

Artículo cuarenta y cinco.—En el Ministerio de Hacienda y como servicio dependiente de la Dirección General de Seguridad, se crea un Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, con autonomía patrimonial y contable, para cubrir la responsabilidad civil de los conductores de vehículos de motor derivada de hechos que hayan producido muerte, incapacidades o lesiones en los casos en que el vehículo o el conductor causante de aquéllos sean desconocidos o en que siendo conocidos, aquél no esté asegurado y, en general, cuando no se produzca la asistencia o 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, en su caso, contra el asegurador.

Funciones

Artículo cuarenta y seis.—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 CUARTO

ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL

CAPITULO I

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

Procedimiento

Artículo cuarenta y siete.—La acción conferida en el artículo cuarenta y dos a la víctima o a sus herederos contra el asegurador se ejercitará en la forma establecida en este Título.

Diligencias preparatorias

Artículo cuarenta y ocho.—Ocurrido un hecho de los que dan lugar a responsabilidad civil cubierta por el seguro obligatorio, el perjudicado, para reclamar al asegurador la reparación del daño e indemnización de perjuicios en vía civil, deberá hacer ante el Juez Municipal, Comarcal o de Paz o ante Notario del lugar del hecho o de su domicilio, residencia o paradero, una declaración sobre las circunstancias de aquél, identificando las personas lesionadas, los objetos dañados, el vehículo y conductor que han intervenido en la producción del hecho y especificación del asegurador.

Reclamación al asegurador

Artículo cuarenta y nueve.—Una certificación de la declaración o copia autorizada de la misma o, en el caso que se hubiese intervenido de oficio la autoridad judicial en la averiguación del hecho, una certificación de las diligencias preparatorias a las que se refiere el artículo diecinueve, acompañada de la valoración de los daños emitida por un perito, será presentada al asegurador, quien, en plazo de ocho días, con facultad de intervención del suyo, 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 el plazo de ocho días, a contar de su aceptación, fije como dirimente la cantidad en que valore los daños y perjuicios.

Designación de peritos

Artículo cincuenta.—Cuando el perito designado por el Fondo de Garantía no valore los daños en el plazo señalado, se nombrará otro a instancia del asegurador o del perjudicado por el Juez Municipal o Comarcal del domicilio de la entidad aseguradora o de cualquiera de sus agencias, haciéndose el nombramiento en la forma que dispone el artículo seiscientos dieciséis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Título ejecutivo

Artículo cincuenta y uno.—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 a su fijación.

El dictamen fundado de los peritos será título ejecutivo, previa ratificación bajo juramento ante el Juez competente conforme al artículo anterior.

Demanda ejecutiva

Artículo cincuenta y dos.—La demanda ejecutiva, a la que se acompañará copia certificada de las actuaciones y del dictamen ratificado de los peritos, se tramitará según las reglas establecidas en el artículo mil cuatrocientos cuarenta y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Juez de Primera Instancia, si no estuviere acordada con anterioridad, podrá fijar la pensión provisional a que se refiere el apartado d) del artículo veintiuno de esta Ley.

Oposición

Artículo cincuenta y tres.—El asegurador podrá oponerse a la ejecución alegando, además de los motivos autorizados en los artículos mil cuatrocientos sesenta y cuatro y mil cuatrocientos sesenta y siete de la Ley de Enjuiciamiento civil, los señalados en el artículo treinta y nueve de esta Ley.

La interposición de los recursos que dicha Ley procesal autoriza no suspenderá el pago de la pensión provisional.

Gastos de la tasación pericial

Artículo cincuenta y cuatro.—Los gastos que ocasione la tasación pericial, conforme a tarifas oficiales previamente aprobadas por Orden ministerial, serán incluidos en la tasación de costas, a no ser que hubiere estimación excesiva de los daños y perjuicios por parte del perjudicado, en cuyo caso serán de su cuenta. Se considerará que existe tal exceso cuando lo reclamado sobrepase en un veinticinco por ciento la cifra que se fije por acuerdo de los peritos o por la peritación dirimente.

DISPOSICIONES FINALES

Supletoriedad

Primera.—Serán normas supletorias de las disposiciones del Título Primero las del Código Penal. Respecto a los Títulos Segundo y Cuarto, las Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Civil, y, especialmente en cuanto a la primera, los preceptos normativos del procedimiento de urgencia.

Adaptación del Código de la Circulación a la presente Ley

Segunda.—Las disposiciones administrativas contenidas en el Código de la Circulación serán adaptadas a lo establecido en la presente Ley.

Derogación

Tercera.—Se derogan la Ley de nueve de mayo de mil novecientos cincuenta sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor y el artículo quinientos sesenta y cinco del Código Penal en cuanto se refiera a las infracciones cometidas con vehículos de motor y a la sanción de privación del permiso de conducir.

El desarrollo de la base diecisiete de la Ley de Bases para la revisión y reforma parcial del Código Penal vigente, de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, se acomodará a lo establecido en la presente Ley.

Entrada en vigor

Cuarta.—La presente Ley entrará en vigor el día primero de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

Autorización

Quinta.—Se autoriza al Gobierno para que, dentro del plazo señalado en la disposición final cuarta, establezca la regulación del Seguro obligatorio y del Fondo de Garantía, determinando su alcance y los recursos de que ha de nutrirse; 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.

Sexta.—Se autoriza al Gobierno para que, a propuesta de la Presidencia, adapte por Decreto las normas orgánicas y procesales contenidas en la presente Ley a la jurisdicción militar en los casos en que sea competente.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

A)

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1961

FERNANDO ALAMILLO CANILLAS

De la Carrera Fiscal

CODIGO PENAL DE 1944

1. *Art. 1.º Dolo.*—El dolo penal debe excluirse cuando el acusado posee un título, por recusable que sea, pues siempre constituye una situación válida, en tanto no sea anulado en forma legal, y lógica y racionalmente produce la convicción de estar asistido del derecho (S. 6 de junio de 1961).

2. *Relación de causalidad.*—No puede admitirse la rotura del vínculo causal respecto de un procesado imprudente, aún aceptando la conducta asimismo culposa del otro procesado ya que el choque de los vehículos sobrevino por una conjunción de causas entrelazadas pero ambas eficientes (S. 8 de junio de 1961).

Para que la interferencia de una conducta ajena tenga virtualidad para interrumpir el nexo causal ha de merecer un reproche a título doloso o culposo (S. 12 de junio de 1961).

3. *Art. 3.º Tentativa.*—Si en una riña con mutua agresión entre los procesados, uno de ellos dispara una pistola dando en el techo de la habitación, al no constar la dirección del disparo existe la acción voluntaria de disparar, sin consecuencia dañosa, por lo que dicho acto integra una tentativa de homicidio (S. 20 de junio de 1961).

4. *Arts. 8 a 11 Circunstancias.*—Las circunstancias modificativas de la responsabilidad, según doctrina de esta Sala, han de estar tan justificadas como el delito mismo (S. 5 de junio de 1961).

5. *Art. 8 n.º 1 (Enajenación mental) Psicosis.*—Si el procesado sufre una psicosis depresiva depersonalizada e inhibida con matiz paranoico, pero sin tener completamente abolidas las facultades intelectivas y volitivas no puede apreciarse la eximente completa sino la incompleta, sin que sea entonces de aplicación el internamiento que ordena el párrafo 2º del número 1º del artículo 8 que se refiere exclusivamente a los procesados que sean declarados exentos de responsabilidad criminal, pero no a los que hayan sido condenados aunque se haya apreciado la eximente incompleta (Sentencia 16 de junio de 1961).

6. *Embriaguez.*—El núm. 1º del artículo 8º del Código penal no excluye las situaciones de trastorno mental dimanantes de agudos ataques alcohólicos (S. 16 de mayo de 1961).

Para conceder valor eximente al trastorno mental transitorio derivado de la embriaguez es preciso que ese estado mental sea de plena efectividad en la perturbación anímica del enjuiciado y que hubiese llegado a él por circunstancias ajenas a su libre voluntad. (S. 30 de junio de 1961).

La embriaguez, cuando es plena y fortuita, puede revestir caracteres tan intensos que llegue a privar al que las sufre de la total conciencia de sus actos, anulando completamente sus facultades intelectivas y volitivas, en cuyo caso llegaría a constituir la eximente 1.ª del artículo 8.º del Código (S. 30 de junio de 1961).

7. *Art. 8.º núm. 4.º (Legítima defensa).*—El requisito de la agresión ilegítima es el vivificador de la circunstancia de legítima defensa tanto en el número 4.º del artículo 8.º como en el núm. 1. del artículo 9.º del Código penal, y si hay una riña mutuamente aceptada, en mutua y recíproca originación y participación, ninguno de los contendientes puede alegar la legítima defensa (S. 18 de mayo de 1961).

8. *Art. 9.º, núm. 4.º (Preterintencionalidad).*—La preterintencionalidad es inadecuada a las infracciones de estructura eminentemente objetiva como la del complejo de robo con homicidio en que es dicho resultado el que lo caracteriza, con independencia del propósito inicial del agente, pues esta dimensión causalista de resultado hace que el tipo ya se configure en cierto modo como preterintencional (S. 14 de junio de 1961).

Dirigir una navaja con hoja de ocho centímetros contra una parte del cuerpo donde existen órganos vitales, causando la muerte, no permite apreciar esta circunstancia (S. 19 de mayo de 1961).

No puede afirmarse que el culpable no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo cuando resulta proporcionado el medio empleado y la zona del cuerpo afectada por la agresión (S. 8 de mayo de 1961).

9. *Art. 9.º, núm. 8.º Arrebato y obcecación.*—El arrebato y la obcecación suponen una perturbación momentánea de la inteligencia y sobreexcitación de la voluntad de quien las sufre, provocadas por causa grave, reciente e inmediata, sin que sea motivo suficiente para fundar la atenuante el rencor y enemistad existentes entre las familias del culpable y la víctima. (S. 8 de mayo de 1961).

10. *Art. 9.º, núm. 9.º Arrepentimiento espontáneo.*—La atenuante de arrepentimiento no puede aplicarse si el elemento subjetivo no va acompañado por ninguna de las circunstancias objetivas específicamente enunciadas en el precepto (S. 17 de mayo de 1961).

11. *Art. 9.º, núm. 10. Atenuante analógica.*—Las declaraciones en audiencia de un reo no merecen nunca la valoración de confesiones espontáneas anteriores a la iniciación del procedimiento, ni el hallazgo por la Policía de la cantidad sustraída puede considerarse como reparación del delito en aras de un arrepentimiento que no se ve que exista. (S. 30 de junio de 1961).

12. *Art. 10, núm. 1.º Alevosía.*—Obra alevosamente no sólo el que busca una ocasión de sorpresa para su víctima, sino también el que se aprovecha del descuido o situación del agredido para realizar sin riesgo personal y con plena seguridad el acto criminal, como ocurre cuando la víctima estaba

mirando unos olivos medio agachado, acercándosele el procesado sigilosamente por la espalda con una navaja abierta, asestándole el primer golpe antes de que pudiera darse cuenta de lo que le amenazaba (S. 17 de mayo de 1961).

La alevosía existe, entre otros casos cuando la víctima se halla absolutamente desprevenida del daño que la amenaza y el ataque es tan inesperado y súbito que el interfecto no puede defenderse (S. 19 de mayo de 1961).

13. *Art. 10, núm. 7. Disfraz.*—Cualquier elemento de vestimenta o tocado es en sí suficiente para integrar el disfraz, sin que sea preciso el encubrimiento del rostro (S. 14 de junio de 1961).

14. *Art. 10, núm. 9.º Abuso de confianza.*—Aunque la jurisprudencia ha considerado que la sorpresa de la candidez de la menor es parte integrante de la violencia ficticia del núm. 3.º del artículo 429 del Código, esto ocurre en los casos que se pueden considerar usuales, pero no en aquellos en que concurre ejercicio de autoridad ético-social, cuando se produce en la víctima coacción, temor reverencial o ánimo cohibido que causa desvalimiento ante el que se colocó en cargo protector en cuyo supuesto ha de estimarse la agravante de abuso de confianza, como cuando se trata de un maestro, amigo de los padres de la ofendida (S. 26 de mayo de 1961).

15. *Art. 10, núm. 14. Reiteración.*—No puede tomarse jurídicamente como antecedente penal para agravar un delito la sentencia por otro hecho que fué dictada en fecha posterior (S. 6 de mayo de 1961).

Condenado un sujeto en sentencia de 1953, por delito de falsedad, a las penas de dos años de presidio menor y multa de dos mil pesetas, no hay duda de que al cometer en 1959 otro delito penado con presidio menor ya había sido castigado anteriormente por delito a que la Ley señala no ya igual pena sino mayor, puesto que además del presidio llevaba multa conjunta (S. 18 de mayo de 1961).

Está bien apreciada la reiteración si el procesado fué anteriormente condenado a dos penas, aunque de una de ellas no conste la naturaleza del delito, pues a estos fines basta que conste la realidad de las condenas (S. 14 de junio de 1961).

16. *Art. 10, núm. 15. Reincidencia.*—Aun cuando pudiera ser necesario en algún caso que apareciese probado el dato de la cuantía de la pena impuesta por el delito anterior, no ocurre así cuando esa condena se dictó vigente ya la Ley sustantiva tenida en cuenta al juzgar el segundo hecho (S. 6 de mayo de 1961).

17. *Art. 10, núm. 16. Morada del ofendido.*—No es inherente al delito de robo con homicidio, ni a ninguno de los dos tipos penales que contribuyen a elaborar la compleja figura del mismo la agravante de realizar el hecho en la morada del ofendido (S. 30 de junio de 1961).

18. *Desprecio del sexo.*—Si el agente obra impulsado por palabras o hechos de la víctima, no pretende entonces menospreciar a la mujer y faltarla al respeto, sino reaccionar ante su actitud, por lo que no procede apreciar la agravante (S. 8 de mayo de 1961).

19. *Art. 14. Autoría.*—El ligamen que supone el concierto cabal de voluntades para delinquir hace común el dolo penal de los consortes y asími-

ables sus concertadas participaciones en la autoría del delito (S. 15 de junio de 1961).

El previo concierto constituye en autores a todos los concertados cualquiera que sea la intervención más o menos directa que haya tenido cada uno para la consecución del fin delictivo que se propusieron, y así es incuestionable que coadyuvó personalmente y de manera eficaz con actos hasta imprescindibles quien no entró en el local del robo pero proporcionó el vehículo en que se cargaron las piezas robadas, que por su mucho peso no hubieran podido transportar los otros dos procesados (S. 3 de mayo de 1961).

Aun siendo coautor de la apropiación de un vehículo, no puede reputarse al procesado autor de la falsedad de los documentos utilizados para la venta del mismo y que realizó el otro autor, si aquél se limitó a facilitar los antecedentes de dicha documentación (S. 19 de junio de 1961).

La autoría por inducción ha de obtenerse de la serie de factores concurrentes que sirvan para discriminar el mero consejo o excitación esporádica de una actuación intensa y eficiente sobre la voluntad de otro para determinarle a obrar en cierto sentido (S. 1.º de julio de 1961).

El conductor de un vehículo que cede el volante a quien le consta que carece de carnet de conductor, produciéndose un accidente, comete un delito de imprudencia temeraria, sin que, al condenarle por él se infrinja el número 3.º del artículo 14 del Código penal (S. 5 de julio de 1961).

Existe imprudencia temeraria en el conductor profesional de un automóvil de servicio público que cede el volante a un cliente provisto del oportuno carnet de conductor pero bajo el influjo de una fuerte intoxicación ética, debiendo responder del accidente que se ocasionó, conjuntamente con el otro procesado, y debiendo imponerse a ambos la pena de privación de carnet de conductor, pues el último párrafo del artículo 565 del Código es terminante en ello (S. 3 de junio de 1961).

20. *Art. 17. Encubrimiento.*—Si el procesado recogió los efectos del delito y los entregó al receptor, es evidente que auxilió en el aprovechamiento y que está incurso en el número 1.º del artículo 17 del Código. (S. 3 de mayo de 1961).

21. *Art. 19. Responsabilidad civil.*—El fundamento de la responsabilidad civil declarada por el artículo 19 del Código penal es una condena criminal, por lo que cuando la sentencia es absolutoria no puede llevar una condena en el orden civil que implique la restitución de la cosa sustrayéndola a quien estaba en posesión de ella al iniciarse la causa, sin perjuicio de aplicar análogicamente el artículo 635 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (S. 5 de junio de 1961).

Queda ejercitada la acción civil cuando el Ministerio Fiscal y el acusador particular, además de pedir una pena para el procesado, piden que se le condene al pago de indemnización que por su insolvencia debe satisfacer el responsable civil subsidiario (S. 4 de mayo de 1961).

22. *Art. 22. Responsabilidad civil subsidiaria.*—No hay posibilidad de extender al patrono la responsabilidad civil subsidiaria si no sólo no consta que los actos delictivos se realizasen en el desempeño de las obligaciones

o servicios de su empleo, sino que resulta lo contrario (S. 18 de mayo de 1961).

Si la motocicleta con que se causó el accidente había sido pedida por el conductor a su propietario por razones de pura amistad y no la conducía ni por orden, ni por cuenta ni a virtud de ninguna clase de dependencia respecto del propietario, falta el fundamento legal para aplicar el artículo 22 del Código penal (S. 3 de junio de 1961).

23. *Art. 68. Concurso de leyes.*—El principio *nom bis in idem*, confirmado por el artículo 68 del Código penal impide condenar simultáneamente por delito de imprudencia y por el del artículo 2.º de la ley de 9 de mayo de 1950 al conductor que durmiéndose sobre el volante, al despertar sobresaltado realiza una maniobra que causa lesiones y daños (S. de 24 de mayo de 1961).

24. *Art. 69. Delito único.*—El hecho de levantar el tejado de la casa con el ánimo de constreñir a los inquilinos a abandonar el inmueble integra un delito de coacción pero la circunstancia de que fueran once los perjudicados no permite apreciar otras tantas infracciones porque no realizó el procesado actos distintos e independientes en relación con cada uno de ellos (S. de 24 de junio de 1961).

25. *Delito continuado.*—Si no se especifican las cantidades que en cada una de las tres ocasiones diferentes recibió el procesado, e incluso no se precisan esas ocasiones, existiendo identidad de sujetos activo y pasivo y unidad de propósito, es acertada la calificación de delito continuado, porque no hay posibilidad de dividir la cuantía total de la infracción cometida (S. de 18 de mayo de 1961).

Habiendo elementos suficientes para estimar la existencia de tres delitos de estafa, no puede aplicarse la doctrina del delito continuado aceptada en la práctica judicial ante situaciones imprecisas que no permiten distinguir con seguridad los distintos actos (S. 5 de junio de 1961).

Hay que sancionar los hechos como delito continuado si no hay elementos suficientes para dividir la acción culpable en varios delitos, al no constar el número de veces en que se realizaron las apropiaciones fechas y cantidades que hizo suyas el procesado en cada una de ellas (S. de 12 de junio de 1961).

No es de apreciar delito continuado si se observan dos conductas bien diferenciadas en tiempos precisados y hasta en formas ejecutativas distintas, sin que otra cosa autorice el mero hecho de ser uno mismo el sujeto pasivo (S. de 24 de junio de 1961).

No existe continuación delictiva en el delito de abusos deshonestos sobre una menor si el procesado ejecutó los actos impúdicos en cinco ocasiones distintas y cada vez con la totalidad de sus características punibles (Sentencia de 26 de mayo de 1961).

26. *Art. 104. Indemnización.*—Si el hecho constituye un accidente de trabajo que ha devenido una imprudencia ésta situación comporta, además de la sanción penal, la responsabilidad civil derivada del delito fijada libremente por el Tribunal sentenciador que puede condenar a una indemnización sin perjuicio de las que pudieran corresponder por la Legislación de accidentes de trabajo (S. de 20 de mayo de 1961).

27. *Art. 184. Detención ilegal.*—Si es un juez Municipal quien acuerda la detención no son aplicables ni el artículo 186 ni el 188 del Código, pero sí lo es el 184 del mismo (S. de 10 de mayo de 1961).

28. *Art. 244. Desacato.*—La imputación hecha al juez Municipal, ante un funcionario del Gobierno Civil, de haber despreciado y burlado a la procesada y de estar mediatizado por influencias económicas o de amistades, lo que excede de los límites permitidos a la censura de una actuación profesional, revela un deliberado afán de perjudicar en el honor a la persona a quien se alude, constituyendo sin duda un delito de desacato del artículo 244 del Código penal.

29. *Art. 280. Falsedad de marcas.*—El hecho de haberse fabricado por los procesados las etiquetas y demás efectos imitativos de los usados por marcas registradas de vinos tiene una vida jurídica autónoma en que el bien o interés protegido en la buena fé en el tráfico que hace aplicable al artículo 280 del código, con independencia de los eventuales daños o lucros que podrían constituir a su vez estafa, concurrente con la infracción dicha, la cual queda consumada una vez que los efectos se elaboran, con independencia de su uso ulterior (S. de 27 de junio de 1961).

30. *Art. 303. Falsedad.*—El procesado que para impedir una entidad suministradora de carburantes interrumpa el suministro a la empresa donde sirve dicho procesado hace dos ingresos en la cuenta de aquella con un Banco y altera las cantidades figuradas en los resguardos, con lo que, presentándolos a la suministradora, consigue el fin propuesto, comete el delito de falsedad del artículo 303 en relación con el número 6.º del artículo 302 del Código penal, pues se da la alteración falaz de documentos verdaderos y de una clara significación de comerciales (S. de 25 de mayo de 1961).

Si no se alteró el permiso de circulación de la motocicleta sino que se limó el número del motor del vehículo cambiándolo por otro, haciendo lo propio con el número de matrícula y numeración del motor, podrá haber infracción de otra índole, pero no la falsedad que castiga el artículo 303 del Código penal (S. de 30 de junio de 1961).

31. *Art. 306. Falsedad en documento privado.*—El delito de falsedad en documento privado previsto en el artículo 306 del código penal requiere, a diferencia de otras modalidades falsarias, la realidad de un daño patrimonial ajeno o un propósito de causarlo, lo que no puede presumirse del simple hecho de proporcionar un beneficio a un tercero, pues este beneficio puede no implicar perjuicio para otro (S. de 26 de junio de 1961).

32. *Art. 322. Uso público de nombre supuesto.*—La nota diferencial entre el delito de uso de nombre supuesto del artículo 322 y la falta del artículo 571, ambos del Código, no estriba precisamente en la continuidad o permanencia de la acción, sino en la publicidad, que es patente cuando el nombre supuesto se usa en el curso de un proceso (S. de 7 de junio de 1961).

El abrir una cuenta corriente en una casa bancaria a nombre de persona imaginaria, o sea, fingir un titular de la cuenta que no responde a la realidad, puede constituir un acto preparatorio de la estafa que más tarde se llevó a cabo, pero no el delito de uso público de nombre supuesto del artículo

lo 322 del Código porque no se usó públicamente sino privadamente, y el delito aludido requiere, a más de la reiterada publicidad, el doloso afán de crearse una personalidad ajena a la que normalmente le corresponde, o sea, que lo que se busca es engañar a la Sociedad, mientras que en el caso enjuiciado, de no ser el acto preparatorio de una defraudación, resultaría una acción indiferente, ni siquiera subsumible en el artículo 570 (Sentencia de 6 de mayo de 1961).

33. *Art. 341. Salud pública.*—Según doctrina de esta Sala, basta que los hechos realizados constituyan objetivamente un tipo de infracción subsumible en un artículo del Código penal para que el dolo se presuma por lo que si la procesada compró, elaboró y vendió grifa incurrió en el delito contra la salud pública del artículo 341 en relación con el 344, ambos del Código penal, pues esta Sala ha sancionado hasta el cultivo de la planta (S. de 15 de junio de 1961).

34. *Art. 366. Infidelidad en la custodia de documentos.*—Se dan los elementos del delito definido en el número 2.º del artículo 364 en relación con el último párrafo del 366 del Código penal si el procesado recibió del secretario de la Audiencia las actuaciones correspondientes a dos recursos de audiencia en justicia promovidos por el propio procesado para que, como letrado, se instruyese de los mismos antes de la celebración de las vistas y, al requerirle repetidamente para su entrega afirmó mendazmente haberlos ya devuelto, cuando la realidad es que los guardaba en su domicilio pues hubo ocultación dolosa para impedir la celebración de las vistas en la fecha señalada, cosa que consiguió el culpable con evidente perjuicio para la causa pública (S. 6 de junio de 1961).

35. *Art. 394. Malversación.*—La característica específica del delito de malversación de caudales en sus distintas modalidades de las que se ocupa el capítulo 10 del título séptimo del libro segundo del Código penal estriba en que los fondos sustraídos o distraídos se hallen específicamente a cargo del sujeto activo de la infracción, por lo que aun siendo el procesado funcionario público y aun habiendo aplicado a usos propios fondos pertenecientes al Municipio donde actuaba, no cometió el delito de malversación por faltar el elemento de tener los fondos a su cargo máxime no siendo función propia del secretario el custodiar y guardar los fondos, pudiendo su conducta originar otra infracción (S. de 8 de mayo de 1961).

36. *Art. 405. Parricidio.*—Concurre la agravante de alevosía si la agresión se produjo cuando la víctima se hallaba de espaldas, desprevenida e indefensa obrando el agresor rápida e inopinadamente, empleando un instrumento adecuado a producir la muerte calificada de parricidio, sin que fuera preciso que esa manera de obrar la buscara de antemano el procesado, lo que hubiera hecho posible la apreciación de la circunstancia de premeditación (S. de 8 de mayo de 1961).

37. *Art. 406. Asesinato.*—Aun existiendo una separación tan sutil entre la tentativa y el delito frustrado en los ataques a la vida o a la integridad de las personas, está bien aplicado el concepto de frustración de asesinato si el culpable, con conocido propósito de matar, ha realizado de su parte cuando ha sido preciso para lograrlo, en la persona del agredido, rei-

terando la acometida y pretendiendo alcanzar órganos de importancia suma, lo que descarta la simple tentativa (S. 17 de mayo de 1961).

33. *Art. 407. Homicidio.*—Consistiendo los hechos en que una mujer soltera y de buena conducta, de treinta y dos años, marcha por un camino y un hombre, de cuarenta y tres, al divisarla, se dirige a ella y se abalanza sobre ella cogiéndola por un brazo y diciéndola que de sus manos no se escapaba, en cuyo momento la mujer forcejeó para desasirse de su agresor cayendo éste de espaldas sobre un tocón de roble y talleciendo de resultas de la caída, sin que la mujer llegase a golpearle ni tuviese en la mano ningún instrumento contundente, no puede estimarse la existencia de homicidio voluntario ni involuntario en la mujer (S. 17 de mayo de 1961).

Si bien es cierto que para la estimativa de la imprudencia no es precisa, de manera absoluta la condición de licitud originaria del acto, y que de determinadas ilicitudes puede engendrarse responsabilidad culposa, ya que de otro modo se abocaría en las de naturaleza objetiva, propias del *versari in re illicita*, en pugna con las esencias culpabilistas del Derecho penal moderno, no puede apreciarse la imprudencia cuando el procesado, tras de asir a la mujer por la cabellera, le asestó puñetazos en la nuca, pues esto evidencia, si no el *animus necandi*, sí el *vulnerandi* que basta para desencadenar el proceso causal en su doble perspectiva natural y jurídica, que nace exigible la responsabilidad propia del homicidio doloso (S. 23 de mayo de 1961).

39. *Art. 420. Lesiones.*—No puede calificarse con arreglo al número 1.º del artículo 420, el puñetazo al ojo derecho de la víctima, que determinó su pérdida, quedando ciego el lesionado por haber perdido anteriormente el ojo izquierdo, pues no puede extenderse la responsabilidad a las consecuencias de una situación anterior, por lo que debe apreciarse el delito del número 2.º del artículo 420 del Código penal (S. 7 de julio de 1961).

40. *Art. 429. Violación.*—La violación en grado de tentativa se distingue del delito de abusos deshonestos del artículo 430 en que en el primer caso el propósito que inspira la actuación del sujeto es el yacimiento carnal, mientras que el abuso deshonesto es cualquier acto libidinoso (S. 10 de junio de 1961).

41. *Art. 430. Abusos deshonestos.*—El delito de abusos deshonestos del artículo 430 queda consumado en el momento mismo en que se produce el ultraje al pudor y honestidad de una persona en los casos previstos aunque el agente no realice todos los actos libidinosos que se propusiere, porque este delito no es propiamente de resultado subjetivo o satisfacción de un deseo, sino meramente formal o de atentado a la honestidad de otro, lesión que puede producirse aún con simples actos preparatorios de un fin lascivo (S. 24 de junio de 1961).

42. *Art. 431. Escándalo público.*—El delito de escándalo público del número 1.º del artículo 431 del Código, no debe ser restringido en el sentido de que su existencia dependa del número mayor o menor de los escandalizados por el acto, lo que dejaría excluidos del tipo comportamientos como el de exhibicionismo ante una sola persona, que son característicos de esa modalidad delictiva (S. 14 de junio de 1961).

Siendo el bien jurídico protegido por el núm. 1.º del artículo 431 del Código los sentimientos de honor, moriginación y recato de la sociedad. el atentado a ellos ha de caer en el ámbito de la Ley penal aunque no vayan acompañados de publicidad en el momento de realizarse los actos impúdicos porque lo que la Ley castiga en ese precepto no es propiamente el acto en sí, sino la lesión que produce en el cuerpo social al proyectarse sobre éste, cualquiera que sea la forma que adopte esa proyección; por eso, la palabra «trascendencia» que emplea el texto legal hay que entenderla en su sentido gramatical de «trascender», empezar a ser manifiesto o sabido lo que estaba oculto (S. 8 de mayo de 1961).

43. *Art. 434. Estupro.*—La protección penal que la ley otorga a la doncella menor de veintitrés años que se encuentra al servicio o bajo la dependencia de ciertas personas encargadas de su educación o guarda no puede quedar enervada por la circunstancia de que el seductor utilice además cualquier otra astucia o engaño para conseguir su propósito (S. 23 de mayo de 1961).

44. *Art. 436. Estupro.*—El dolo específico del delito de estupro del artículo 436 del Código penal consiste en el engaño que no es necesario que sea grave, bastando el empleo de palabras, promesas o maquinaciones para vencer la natural resistencia e inducir a la ofendida a prestar su consentimiento; pero si no aparece más que un simple concierto de voluntades en los actos realizados entre el procesado y la querellante, no puede apreciarse la concurrencia del elemento esencial de este delito (S. 12 de mayo de 1961).

A los efectos del artículo 436 del Código penal, cuando la mujer tiene dieciséis años cumplidos, el engaño adquiere el carácter de condición esencial, no constituyéndolo las atenciones, ruegos o solicitudes de un galán pues no llevan en sí ficción; no es bastante la apariencia de soltería, sin más aditamentos dolosos; y en cuanto a las relaciones amorosas, para darles valor de engaño, es menester que estén adornadas de las cualidades de lícitas, públicas, serias y de tal entidad que presagien aún cuando sea tácitamente una fundada culminación en matrimonio (S. 4 de mayo de 1961).

45. *Art. 438. Corrupción de menores.*—Es responsable del delito del número 2.º del artículo 438 del Código penal la procesada que facilitó en tres ocasiones una habitación a una joven de quince años y a un hombre, que permanecieron en ella encerrados, consiguiendo el varón tener acceso carnal con la menor, máxime cuando además animó a ésta a que se entregara al hombre (S. 24 de junio de 1961).

46. *Art. 443. Derecho de denuncia.*—Aún siendo innegable que la relación de sucesivos ostentores de las acciones de denuncia por delitos contra la honestidad que se mencionan en el artículo 443 del Código penal es gradual y excluyente, no se infringe el mismo si el delito fue denunciado por una tía, guardadora de hecho de la menor, estando los padres desde cuatro años antes en el extranjero y no apareciendo que exista otro pariente con derecho a ejercitar la denuncia (S. 9 de junio de 1961).

47. *Art. 457. Injurias.*—No puede negarse al *ánimus injuriandi* cuando en una novela los personajes retratan exactamente a personas vivas a la publicación de la obra cuyos nombres guardan semejanza con los ficticios

usados en la publicación, tanto más si el autor manifestó a algunas personas que tomaría sus personajes de otros de la actualidad, mencionando incluso el nombre de uno de ellos (S. 26 de junio de 1961).

48. *Art. 487. Abandono de familia.*—No es obstáculo a la condena el hecho de haber sido penado antes por abandono de familia basado en el abandono del hogar, si en la nueva ocasión se pena en base al número 2.º del artículo 487 del Código penal por continuidad en la conducta desordenada que, siendo de tracto sucesivo, es susceptible de reiterarse tanto de hecho como jurídicamente (S. 30 de junio de 1961).

49. *Art. 489 bis. Omisión de socorro.*—Cometen el delito del artículo 489 bis del Código penal los acompañantes del conductor de una camioneta, pues si bien es cierto que no pudieron hacer de momento ningún acto material para impedir que el chofer que llevaba el volante se diera a la fuga después del atropello, si pudieron, al menos, intentar convencerle con palabras y los oportunos razonamientos para que detuviera el vehículo con el fin de auxiliar a las víctimas, y, en todo caso, una vez que por avería paró la camioneta a un kilómetro del lugar del suceso, nada les impedía salvar tan corta distancia y acudir en socorro de los que dejaron heridos y abandonados en la carretera, pudiendo haberles prestado auxilio, como estaban obligados legalmente y por deberes de humanidad, sin que con ello hubieran tenido riesgo propio ni de tercero (S. 18 de mayo de 1961).

50. *Art. 496. Coacción.*—La ausencia de derecho en el acto del coaccionador ha de ser completa y no ha de poderse atribuir a causa que cree lícita el que actúa en ayuda de sí mismo o en protección o ejercicio del propio derecho (S. 30 de mayo de 1961).

51. *Art. 501. Robo con homicidio.*—Tratándose de delitos complejos como el de robo con homicidio en la apreciación de las circunstancias ha de considerarse su peculiar morfología y conjugar armónicamente sus dispares elementos, pues hay circunstancias que afectan a uno de ellos pero no al complejo, debiéndose excluir en el citado delito las agravantes de disfraz y nocturnidad si el propósito inicial de los autores no incluía el resultado mortal y el momento y los medios se eligieron exclusivamente en función del hecho contra la propiedad (S. 14 de junio de 1961).

Tratándose del delito de robo con homicidio no es posible hacer aplicación del estado de necesidad que sólo puede entrar en juego en delitos contra la propiedad y la índole propia del delito complejo hace quebrar la exigencia (S. 30 de junio de 1961).

52. *Art. 504. Robo.*—El concepto de fractura del número 2.º del artículo 405 del Código penal no ha de entenderse en su más estricta significación, pues es meró desenvolvimiento de una amplia concepción legal habiendo entendido esta Sala que incluye los actos de violentar, forzar, emplear el esfuerzo humano directamente, o mecánicamente ayudado, para dolosamente quebrantar aquellas protecciones de cierre y guarda que el propietario adoptó para la defensa de su patrimonio, por lo que concurre si se obró forzando la ventanilla de un automóvil aparcado (S. 17 de mayo de 1961).

53. *Art. 509. Tenencia de útiles para el robo.*—Se comete el delito del artículo 509 del Código penal no sólo por la tenencia, sino por el elemento

esencia: de no dar explicación satisfactoria a la misma (S. 6 de junio de 1961).

54. *Art. 514. Hurto.*—Se el procesado se apoderó de una motocicleta que abandonó luego pero quedándose con el sidecar que vendió a un tercero, aparece evidente el ánimo de lucro que sirve de módulo diferencial entre el delito de hurto del número 1.º del artículo 514 del Código penal y el denominado «hurto de uso» del artículo 9.º de la Ley del automóvil de 9 de mayo de 1950, en cuya tipología es menester sustituir el ánimo de lucro por el *utendi* (S. 2 de mayo de 1961).

El Agente comercial que recibe las llaves de un inmueble para que pueda enseñarlo a posibles compradores y luego vende parte de los muebles en él sitos, destinando su importe a atenciones particulares, no comete el delito del artículo 535 sino el del del número 1.º del artículo 514 del Código penal (S. 17 de junio de 1961).

Si el procesado fue detenido en la calle, esto es, fuera del establecimiento en que llevó a cabo la sustracción, por haber infundido sospechas a dos Agentes de Policía que no habían presenciado el acto, igualmente inadvertido de la dependencia del comercio, es evidente que se trata de una sustracción perfectamente consumada (S. 27 de junio de 1961).

La recepción de una cosa por título que produzca obligación de entregar o devolver, presupone traslado de posesión o posibilidad de disponer de la cosa, circunstancia que no se da en el empleado que tan sólo tiene la cosa materialmente, como instrumento al servicio ajeno, el que al tomarla para sí incurre en el delito del artículo 514 del Código penal (S. 7 de julio de 1961).

Si la procesada, criada doméstica en una casa, se encontró la llave de un armario, abriendo éste en distintas ocasiones y apoderándose por este medio de dinero y efectos, no comete delito de robo, sino el delito de hurto doméstico (S. 28 de junio de 1961).

55. *Art. 518. Usurpación.*—El delito de usurpación por alteración de lindes puede ser efectuado aún sin pretenderse un beneficio o utilidad económica (S. 14 de junio de 1961).

56. *Art. 519. Alzamiento de bienes.*—El artículo 519 no limita el delito que define al supuesto de insolvencia total real, sino que lo configura con perspectiva finalista y abstracta por lo que la Jurisprudencia ha comprendido en el mismo, tanto los supuestos de insolvencia real como los de insolvencia aparente (S. 31 de mayo de 1961).

57. *Art. 528. Estafa.*—El delito de estafa está constituido por dos elementos esenciales, el engaño como medio, que es su dolo específico, y la defraudación o perjuicio patrimonial como fin (S. 25 de mayo de 1961).

La estafa no es en modo alguno incompatible con la negociación civil o comercial que puede servir de base a la construcción jurídico-penal de fraude cuando concurren, sobre las relaciones ordinarias del negocio los elementos objetivos y subjetivos de aquel delito, cuya perfección no queda afectada en ninguna manera por la solvencia del procesado (S. 7 de junio de 1961).

La no consignación de un perjuicio efectivo cuantitativamente estimado, no destruye la figura delictiva de estafa de los artículos 528 y 529 del Có-

digo penal, pero obliga a estimarla en grado de frustración (S 27 de junio de 1961).

58. *Art. 529. Estafa.*—Si para obtener la entrega de unas cantidades entabló el procesado fingidas relaciones amorosas con la querellante, haciéndole creer que iba a contraer matrimonio con ella, llegando a llenar los trámites oportunos a tal fin, abusando de la debilidad de carácter de la enamoradísima víctima, empleó engaño para captar su voluntad y cometió la estafa del número 1.º del artículo 529 del Código penal (S. 18 de mayo de 1961).

No existe el delito de estafa del número 1.º del artículo 529 del Código penal, si en la compraventa originaria no se halla nada que no encuadre en un libre y consciente juego de voluntades a través del cual salió la cosa de poder del vendedor, aunque luego se produzcan incidencias en la realización del pago (S. 25 de mayo de 1961).

El hecho de haber realizado la compra de un aparato de radio con entrega de parte del precio, comprometiéndose a formalizar al siguiente día contrato de compraventa y a firmar varias letras de cambio por el resto del precio convenido a satisfacer en plazos, sin hacerlo, no puede ser calificado de la estafa del artículo 529, número 1.º, por la ausencia del esencial elemento de engaño previo a la entrega de la cosa; pero si posteriormente negó haber efectuado la compra y no ha devuelto el aparato al vendedor, como no pudo habersele transmitido en tales circunstancias la plena propiedad, está incurso en el delito del artículo 535 del Código penal (S. 5 de junio de 1961).

Uno de los requisitos de la apropiación indebida es que la entrega se verifique sin mediar el engaño, mientras que la estafa del número 1.º del artículo 529 lo requiere (S. 1 de julio de 1961).

59. *Art. 535. Apropiación indebida.*—Para que se de el delito de apropiación indebida, es preciso que el culpable esté en posesión de la cosa porque le haya sido transmitida por su dueño, transmisión que no se da cuando la cosa se entrega a un dependiente con el exclusivo fin de que realice en ella un trabajo, conservando el dueño la posesión o tenencia legal, en cuyo supuesto si se retiene la cosa haciendo uso de ella hasta que es intervenida por la Policía no se incurre en apropiación indebida, sino en hurto (S. 27 de mayo de 1961).

El hecho de quedarse en provecho propio con una cantidad que le fue entregada con el fin de construir una casa, aún implicando un grave abuso de confianza, no determina un delito de apropiación indebida porque no existía obligación de devolverla o entregarla a otras personas, sino la de cumplir un contrato de construcción de obras, negocio jurídico de carácter puramente civil (S. 20 de mayo de 1961).

El hecho de que un responsable del delito de apropiación indebida o de estafa, cuente con medios económicos suficientes para abonar el total importe de la cantidad defraudada no destruye la responsabilidad penal, porque la solvencia no cubre el hecho delictivo, sino la responsabilidad civil que de él pueda derivarse (S. 26 de junio de 1961).

60. *Art. 546 bis. Receptación.*—Creado por la Ley de 9 de mayo de 1950 el delito de receptación con carácter autónomo, sus autores no son meros

participantes en un delito contra la propiedad en concepto de encubridores, sino autores de un delito perfectamente configurado en la Ley, por lo que es indiferente que los efectos procedan de diversos delitos contra la propiedad si el acto de aprovechamiento es único, y como los recurrentes adquirieron de una sola vez, cometieron un solo delito de receptación, debiendo individualizarse la responsabilidad civil en función de la propia responsabilidad penal, sin que pueda establecerse entre los diferentes receptadores la solidaridad que señala el artículo 107 del Código penal (S. 17 de junio de 1961).

No es preciso, a efectos del artículo 546 bis a) del Código, que el receptor tenga exacto conocimiento del delito cuyos efectos adquiere, bastando que sepa fundadamente la existencia de un delito contra la propiedad (S. 1 de julio de 1961).

La limitación del párrafo segundo del artículo 546 bis es que no exceda la pena impuesta al receptor de la impuesta al autor sin que esta declaración pueda resultar modificada por las circunstancias personales del sujeto para perjudicar al encubridor (S. 31 de mayo de 1961).

El simple hecho de haber comprado los efectos del robo un encargado de un establecimiento abierto al público, no permite apreciar la habitualidad a los efectos del artículo 546 bis b) del Código, si el comercio o industria en que servía el procesado tenía un negocio muy distinto sin ninguna analogía con los que fueron objeto de la receptación (S. 27 de mayo de 1961).

61. *Art. 565. Imprudencia en general.*—Toda imprudencia punible descansa en el presupuesto necesario de una actividad del agente con olvido de las reglas de precaución o cautela exigidas para que aquella actividad no redunde en daño de otros; y de aquí que cuando este daño se produce sin ir precedido de un hacer imprudente o malicioso surge el hecho fortuito, no imputable a persona alguna dentro del orden penal (S. 13 de junio de 1961).

La calificación de la gravedad de la imprudencia no depende de lo cuantitativo de los actos practicados u omitidos, sino, sobre todo, de su trascendencia y entidad en el caso concreto respecto del grado de posible y aún probable producción de males no queridos pero previsible y prevenibles (S. 12 de junio de 1961).

Cuando un camión circula por una carretera reduciendo su velocidad a 20 kilómetros por hora, al cruzar con un autobús de viajeros que en dirección contraria se encuentra parado en el lado opuesto, y una viajera sale por detrás del autobús para atravesar la calzada chocando con el lateral izquierdo del camión, causándose lesiones que le producen la muerte, la imprudencia hay que atribuirse a la víctima y no al conductor (S. 24 de mayo de 1961).

No hay culpa en el conductor de un automóvil que circula por vía principal, como lo es siempre una carretera frente a caminos vecinales, aunque lo hicere por el centro de la carretera y a gran velocidad que, al no tener obstáculo en su ruta era libre de utilizar, pues no fue ello la causa del suceso, sino la irrupción imprudente en la carretera del ciclista atropellado (S. 29 de mayo de 1961).

La actuación del conductor de un ómnibus que pretende efectuar el adelantamiento e invade la parte izquierda de la calzada cuando no existía obstáculo en la misma, en cuyo momento sale de un almacén un carro tirado por una mula, entrando en colisión, no constituye culpa para el conductor del ómnibus (S. 30 de mayo de 1961).

La dejación de la conducción de un automóvil por el conductor titular a otro accidental, no es materia de culpa cuando al primero le consta la pericia del segundo conductor, acreditada por título, aunque de uso estuviese privado temporalmente, si no consta que conociese la inhabilitación (S. 6 de junio de 1961).

Aunque el procesado infringiese al aparcar su automóvil el artículo 101 del Código de la circulación, como lo que éste persigue es prevenir que el vehículo se ponga en marcha espontáneamente, no puede apreciarse delito culposo si el movimiento del automóvil se produjo por la intervención de una tercera persona que manipuló en el mismo (S. 14 de junio de 1961).

No comete imprudencia alguna el conductor de un autobús que circula por un vía de gran anchura a moderada velocidad y teniendo que tomar una curva para entrar en otra calle también muy ancha, se coloca en el centro de la calzada, aún invadiendo cincuenta y cinco centímetros de la parte izquierda pero dejando a su izquierda espacio más que suficiente para que pudiese efectuar el cruce cualquier vehículo que circulase en dirección contraria (S. 17 de junio de 1961).

62. *Imprudencia temeraria.*—Si bien no existe una norma legal que dogmáticamente imponga el signo característico de la temeridad en la imprudencia, es doctrina constante que uno de los elementos más relevantes de ella es la llamada consciente o con previsión (S. 29 de mayo de 1961).

Si la causa de las infecciones que provocaron la pérdida del ojo operado en cada uno de los seis pacientes no fue debida a imprudencia alguna del operador, en la realización de la operación ni del tratamiento post-operatorio, sino el hallarse contaminado el fármaco usado en este momento post-operatorio, no existe responsabilidad del operador, aunque el Tribunal estime que debiera haberse empleado otro preparado, pues esta apreciación no implica que el uso del utilizado fuese improcedente, y el Cirujano dio valor al utilizado a las aseveraciones de la firma preparadora, sin que ante la presencia de una infección, cuyo origen no constaba, pueda exigirse al médico mas que el celo necesario para la averiguación de la verdad pero sin ir más allá de lo que impongan los métodos lógicos de búsqueda de causa, resultando en cambio responsable por imprudencia temeraria el médico-director del laboratorio del que salió el frasco contaminado, pues debió con su vigilancia evitar la salida, ya que de su garantía hacen culto y fe los pacientes y facultativos, siéndole además de aplicación el artículo 343, pues no cabe duda de que en el concepto de deterioro del medicamento ha de incluirse la contaminación y que el despacho equivale a la salida del laboratorio con destino al mayorista y al farmacéutico que expenden (S. 23 de junio de 1961).

El ir en lo alto del carro su conductor, totalmente distraído y dejando marchar libremente a la caballería, indica una omisión voluntaria aunque

no maliciosa de las precauciones más vulgares y conocidas (S. 20 de mayo de 1961).

Una de las ineludibles obligaciones del que maneja el volante de un automóvil es la de conocer perfectamente el Código de la circulación, y si sus actos revelan un desconocimiento absoluto de sus normas, con el consiguiente peligro para la seguridad de viandantes y vehículos, se coloca en el ámbito de los imprudentes temerarios (S. 10 de junio de 1961)

Revela una grave imprudencia quien conduciendo una camioneta, no obstante constarle que la misma no se encontraba en perfectas condiciones para realizar un normal viaje de bastantes kilómetros, por llevar una balles-ta defectuosa y carecer la rueda trasera de la debida sujeción, transporta en el vehículo personas y ganado imprimiendo al coche exceso de velocidad, a pesar de las advertencias de algún viajero, en un trayecto en pendiente pronunciada descendente, lo que determinó que al aflojarse el buje de sujeción de la rueda defectuosa no pudiese hacerse con el vehículo y volcase (S. 31 de mayo de 1961).

Conducir a velocidad excesiva y tratar de adelantar a un coche turismo sin previo aviso, en lugar que forma curva y a unos cien metros del cambio de rasante, cuando venía en dirección contraria otro vehículo, aparte de infracción de varios preceptos del Código de la circulación, supone el olvido de las más elementales precauciones y racional cautela que debe acompañar a todos los actos de que pueda derivarse un mal (S. 31 de mayo de 1961).

63. *Imprudencia simple con infracción de reglamentos.*—La equivocación a que está sujeto todo hombre por diligente y cuidadoso que sea, no le exime de responsabilidad cuando incumple un deber profesional reglado (S. 30 de junio de 1961).

Existe imprudencia simple con infracción de reglamentos si la causa del accidente que causó la muerte a un obrero fue la de no observar el contratista de la obra las prevenciones más elementales para evitar el riesgo que el ejercicio del trabajo a que la víctima se dedicaba pudiera ocasionar en su vida, ya que, trabajando debajo de una línea de alta tensión en el encofrado de columnas de cemento, no fue prevenido por el empresario del peligro que corría si alcanzaba con la barra metálica al punto de contacto con la línea, olvido indisculpable cuando el obrero utilizaba una barra de excesiva longitud (S. 20 de mayo de 1961).

Conducir un camión cargado de bocoyes sin llevar la carga en las debidas condiciones de seguridad para evitar su caída, además de ser una infracción del artículo 59 del Código de la circulación constituye manifiesta imprudencia (S. 16 de mayo de 1961).

E) no aminorar la marcha excesiva del coche al tratar de entrar en otra calle, no obstante observar que por la misma llegaba otro vehículo, con preferencia de paso, cuya marcha normal ostaculizaba, constituye un acto imprudente que además infringe los artículos 17 y 25 del Código de la circulación (S. 18 de mayo de 1961).

64. *Determinación de la pena.*—Si el resultado de la imprudencia temeraria fue el de lesiones del número 4.º del artículo 420, del Código penal, cuya penalidad es menor que la que corresponde a la imprudencia teme-

raria, debe el Tribunal degradar la pena haciendo aplicación de lo dispuesto en el artículo 76 del mismo Código. (En la segunda sentencia condena a dos penas de multa) (S. 22 de junio de 1961.)

65. *Imprudencia profesional.*—No puede apreciarse la agravación del párrafo 5.º del artículo 565 del Código penal si además del acto imprudente, no concurre otro hecho que acredite la impericia o negligencia que valore la previsión normal que debe tener el conductor profesional.

LEY SOBRE USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR DE 9 DE MAYO DE 1950

66. *Art. 1.º. Conducción bajo influencia de bebidas.*—Existe imprudencia temeraria en el reo que en estado de ligera intoxicación etílica, suficientemente intensa para menoscabar sus facultades, conduce una motocicleta atropellando a un peatón, porque el peligro abstracto derivado de la conducción de un vehículo bajo la influencia de intoxicación alcohólica se convierte en daño concreto cuando recae sobre persona determinada y de acto delictivo en sí propio se convierte en un elemento del delito de resultado por lo que no procede condenarle además por el delito del artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, en virtud del principio *non bis in idem* (S. 17 de mayo de 1961).

67. *Art. 2.º. Conducción peligrosa.*—El procesado que, después de varias noches sin dormir, conduce su automóvil durmiéndose sobre el volante y, en una de las ocasiones, al despertar sobresaltado, realiza una maniobra que provoca un choque, es responsable de imprudencia, pero no puede ser simultáneamente penado por el delito del artículo 2.º de la ley de 9 de mayo de 1950 pues lo veda el principio *non bis in idem* confirmado por el artículo 68 del Código penal y el artículo 13 de la ley citada (S. 24 de mayo 1961).

68. *Art. 3.º. Conducción sin habilitación legal.*—Obligados por el Decreto de 19 de diciembre de 1957 los conductores de vehículos ciclomotores de menos de 75 c. c. de cilindrada a obtener una licencia de conducción, la carencia de la misma no es una simple falta de carácter administrativo, sino una falta de habilitación legal para conducir, sancionada en el artículo 3.º de la ley del automóvil (S. 23 de junio de 1961).

La conducción de una motocicleta sin la habilitación legal, con anterioridad al examen y obtención de permiso de conducir, constituye el delito del artículo 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950 pues la especie de intrusismo que castiga dicho precepto se basa en que sólo acredita competencia para la conducción el permiso concedido previa la tramitación correspondiente (S. 17 de mayo de 1961)

69 *Art. 11. Privación de permiso de conducir.*—La generalidad del precepto del artículo 11 de la ley de 9 de mayo de 1950, es extensivo a todo conductor automovilista por lo que no tan sólo el que posea carnet, sino también el que carezca de él, debe ser privado de su posesión y disfrute, pues otra cosa implicaría desigualdad a favor del que no lo tiene, que podría obtenerlo (S. 31 de mayo de 1961).

La privación del permiso de conducir que el artículo 11 de la ley de 9 de mayo de 1950 impone a todo conductor condenado por delito comprendido en la misma, se refiere al ejercicio del derecho de conducir y, por tanto, alcanza lo mismo al que ya ha obtenido la autorización gubernativa que al que carece de ella (S. 19 de junio 1961).

El artículo 11 de la ley de 9 de mayo de 1950 comprende no sólo a los conductores provistos de permiso sino a aquellos que hubieren cometido la infracción sin poseerlo, aunque para estos la privación sea de la concesión del que en su día pudieran obtener, pues de otra suerte sería de mejor condición el que conducía sin permiso. S. 28 de junio de 1961).

INDICE ALFABETICO

- Abandono de familia, 48.
 Abuso de confianza, 14.
 Abusos deshonestos, 41.
 Alevosia, 12, 36.
 Alteración de lindes, 55.
 Alzamiento de bienes, 56.
 Apropiación indebida, 54, 58, 59.
 Arrebató, 9.
 Arrepentimiento espontáneo, 10.
 Asesinato, 37.
 Atenuante analógica, 11.
 Autoría, 19.
 Caso fortuito, 38.
 Circunstancias, 4 a 18.
 Coautoría, 10.
 Concursos de leyes, 23.
 Conducción bajo influjo alcohol, 66
 Conducción peligrosa, 67.
 Conducción sin habilitación legal, 68.
 Consumación, 41, 54.
 Corrupción de menores, 45.
 Delito continuado, 25.
 Delito único, 24.
 Denuncia, 46.
 Desacato, 28.
 Desprecio del sexo, 18.
 Detención ilegal, 27.
 Determinación de la pena, 64.
 Disfraz, 13.
 Doio, 1.
 Embriaguez, 6.
 Enajenación mental, 5.
 Encubrimiento, 20.
 Escándalo público, 42.
 Estafa, 57, 58.
 Estupro, 43, 44, 46.
 Falsedad, 29, 30, 31.
 Frustración, 37.
 Homicidio, 38.
 Hurto, 54, 59.
 Imprudencia, 38, 61, 62, 63, 64, 65.
 Indemnización, 26.
 Inducción, 18.
 Infidelidad en la custodia de documentos, 34.
 Injurias, 47.
 Insolvencia, 56, 57, 59.
 Legítima defensa, 7.
 Lesiones, 39.
 Malversación, 35.
 Morada del ofendido, 17.
 Nom bis in idem, 23, 66, 67.
 Obcecación, 9.
 Omisión de socorro, 49.
 Parricidio, 36.
 Premeditación, 36.
 Preterintencionalidad, 8.
 Privación de permiso de conducir, 69.
 Psicosis, 5.
 Receptación, 60.
 Reincidencia, 16.
 Reiteración, 15.
 Relación de causalidad, 2.
 Responsabilidad civil, 21, 22, 60.
 Robo, 51, 52, 53.
 Salud pública, 33.
 Sexo, 18.
 Solvencia, 56, 57.
 Tenencia de útiles para el robo, 53.
 Tentativa, 3, 37, 40.
 Trastorno mental transitorio, 6.
 Uso público de nombre supuesto, 32.
 Usurpación, 55.
 Versari in re ilícita, 38.
 Violación, 40.

B)

JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL

La legitimación activa en los delitos semipúblicos

(Sentencia de 19 de febrero de 1962)

CARLOS VIADA LOPEZ-PUIGCERVER

Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: I. La sentencia de 19 de febrero de 1962. II. Naturaleza de la instancia privada. III. Sujetos legitimados.

I. En uno de sus Considerandos, la sentencia de 19 de febrero de 1962 sienta la doctrina siguiente: «Si bien es verdad que el párrafo 1.º del artículo 443 del Código penal dispone que para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó, bastará la denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden, y el párrafo 2.º del mismo artículo agrega que por los menores de dieciséis años podrá denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores, también es verdad que en el párrafo siguiente se faculta al Ministerio Fiscal para denunciar, y al Juez de instrucción para proceder de oficio en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida, y como persona desvalida ha de estimarse a la menor víctima de los hechos enjuiciados, puesto que no estaba amparada y protegida por los que en virtud de los lazos de la sangre estaban obligados moral y legalmente a ello, toda vez que sus padres estaban desentendidos de la menor, que tenía que proporcionarse lo necesario para la subsistencia por sus propios medios, y el padre además padece una enfermedad mental, según se consigna en los hechos probados, aparte de que, como resulta del sumario que se tiene a la vista, la conducta observada por este padre, con respecto a su hija, es en extremo reprobable, y si los progenitores de la menor agraviada no cumplieron con los deberes que lleva consigo la patria potestad, y por tanto ella se encuentra en el más completo abandono y desamparo por parte de sus familiares, como lo prueba el hecho de que estén viviendo en poblaciones distintas, no obstante la corta edad de la hija y la enfermedad mental que la aqueja, es visto que el Ministerio Fiscal, velando por los sagrados intereses que le están confiados en defensa de los desvalidos y de la moral pública, formuló la denuncia al tener conocimiento de la perpetración de los delitos, con lo que se ajustó estrictamente a lo que, con carácter supletorio, autoriza el citado artículo 443 de la Ley sustantiva penal; y por otra parte, no hay que olvidar que el delito de abusos deshonestos, no es

de los puramente privados que solamente pueden perseguirse a instancia de la parte agraviada, y en los que no intervienen el Ministerio Fiscal, sino que tiene un carácter semipúblico y por ello la facultad de promover el procedimiento, no está reservada exclusivamente a las personas perjudicadas mediante la formalización de querrela, por todo lo que debe ser rechazado este último motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Se insiste en la sentencia cuyo considerando transcribimos, en la conocida distinción entre delitos semipúblicos y delitos privados. Es evidente su distinta naturaleza, aun cuando en ocasiones parece existir confusión—como aconteció en el caso de la sentencia referida—. Existen también ciertas dificultades en orden a la determinación de la legitimación activa, que trataremos de puntualizar mediante un análisis comparativo y diferenciador de tales figuras delictivas, con vistas a su adecuado tratamiento procesal.

II. *Naturaleza de la instancia privada:*

Sobre la naturaleza jurídica de la iniciación a instancia de parte privada concurren diversidad de opiniones. En realidad, existen a su vez dos cuestiones distintas: 1.º) Determinar qué categoría jurídica corresponde a tales actos de iniciación; y 2.º) Si esa naturaleza es de carácter material o procesal.

En el primer problema, se habla de un derecho subjetivo, un simple poder o facultad (Candian), una especie de derecho «cívico» (Bataglini, Manzini), una forma de negocio jurídico (Massari, Ranieri), etc. En definitiva, hay que tener en cuenta que de la declaración de voluntad privada no depende la actuación de la sanción, sino precisamente la no actuación de esa sanción, o, en otros términos, que el contenido de ese derecho o poder (instancia de parte privada) no es la facultad de imponer el proceso, sino el derecho a que si no se presenta la declaración no se inicie el procedimiento.

Respecto a la naturaleza penal o procesal de la instancia privada, tampoco está unificada la doctrina, puesto que la considera ya como una condición de punibilidad, ya como una condición de procedibilidad, ya como un presupuesto preprocesal ya, en fin, como una figura mixta, exteriormente procesal (presupuesto de la acción), interiormente material (fundamento necesario de la pena). Sin embargo, opinamos que esta posición discriminatoria tiene un valor relativo, pues todas las condiciones de punibilidad se resuelven en condiciones de procedibilidad. Pues unas veces el ofendido estimará que no existe conducta delictiva, y podrá decirse que no existe delito, y otras veces el ofendido, a pesar de estimar la existencia de lesión, por la razón que sea, perseguir el delito. En ambos casos, la declaración de voluntad del ofendido es un requisito procesal.

Sobre la base de las dos cuestiones apuntadas, es patente la diversa naturaleza entre los delitos privados y los llamados semipúblicos. Veamos:

A) Los delitos semipúblicos están condicionados a la presentación de denuncia, denuncia que no es una simple «notitia criminis», sino que es un acto de voluntad por el que se hace desaparecer el impedimento para pro-

ceder. El órgano jurisdiccional no actúa sino a instancia de parte, por cuanto que hasta que ésta no expresa su voluntad no puede iniciarse la correspondiente instrucción. El ejercicio de la denuncia sirve para remover el acto obstativo, pero en lo sucesivo se sigue la instrucción preliminar de oficio. Esta denuncia es irreversible y su presentación otorga al proceso penal su carácter público y oficial. El fundamento que concurre en estas figuras semipúblicas está en no aumentar el mal ocasionado a la víctima del delito, quien tiene en su mano decidir sobre la persecución del mismo, aunque si denuncia no puede volverse atrás. Otra cosa es que estos delitos puedan ser perdonados, pues este derecho es independiente de la facultad excluyente de denunciar, e incluso pueden corresponder a sujetos distintos, como luego veremos.

B) Por su parte, en los delitos privados se da una plenitud de disposición al particular, como un derecho exclusivo del ofendido por el delito para intentar la acusación penal. De ahí que se hallen condicionados estos delitos privados a la presentación de querrela, entendiéndose por tal el acto de iniciación de la instrucción preliminar de carácter complejo, por cuanto la misma no sólo determina tal iniciación, sino que contiene la correspondiente acción penal. A diferencia de la denuncia condicionante, la querrela tiene carácter revocable, de suerte que el particular legitimado puede renunciar libremente vinculando al Tribunal. Hay monopolio de la acusación penal por el particular, que permite afirmar que en estos casos existe una privatización del proceso penal. Sin duda, tales delitos no trascienden a la sociedad, y por su naturaleza íntima y delicada priman razones de conveniencia para reservar el ejercicio de la acción al ofendido. Nos encontramos ante el predominio del principio dispositivo, propio del proceso civil, en que las declaraciones privadas tienen un carácter absoluto.

En cuanto a la cuestión terminológica, no existe una denominación consagrada y aceptada unánimemente. Como hemos visto el Tribunal Supremo distingue entre semipúblicos y privados. En la doctrina suele hablarse de delitos de persecución condicionados a denuncia o a querrela. Creemos que no sólo la diferencia estriba en el acto inicial, sino en su distinto tratamiento procesal; por eso nos parece más adecuada la distinción con el nombre de delitos de persecución condicionada a instancia de parte y delitos reservados a la acusación privada.

III. *Sujetos legitimados:*

Valgan las consideraciones anteriores para centrarnos sobre el tema procesal más importante en estos tipos de delitos: la determinación de quiénes son las personas legitimadas, bien para iniciar el proceso penal, bien para proseguir el ejercicio de la acción penal o bien para provocar la extinción de la misma y, por ende, del proceso.

A) *Para iniciar el proceso penal:*

a) En los delitos de persecución condicionada a la instancia de parte o a denuncia, están legitimados: 1.º, la víctima u ofendido, o sus representantes legales, pero no el perjudicado 2.º el cónyuge, 3.º ascendiente, 4.º her-

mano, 5.º representante legal, 6.º guardador de hecho, 7.º El Ministerio Fiscal. Así el artículo 443 del Código Penal, dice: «Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto bastará denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho, por este orden. Por los menores de dieciséis años podrá denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores. El Ministerio Fiscal podrá denunciar, y el Juez de instrucción proceder de oficio, en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida».

En este último párrafo se apoya claramente la sentencia que comentamos, al precisar el carácter de desvalida de la víctima, que se encuentra en el más completo abandono y desamparo por parte de sus familiares. Resalta el carácter subsidiario de la actuación del Ministerio Fiscal, toda vez que los progenitores de la menor agraviada no cumplieron con los deberes que la patria potestad lleva consigo.

d) En los delitos reservados a la acusación privada o condicionados a presentación de querrela, sólo se encuentra legitimada la persona agraviada: en los delitos de adulterio y amancebamiento (arts. 450 y 452 del Código penal) y en los de injuria y calumnia (art. 467 del Código penal). Sin embargo, cabe que sea el representante legal quien deduzca la acción penal: así, el marido tiene personalidad para perseguir las injurias inferidas a su mujer (Sentencia 17 de febrero de 1886) y los padres para perseguir las inferidas a sus hijos menores (Sentencias 15 de agosto de 1872 y 4 de mayo de 1886). Asimismo, hay que considerar legitimado al heredero y parientes siempre que la calumnia e injuria trascendiese a ellos (artículo 466 del Código penal); pero esta extensión no se produce en los casos de adulterio o amancebamiento, en que la acción persecutoria se circunscribe con carácter excluyente a la persona del cónyuge ofendido, «sin que por tanto sea transmisible por herencia, por ley de parentesco ni por otro título alguno» (Consulta resuelta en fecha 28 de octubre de 1912, recogida en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1913, páginas 35 y ss.).

B) Para continuar el desarrollo de la acción penal:

a) En los delitos de persecución condicionada a instancia de parte, o a denuncia, como ésta es una declaración de voluntad dirigida al órgano instructor, por la que se afirma la existencia de un hecho tipificado en el Código penal como delito, ella no entraña propiamente el ejercicio de la acción penal, sino únicamente la remoción del obstáculo procesal. De ahí su carácter irreversible, de suerte que presentada la denuncia, la tramitación sigue de oficio y el Ministerio Fiscal tiene el derecho y el deber de proseguir el ejercicio de la acusación penal, si bien puede actuar en concurrencia el acusador particular, igual que acontece en los delitos públicos o perseguibles de oficio.

b) En los delitos reservados a la acusación privada, o condicionados a la presentación de querrela, permanece en todo momento la legitimación

a favor de la persona agraviada, quien interviene con carácter exclusivo, sin que pueda intervenir, por regla general, el Ministerio Fiscal, salvo en los casos en que actúa para suplir la incapacidad de la víctima.

C) En orden a la extinción de la acción penal:

a) En los delitos condicionados a instancia de parte, o a denuncia, no puede ser renunciada la acción penal, dado el carácter irreversible de aquella; aunque es admisible el perdón del ofendido y si lo otorga el representante legal necesita ser aprobado por el Tribunal competente (artículo 443 del Código penal). Acaso nuestro régimen legal sea en este punto criticable, puesto que al someter la persecución del delito al criterio del Tribunal, se quebranta en cierto modo el principio acusatorio, ya que la continuación del proceso se condiciona a la voluntad del órgano jurisdiccional, que así asume función de acusador. Creemos que es mejor solución remitir al criterio del Ministerio Fiscal la persecución o no del delito, siguiendo el llamado principio de oportunidad por excepción a la regla general establecida en la LECr., que es la del principio de legalidad. Este sistema rige la STpo., en parágrafo 375 y siguientes.

b) En los delitos reservados a acusación privada o condicionados a presentación de querrela, el titular legitimado tiene derecho a renunciar su acción, ya que no rige su actuación el principio de oficialidad, sino el de disponibilidad. Igualmente es admisible el perdón.

Hay que tener en cuenta que el matrimonio en los delitos contra la honestedad, aunque suele considerarse erróneamente como una manifestación de perdón tácito o presunto, es en realidad una forma de extinción del proceso, por el hecho mismo del matrimonio, y ello aunque se manifestase la voluntad de no perdonar (art. 444, párrf. 4.º, según la redacción dada por la Ley de 20 de diciembre de 1952). Si el enlace se produce durante la instrucción preliminar, provocará la extinción de ésta.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala segunda del Tribunal Supremo)

PRIMER CUATRIMESTRE DE 1962

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto Español de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—A. *Principios del proceso penal.* a) Principio de oficialidad. b) Principio de legalidad. c) Principio de la verdad material. d) Principios que informan el juicio de faltas.—B. APLICACIÓN DEL DERECHO. a) Interpretación en favor del reo. b) Irretroactividad de las normas procesales.—II. PARTE GENERAL. 1. Órgano jurisdiccional: A. *Jurisdicción.* a) Extensión: a') Límites subjetivos. b') Límites objetivos: Delimitación con la jurisdicción militar. B) *Cuestiones de competencia:* a) Entre Audiencias provinciales. 2. Partes: A) *Acusador particular:* carácter. B) *Responsable civil subsidiario.* 3. Objeto del proceso: a) Acción penal: Vinculación a la acusación. b) Pluralidad de objetos: Acción civil: a') Contenido. b') Extinción de la acción civil. c') Subordinación de la acción civil. 4. Instrucción preliminar: Actos de iniciación: Denuncia condicionante. 5. El proceso penal *stricto sensu:* A. *iniciación.* a) Presupuestos referidos a la actividad: Acto de conciliación. B. *Desarrollo Normal del proceso:* a) Prueba. a') Naturaleza jurídica. b') Admisión de las pruebas. c') Valor de las declaraciones testimoniales. d') Interpretación de los documentos privados. C. *Actos de desarrollo anormal:* a) Crisis objetiva: Conformidad del acusado. b) Cuestión previa: Indulto. c) Nulidad de actuaciones. d) Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral. D) *Terminación del proceso:* Sentencia: a) Contenido. b) Publicación. E. *Efectos del proceso: Económicos: Beneficio gratuito.* 6. Impugnación del proceso: Recurso de casación. a) Ambito: Resoluciones contra las que procede (art. 848). b) Casación por infracción de ley. a') Artículo 849, número 1.º 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') Falta de citación de la parte acusadora. c') Falta de claridad de los hechos probados. d') Contradicción entre los hechos probados (artículo 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') Punicción por un delito más grave (art. 851, 4.º). d) Preparación del recurso. a') Por infracción de Ley: Cita del número del artículo 849. b') Particulares del documento auténtico. c') Designación de la falta o faltas

cometidas. e) Declaración de inadmisibilidad. a') Respeto a la declaración de hechos probados. b') Planteamiento de cuestiones nuevas. c') Depósito insuficiente del querellante particular. d') Acuerdo unánime para declarar la inadmisión. f) No cabe la *reformatio in peius*. g) Efectos del recurso sobre los demás procesados.—III. PARTE ESPECIAL. A) *Proceso de urgencia*: a) Competencia para resolver sobre las faltas. b) Suspensión del juicio oral. B) *Proceso sobre faltas: Cuestión de competencia entre Juzgado Municipal y de Paz.*

I. INTRODUCCION

A. PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL: a) *Principio de oficialidad*: La jurisdicción criminal no es rogada en determinadas fases procesales, y permite la actuación de oficio. (Auto 23 febrero 1962.)

b) *Principio de legalidad*. Todos los hechos punibles que enjuicia la jurisdicción ordinaria están sujetos a los principios generales que inspiran e informan el Código penal vigente. (Sentencia 17 febrero 1962.)

c) *Principio de la verdad material*: El principio de la verdad material o histórica inspira el proceso penal. (Sentencia 29 enero 1962.)

d) *Principios que informan el juicio de faltas*: En los procedimientos para faltas imperan los principios de publicidad, oralidad y de unidad (Sentencia 30 enero 1962.)

B. APLICACIÓN DEL DERECHO: a) *Interpretación en favor del reo*: Si bien es norma generalmente aceptada que los meros errores materiales de transcripción, no son suficientes en sí para justificar recursos que entrañan la casación de las sentencias, en el caso presente, al decirse en el inciso final de la recurrida, que el procesado se apropió de «doscientas cincuenta mil pesetas, cantidad en la que resultó defraudada indicada Cooperativa en la suma de treinta y cinco mil pesetas», es tan obvia la contradicción en el elemento valorativo que rebasa con mucho el margen de errores materiales para incidir en otros de mayor rango procesal, más como quiera que al no haberse planteado recurso de forma, único por el que habría medio de rectificar las faltas de claridad y contradicción tan patentes, es forzoso, en recurso de fondo, optar por una de las interpretaciones que a esta Sala se brindan por la sentenciadora, esto es, la de que el valor de la apropiación y fraude consiguiente fue de doscientas cincuenta mil pesetas o de treinta y cinco mil, y aunque la primera solución fuere la más verosímil, coordinada con la calificación y fallo, la segunda resulta más ajustada a las normas de la hermenéutica penal, en cuanto que favorece al reo, susceptible de beneficiarse incluso de los errores legislativos o judiciales. (Sentencia 10 abril 1962.)

b) *Irretroactividad de las normas procesales*: Si el caso enjuiciado ha tenido lugar el día 9 de noviembre de 1959 sobre las ocho y cuarto de la noche, no es posible hacer aplicación al mismo de una norma jurídica dictada en 26 de diciembre de 1958 y complementada por otra de 18 de junio de 1959, si bien ésta fue luego en parte derogada por el Decreto de 5 de

noviembre del mismo año, ya que se ha apelado a estas disposiciones para estimar modificado el artículo 109 del Código sancionador respecto a la imposición de costas al responsable civil subsidiario, otorgándoles un rango de disposiciones de carácter penal del que notoriamente carecen, olvidándose del principio de irretroactividad de las leyes en general consignado en el artículo tercero del Código Civil y aun cuando en el artículo 24 del Penal se recoge la retroactividad, ésta sólo tiene valor cuando se favorece, pero no en cuanto se perjudica, como ocurre en el supuesto contemplado. (Sentencia 6 febrero 1962.)

II. PARTE GENERAL

1. ORGANO JURISDICCIONAL: A. JURISDICCIÓN. a) *Extensión*: a') *Límites subjetivos*: La cuestión propuesta en el recurso de casación contra el auto desestimatorio de la declinatoria de jurisdicción, conviene destacar los tres hechos fundamentales que arrojan las actuaciones, a saber: a) que en 15 de noviembre de 1955, don Antonio P., como apoderado de don Moisés C., compareció ante la Jefatura Superior de Policía de esta capital, presentando denuncia contra Andrés T. y otros individuos de nacionalidad española por haberse apropiado de 840.833 pesetas y 2.280 dólares que el señor C. les había entregado en Tánger para actuaciones comerciales, cuyos individuos, creía se encontraban en Madrid alojados en el Hotel B; denuncia que pasó al Juzgado número 19 de esta capital, el que a su vez la remitió al Tribunal Mixto de Tánger, dictándose por éste, en fecha que no consta, providencia de no ha lugar; ordenando el archivo de las diligencias. b) que en 28 de diciembre del mismo año 1955, el referido apoderado del señor C. ante el Juzgado de Instrucción de guardia de esta capital presentó análoga denuncia contra los mismos individuos diciendo que la cantidad apropiada era la de 958.433 pesetas y 2.280 dólares, denuncia que después de varias incidencias dio lugar al sumario número 42 de 1956 del Juzgado número 22 de esta capital, en el que se personó el señor C., por medio de Procurador con poder especial para perseguir este delito; y admitido como parte por providencia de 15 de octubre de 1956 viene desde entonces actuando como tal, instando lo que ha estimado procedente para la persecución del delito y castigo de los inculcados; y c) que en los poderes otorgados para actuar en el sumario el señor C., manifestó ser ciudadano marroquí; de cuyos tres hechos se obtienen a su vez, y a los meros efectos de resolver la declinatoria propuesta por uno de los procesados, las siguientes conclusiones: Primera, que fue denunciado ante los Tribunales españoles un delito de apropiación indebida cometido por españoles en territorio extranjero contra un ciudadano extranjero; segunda, que este delito es de naturaleza grave por la pena que pudieran corresponderle dada la cuantía de lo que se dice apropiado; tercera, que los presuntos inculcados se encontraban en España, en donde fueron detenidos; y cuarta que la anterior denuncia remitida a los Tribunales de Tánger, no dio origen a procedimiento alguno con fallo absolutario o condenatorio, toda vez que fue archivada con acuerdo de no ha lugar. Los ante-

rios hechos y conclusiones conducen a desestimar el primer motivo del recurso de casación interpuesto contra el auto de la Audiencia de Madrid, que a su vez desestimó la declinatoria propuesta por el procesado Andrés T. en favor de los Tribunales de Tánger, por aparecer cumplidos los requisitos exigidos por los artículos 339 y 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que los españoles que delinquen en el extranjero sean juzgados en España, siendo inoperantes los argumentos que se esgrimen en el recurso referentes a la falta de querrela inicial en el procedimiento y a que el delito ya fue juzgado por el Tribunal de Tánger; el sumario se iniciará sólo por denuncia del perjudicado, tal defecto quedó subsanado desde el momento en que aquél se personó en forma y fue tenido como parte, actuando sin interrupción con tal carácter, instando lo conducente para la persecución y castigo del delito; y el segundo, el pronunciamiento del Tribunal de Tánger sobre la primera denuncia, porque tal pronunciamiento fue un mero acuerdo de no proceder y de archivo de las diligencias, y lo que la Ley exige no es que el delito haya llegado a conocimiento de los Tribunales extranjeros, sino que éstos hayan absuelto o condenado al delincuente, es decir, que éste haya sido juzgado, cosa que en modo alguno puede concluirse del proveído de no abrir procedimiento, que es a lo que equivale la fórmula de «no ha lugar» utilizada por dicho Tribunal; acuerdo obstativo al juicio que tenía que preceder al fallo resolutorio de culpabilidad o inculpabilidad que exige el citado artículo 339 de la Ley Orgánica. (Sentencia 7 abril 1962.)

b) *Límites objetivos: Delimitación con la jurisdicción militar:* No habiendo sido desenvuelto íntegramente por la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, el contenido de la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947, para la elaboración del Código de Navegación Aérea, no obstante tratarse en el caso jurisdiccional planteado de un hecho de carácter puramente civil acaecido al efectuar la práctica de operaciones de fumigación de arbolado desde una avioneta tripulada por un oficial del Ejército del Aire, al servicio de una empresa particular, con ocasión de cuya fumigación se produjeron daños en heredades próximas a la zona afectada por parásitos a los que se trataba de extirpar, reclamada la competencia por las jurisdicciones actuantes, ordinaria y militar, es preciso acudir para resolver el conflicto a las normas de la Leyes de Enjuiciamiento Criminal y Código de Justicia Militar. Aun cuando disfruta de preferente fuero la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de todos los delitos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las excepciones establecidas en el mismo precepto, obligan a tener en cuenta otras normas y en el caso presente, lo establecido en el artículo 18 del Código de Justicia Militar que al señalar un orden correlativo de procedibilidad, en atención al delito, al lugar de su comisión y a la condición de la persona o personas responsables, obliga a sujetarse a esas normas, y como con preferencia a quien sea responsable, entre en juego el lugar de su perpetración, habiéndose cometido el relativo al caso enjuiciado desde un avión en marcha en el espacio nacional aéreo, con arreglo al inciso c) del número 1 del artículo 9.º del indicado Código castrense, corresponde el conocimiento del proceso originado para el castigo del supuesto delito

de daños al Jefe de la Región Aérea del Estrecho, al que pertenece el término municipal de Rota, lugar en donde radica la finca dañada. (Auto 20 enero 1962.)

Es correcto el fundamento aducido por el General Jefe de la Región Aérea de Levante, para atraer a la jurisdicción militar el conocimiento del accidente de circulación, ocurrido entre una motocicleta conducida por el soldado de dicho Ejército y una bicicleta guiada por un paisano, fundamento consistente en que la incorrección circulatoria, considerada en todo tiempo y máxime en el actual como una verdadera lacra social, ha de estimarse como falta de las que afectan al buen régimen de los Ejércitos y al decoro de sus clases y, en su virtud, conforme a los artículos 5.º, 7.º número 2, 13 y 16 número 11 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, modificado el último de dichos preceptos por Ley de 21 de abril de 1949 y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal de este Tribunal Supremo, procede declarar la competencia de la jurisdicción castrense. (Auto 8 marzo 1962.)

B. CUESTIONES DE COMPETENCIA: a) *Entre Audiencias provinciales.* Como estableció esta Sala en auto de 2 de agosto de 1911, corresponde a la Audiencia Territorial en pleno resolver las cuestiones de competencia entre Audiencias de lo Criminal del mismo Territorio, conforme al número 3.º del artículo 20 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882, debiendo entenderse por Audiencias de lo Criminal los noventa Tribunales colegiados establecidos por el artículo 1.º de la Ley de 14 de octubre de 1882, reducidos a 49 por el artículo 4.º del Real Decreto de 16 de julio de 1892, cuyo artículo 5.º les atribuye la denominación de Audiencias Provinciales, como igualmente se denominan Audiencia Provinciales, las Salas de lo Criminal de las Territoriales conforme al artículo 4.º de la Ley de 5 de agosto de 1893 y el artículo 2.º del Real Decreto de 29 del mismo mes de agosto de 1893, relativo a planta y personal de las Audiencias y Juzgados, sin que a esta facultad decisoria de la competencia obste que uno de los órganos contendientes se halle unido a la misma Territorial llamada a resolver el conflicto, porque el precepto de la Ley es general y no cabe oponer limitaciones que ni la letra ni el espíritu del indicado precepto autorizan y sin que sea aplicable el número 4.º del citado artículo 20 del Enjuiciamiento referido por la variación legislativa sobre organización de la jurisdicción penal, al suprimirse las Audiencias de lo Criminal y mantenerse las Audiencias Provinciales en la capitalidad de las Territoriales con jurisdicción limitada a la provincia de su sede. (Auto 9 abril 1962.)

2. PARTES: A) *Acusador particular: carácter.*—El acusador particular tiene siempre la consideración legal de querellante, ya que ejercita no sólo un derecho sino una acción pública del artículo 101 de la LECrim. (Sentencia 22 febrero 1962.)

B) *RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO.*—Si bien en términos generales el delito de estafa del empleado no engendra la responsabilidad civil subsi-

diaria del jefe, debe estimarse que tal doctrina no es aplicable cuando se trata de un individuo, anteriormente apoderado, que continúa al servicio de la Compañía Mercantil, regenta su sucursal y realiza una operación del tráfico de la Compañía, que se extiende en papel comercial de la misma, porque ello significa, a la vista del público la realización de una de las operaciones en función del cargo de que se encuentra investido por la entidad referida y, en consecuencia, existe relación de dependencia y en el concepto general, actuación dentro del ámbito de sus obligaciones o servicio (Sentencia 2 febrero 1962.)

Esta Sala tiene declarado reiteradamente que dados los términos en que está redactado el artículo 22 del Código Penal, no puede menos de estimarse que a los Ayuntamientos y demás Corporaciones oficiales les alcanza la responsabilidad civil subsidiaria por los hechos delictivo que sus funcionarios, empleados o dependientes cometan con motivo u ocasión de los servicios que les tuvieran encomendados, puesto que el precepto legal citado incluye expresamente a las entidades y organismos, sin exceptuar los públicos u oficiales entre los posibles responsables subsidiarios civilmente por los actos de las personas que de ellos dependen, y como en las premisas de facto de la sentencia recurrida se declara probado que el procesado conducía, debidamente autorizado, como chófer asalariado y por cuenta del Excelentísimo Ayuntamiento de Madrid, un camión propiedad de éste, para reparto de carne, por una calle de esta capital, y por no observar las precauciones debidas en un paso de peatones, el vehículo se deslizó hacia atrás, alcanzando a una viadante que marchaba por el lugar indicado a la que causó lesiones de las que tardó en curar treinta y siete días, por cuyo hecho ha sido condenado el mencionado conductor en concepto de autor de un delito de imprudencia temeraria, al ser declarado insolvente el responsable directo. debe recaer la responsabilidad civil subsidiaria sobre el Ayuntamiento de Madrid, como ha entendido con acierto el Tribunal *a quo*, toda vez que concurren los dos requisitos que como indispensables son exigidos por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, cuales son la relación de dependencia clara, precisa y directa entre el responsable principal y la persona o entidad que debe sustituirle en el pago de las obligaciones previstas en el artículo 101 del Ordenamiento penal vigente, y de otra parte no hay duda alguna que el procesado contrajo su culpa estando al servicio de la Corporación Municipal con motivo u ocasión del desempeño de las obligaciones que le estaban asignadas. La exención a que se refiere el artículo 1.903 del Código civil, está circunscrita exclusivamente a la actuación de sus agentes en el ejercicio del Poder soberano como definidor y regulador del derecho, y aunque se admita que tal privilegio podía hacerse extensivo a los Ayuntamientos, no hay que olvidar que en el reparto de carnes a que se dedicaba el procesado, el Ayuntamiento de Madrid actuaba como persona jurídica, para cumplir un servicio de transporte que administra directamente, y para la realización de tal servicio, que no implica ejercicio de autoridad, está facultado por la propia ley para prestarle también mediante convenio con los particulares en forma de concesión, arrendamiento o empresa mixta, y en todo caso se necesita la contratación de empleados u obreros asalariados, en las mismas condiciones que lo hacen las empresas de

carácter particular que se dediquen a esta actividad, y, por tanto, es de justicia y equidad, que respondan, lo mismo que las empresas privadas, de los daños y perjuicios que sus dependientes causen como consecuencia de los hechos constitutivos de delitos o faltas cometidos en el desempeño de los trabajos que se les tengan encomendados. (Sentencia 23 marzo 1962.)

Si precisamente ha sido la entidad recurrente la que dio las órdenes apuntadas a un dependiente suyo, para que al frente del grupo de interesados en la electrificación rural de la zona a la que había de extenderse la nueva línea de enlace entre un transformador de la entidad y el pueblo al que iba a beneficiarse con el nuevo servicio, realizados los necesarios trabajos de montaje de cables y conexión, al producirse el resultado dañoso por la imprudencia del encargado de la realización de esas labores, al ser éste dependiente de la empresa como peón especializado y obrar cumpliendo un mandato que se le encomendó por el Jefe del servicio de electrificación rural que la aludida entidad tenía en la capital de la provincia, aun efectuándose estos trabajos de instalación de línea eléctrica y por interesarlo unos vecinos que descaban el fluido y a su costa, esto no destruye la existencia de una orden directamente emanada de un funcionario de la empresa, ni la calidad de dependiente de ésta que el procesado disfrutaba al realizar las actividades que determinaron el mal, ni tampoco que no estuviera prestando un servicio que le fue encomendado por su superior en la entidad industrial a la que servía, ya que la concesión y explotación de la nueva línea por quien recurre a este propósito es un hecho probado, factores que abonan la procedencia de la responsabilidad subsidiaria que sido debidamente declarada. (Sentencia 17 febrero 1962.)

Si el procesado era obrero y en situación de misión expresamente encomendada, que implicaba desplazamiento, y al no constar en la relación de hechos una desobediencia o prohibición de conducir el camión, sino por el contrario, la circunstancia de haberlo hecho en varias ocasiones sin recriminación, ni vetos, es obvio que en la ejecución del propio servicio no hubo extralimitación, respecto a la Empresa, siquiera la hubiera respecto a preceptos reglamentarios. (Sentencia 24 enero 1962.)

3. OBJETO DEL PROCESO: a) *Acción penal: Vinculación a la acusación.*— Dados los términos en que se ha planteado el tema de la casación en el único motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal —no ser injuria el hecho probado— y vista la calificación de oficio hecha por el Tribunal de Instancia, estimar injuria lo acusado como calumnia, la casación, en recurso interpuesto por la condenada, sólo puede declarar infundada la condena por delito de que no fue acusada, toda vez que en los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de la parte agraviada no puede modificarse de oficio la calificación acusatoria ni hacer uso de la tesis del artículo 733 de la Ley de trámites, teniendo declarado este Tribunal, de acuerdo con esta doctrina que siendo de naturaleza y efectos distintos los delitos de calumnia y de injuria, formulada acusación directa y exclusiva por el primero no se puede de oficio variarla condenando por el segundo; y por ello, como el recurso del condenado no puede ser agravatorio para él por impedirlo el ar-

titulo 902 de la citada Ley procesal ni cabe volver a examinar aquí el tema de la calumnia, porque aquietado el querellante con la calificación hecha por el Tribunal al no recurrir contra ella, su acción quedó agotada, procede acoger el recurso interpuesto por aplicación indebida del artículo 457 del Código penal. (Sentencia 13 enero 1962.)

Aunque no ha sido objeto de recurso, y, por tanto, no hay posibilidad de modificar la sentencia de instancia, máxime cuando ello iría en contra del reo, es de poner de manifiesto la anomalía que se observa en dicha resolución, tanto en el primer considerando como en el fallo, en los que se aprecia la existencia de dos delitos, uno de imprudencia del artículo 565 del Código penal, y otro del conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas tipificado en el artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 y no obstante lo cual solamente se condena a una pena de tres años de prisión menor, y privación del permiso para conducir durante cinco años con las accesorias legales y costas y la pertinente indemnización a los herederos de la víctima, anomalía que, sin duda fue debida a que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, en sus conclusiones definitivas, no solicitó más que una pena, que es exactamente la impuesta, a pesar de haber hecho la calificación de los dos delitos que recogió la sentencia recurrida. (Sentencia 21 febrero 1962.)

b) *Pluralidad de objetos: Acción civil: a) Contenido.*—El Tribunal de lo Criminal sólo puede aplicar preceptos no penales en aquello que directamente le venga impuesto por disposición legal, defiriendo, en lo demás, a la competencia propia de cada rama de la jurisdicción ordinaria el conocimiento y resolución de toda controversia, y en el caso presente, consta la renuncia por el representante legal del lesionado al ejercicio de la acusación particular y, en su consecuencia, el fallo recurrido omite todo pronunciamiento sobre abono de indemnización a dicho lesionado; y como quiera que el artículo 189 del texto refundido de la Legislación de Accidentes del trabajo de 22 de junio de 1956, establece a favor de la entidad aseguradora o el patrono, en su caso, si el responsable criminalmente fuese condenado, que se aplicara la indemnización en primer lugar, al reintegro del coste de la asistencia o indemnizaciones que hubieren satisfecho, entregando el exceso, si lo hubiere a la víctima del accidente o a sus derechohabientes, es indudable que al no existir condena a indemnización a favor del lesionado, no puede la jurisdicción criminal ordenar ninguna otra indemnización por cumplimiento de las obligaciones relativas a la asistencia médico farmacéutica y al abono de las indemnizaciones procedentes de que habla el mencionado artículo 189, por lo que procede absolver al recurrente de tal condena, así como de la que, sin sujetarse a los principios de la jurisdicción criminal, según los artículos 103 y 104 del Código penal y a la práctica constantemente seguida, se impone abonar una cantidad aun no señalada por otra jurisdicción como indemnización de perjuicios que, en lo penal, sólo deben ser valuados por la justa regulación del Tribunal, lo que no obsta al ejercicio de las acciones de que se entienden asistidos unos u otros de los intervinientes de este proceso para ante la jurisdicción y en la vía que estimen pertinente. En definitiva, la legislación general, incluida la de trabajo no altera las disposiciones sustantivas y pro-

cesales sobre indemnización por hecho punible, sino solamente, en este caso, su ejecución concediendo derecho de prioridad sobre la cantidad concedida como indemnización al lesionado heredero de la víctima para reintegrar al patrono o asegurador en los términos expresados en el considerando precedente. (Sentencia 2 abril 1962.)

La sentencia sí infringió los artículos 19, 101 y 104 del Código penal, como alega el Ministerio Fiscal en su recurso, pues si por consecuencia de la actuación delictiva del procesado sufrió el dueño del vehículo que conducía daños valorados en 20.000 pesetas, es legalmente impositiva la reparación, ya que de este derecho, no consta que el perjudicado hiciese aquella expresa renuncia que consigna el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniéndose, pues, viva la petición que según el mismo citado artículo formuló a su tiempo la acusación fiscal. (Sentencia 23 enero 1962.)

b) *Extinción de la acción civil.*—La novación lícita y eficaz que extingue las obligaciones conforme al derecho civil, y por ello debe ser reconocida según el artículo 117 del Código penal como uno de los modos de extinción de la responsabilidad civil nacida del delito, no es la pretendida novación en materia cuasi-delictiva, que alega el responsable civil subsidiario, a base de la entrega por el responsable directo y condenado de dos talones contra su cuenta bancaria, la que resultó sin provisión de fondo, entrega que, de los antecedentes tenidos a la vista no aparece perseguida en vía penal, pues la supuesta novación, según la cual se pretende que las derivaciones de un acto delictivo posterior extingan las de otro delictivo precedente, sólo podría dar lugar a la conexidad procesal nacida de la comisión de un delito para procurar la impunidad de otro hecho punible, conforme al número 4 del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a la exigencia de responsabilidades civiles y penales por uno y otro de tales hechos y, en su virtud, debe rechazarse el único motivo del recurso. (Sentencia 15 enero 1962.)

c) *Subordinación de la acción civil.*—Aun prescindiéndose de la anomalía formal que supone el no haberse alegado en el motivo único del recurso interpuesto por la representación del responsable civil subsidiario el artículo 22 del Código penal en que reposa la razón de ser de dicha responsabilidad, limitándose a denegar la criminal originaria y consiguiente infracción del 565 del mismo Cuerpo legal, lo que equivale a revivir el recurso del procesado que en el momento procesal oportuno fue declarado desierto, es incuestionable que dicho extremo de la responsabilidad criminal es presupuesto inexcusable y primario para que opere la civil, tanto directa como subsidiaria, por lo que el sometimiento de su presencia o ausencia a la censura de casación no puede tacharse de impertinente, razones por las cuales se admitió el recurso. (Sentencia 7 febrero 1962.)

4. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: ACTOS DE INICIACIÓN: DENUNCIA CONDICIONANTE.—Si bien es verdad que el párrafo 1.º del artículo 443 del Código penal dispone que para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto, bastará la denuncia de la persona agraviada, o del cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho por este orden, y el párrafo 2.º del mismo artículo agrega que por los menores

de dieciséis años podrá denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores, también es verdad que en el párrafo siguiente se faculta al Ministerio Fiscal para renunciar y al Juez de Instrucción para proceder de oficio en los casos que consideren oportuno en defensa de la persona agraviada, si ésta fuera de todo punto desvalida, y como persona desvalida ha de estimarse a la menor víctima de los hechos enjuiciados, puesto que no estaba amparada y protegida por los que en virtud de los lazos de la sangre estaban obligados moral y legalmente a ello, toda vez que sus padres estaban desentendidos de la menor que tenía que proporcionarse lo necesario para la subsistencia por sus propios medios, y el padre además padece una enfermedad mental, según se consigna en los hechos probados, aparte de que, como resulta del sumario que se tiene a la vista, la conducta observada por este padre, con respecto a su hija, es en extremo reprobable, y si los progenitores de la menor agraviada no cumplieron con los deberes que lleva consigo la patria potestad, y, por tanto, ella se encuentra en el más completo abandono y desamparo por parte de sus familiares, como lo prueba el hecho de que estén viviendo en poblaciones distintas, no obstante la corta edad de la hija y la enfermedad mental que la aqueja, es visto que el Ministerio Fiscal, velando por los sagrados intereses que le están confiados en defensa de los desvalidos y de la moral pública, formuló la denuncia al tener conocimiento de la perpetración de los delitos, como lo que se ajustó estrictamente a lo que, con carácter supletorio, autoriza el citado artículo 443 de la Ley sustantiva penal y, por otra parte, no hay que olvidar que el delito de abusos deshonestos, no es de los puramente privados que solamente pueden perseguirse a instancia de la parte agraviada, y en los que no intervienen el Ministerio Fiscal, sino que tiene un carácter semi-público y por ello la facultad de promover el procedimiento no está reservada exclusivamente a las personas perjudicadas mediante la formalización de querrela, por todo lo que debe ser rechazado este último motivo del recurso interpuesto al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. (Sentencia 19 febrero 1962.)

5 EL PROCESO PENAL «STRICTO SENSU»: A. *Iniciación*. a) *Presupuestos referidos a la actividad: Acto de conciliación*.—El no haberse acreditado celebración o intento de acto de conciliación ni entablado denuncia por delito de estupro, sino por el de violación, luego formalizada con rango procesal de querrela no constituye infracción de ley por inadecuada observancia de los artículos 443 del Código penal y los 105 y 278 de la de Enjuiciamiento Criminal, como en el primer motivo de casación se pretende, preceptos todos ellos coordinados entre sí pero necesariamente subordinados los procesales a los materiales, como por lo demás así hay que considerarlos en recurso de casación de fondo y no de forma, como el que actualmente se ventila y en atención a ello, no ha de ser acogido el motivo; en primer término, porque de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no cabe encuadrarlo en recurso de casación de fondo, y, sobre todo, porque referida la conciliación a las querrelas y no a las denuncias, no hubo lugar a exigirla en un

procedimiento que se inició en esta segunda forma de pretensión, suficiente ya con arreglo a la legislación sustantiva vigente, y concretamente del artículo 443 del Código penal que también se dice infringido, para el ejercicio de la acción, tanto en los delitos de estupro como en los de violación, con lo cual quedan procesalmente parigualados a tales efectos, con el resultado de ser innecesaria la querrela, y por ende el acto conciliatorio, que hubiere resultado además de superfluidad manifiesta vista la fecha en que la querrela se formalizó, mucho después de haberse dictado auto de procesamiento contra el denunciado, que por cierto, lo fue por estupro, sin que la posterior querrela consiguiese variar en la instrucción la titularidad del delito. Si bien en dicho primer motivo, numerado como tal pero prácticamente único, al no acompañarse de otro, se desenvuelve una nueva temática aún más característicamente procesal y más impropia, por lo tanto, para encuadrarse en recurso de casación de fondo, por cuanto que se aduce el cambio de tipo penal en la sentencia condenatoria, de estupro del artículo 434, en vez del de violación del 429, ambos del Código penal, que en el sentir del recurrente determinó su indefensión de instancia, al no haber habido lugar a discutir elemento tan característico del nuevo delito del artículo 434 como es el de la honestidad o doncellez de la mujer agraviada; tesis inaceptable, en lo estrictamente formal, por figurar el delito de estupro en la calificación definitiva que reformando la provisional hizo en el acto del juicio oral la acusación privada, siquiera en forma alternativa, y en lo real, porque el acto de procesamiento lo fue ya por dicho delito, encaminándose gran parte de la instrucción a investigar precisamente ese extremo de la honestidad de la ofendida con diligencias a veces solicitadas por la representación del procesado recurrente, que no puede, por tanto, alegar con éxito en este momento procesal la propia indefensión, sólo porque sus estimativas no fuesen aceptadas por el Tribunal sentenciador que expresamente se pronunció por considerar probada la honestidad de la mujer estuprada, cuestión ya de hecho, bien que normativa, que únicamente pudiera borrarse del resultado de los probados por la vía del error, prevista en el número 2.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y no por la del número 1.º como la que se intenta. (Sentencia 31 marzo 1962.)

El motivo de casación por infracción de Ley del número primero del artículo 849, fundado en la supuesta infracción del artículo 443 del Código Penal, por no haber precedido denuncia del menor G. D. C., ni de su padre, a quien se llamó para ofrecerle el procedimiento sin que hiciera manifestación alguna, aunque de naturaleza procesal, dada la índole del precepto que se supone quebrantado, no puede prosperar, porque, como ya se dijo en otra ocasión procede discriminar a los efectos de ese artículo si la víctima es mayor o menor de dieciséis años, edad que hay que referirla como todo lo inherente al delito, al momento de cometerse éste no al de la iniciación del proceso judicial según se pretende en el recurso; y dentro de aquella discriminación observar que en el segundo caso —ofendido menor de dieciséis años—, el impulso judicial puede proceder del Ministerio Fiscal, de los organismos protectores de los menores y aun procederse de oficio por el Juez de Instrucción si la persona agraviada fuera de todo punto desva-

lida; en cuya situación hay que reputar a los menores cuyos padres y guardadores son insensibles a los atentados que se cometan contra el pudor y la formación moral de aquellos, por ser manifiesto el abandono en que los dejan en esas tristes circunstancias; por eso en tal evento, el Estado por medio de sus organismos tutelares y de Justicia ha de proceder a suplir tal desamparo, dado el carácter semipúblico de estos delitos; y como en el caso contemplado el procedimiento se inició por denuncia del padre de un menor ofendido por el mismo procesado, al acreditarse que otro menor de dieciséis años también había sido víctima de actos impúdicos del acusado en el mismo lugar de trabajo donde los otros ocurrieron, el Juez de Instrucción obró de acuerdo con el precepto que se supone infringido al extender la acción represiva a ese otro caso, tanto para abarcar toda la conducta delictiva del agente, como para proteger a las distintas víctimas, actuación judicial legitimada al no ser obstaculizada por el padre del menor a quien se le ofreció el procedimiento y estar además acogida por el Ministerio Fiscal al formular conclusiones acusatorias. (Sentencia 3 enero 1962.)

B DESARROLLO NORMAL DEL PROCESO: a) *Prueba.* a') *Naturaleza jurídica.*—En el procedimiento criminal, la prueba es la del juicio oral, y con anterioridad a él no es posible hacer afirmaciones, ni siquiera presunciones, en cuanto a los efectos de la prueba propuesta, de como ocurrieron los hechos. (Sentencia 31 enero 1962.)

b') *Admisión de las pruebas.*—Por el Tribunal a que se acató el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cuando dio traslado obligado al Ministerio Fiscal, y que en la calificación de la acusadora para nada se mencionaron anomalías visuales o cerebrales que afectasen a la lesionada, con lo que se reafirma la apreciación de impertinencia de la prueba pericial, realizada por el Tribunal, siquiera los fundamentos del auto de repulsa aparezcan con alguna confusión y aun cuando el Ministerio Fiscal no se opusiese a tales probanzas periciales de la acusadora, ya que en esta materia de admisión de pruebas son libres, ex officio, las facultades de los Tribunales sentenciadores. (Sentencia 13 marzo 1962.)

c') *Valor de las declaraciones testificales.*—Es doctrina reiterada de esta Sala que las declaraciones de testigos, cualquiera que sea el documento que las contenga, al ser expresiones de voluntad del que las emite han de ser apreciadas libremente y en conciencia por el Tribunal en unión de las demás pruebas practicadas, según previene el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin que sirvan, por tanto, como documentos auténticos a los efectos de la casación penal para demostrar el supuesto error de hecho. (Auto 26 enero 1962.)

d') *Interpretación de los documentos privados.*—Es doctrina de esta Sala que la interpretación de los documentos privados que contienen declaraciones de voluntad, son de la libre apreciación del Tribunal sentenciador, y no pueden esgrimirse como documentos auténticos, para demostrar el error de hecho de la sentencia. (Auto 4 enero 1962.)

C. ACTOS DE DESARROLLO ANORMAL: a) *Crisis objetiva: Conformidad del acusado.*—La conformidad del procesado y de su defensor con la petición fiscal al iniciarse el juicio oral, obliga a la Sala a dictar sentencia en los términos señalados en el artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre que aquella petición sea la correcta y al estimarla así el Tribunal *a quo* en su primer considerando y aceptar en el fallo que se trata de un delito de hurto cualificado por sus antecedentes sin la concurrencia de circunstancias modificativas de orden genérico, conforme al criterio del Ministerio Fiscal apoyado en los números 1.º del 514, 4.º del 515 y 3.º del 516 todos del Código penal, al no ajustarse luego al aludido criterio imponiendo una penalidad inferior a la señalada por la ley para el hurto que no exceda de 500 pesetas con antecedentes por hurto y con la concurrencia de agravante específica, al que corresponde la pena de presidio menor en toda su extensión, se ha incurrido claramente en la infracción de los indicados preceptos penales. (Sentencia 16 enero 1962.)

b) *Cuestión previa: Indulto.*—No infringe el artículo 112, número 4.º del Código Penal, ni el 1.º y 3.º del Decreto de 31 de octubre de 1958, ni la norma primera de la Orden de 17 de noviembre de 1958, como postula el único motivo del recurso, la sentencia que condena al proceado, que pretende utilizar un recurso de casación fuera de la vía establecida por la letra c) del artículo 4.º de la Orden que alega y que le concede, en todo caso, como procesado, hacer uso de la cuestión previa del número 4.º del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con lo efectos que marca el artículo 676 de la misma ley procesal, y, en consecuencia, al no haber seguido dicha tramitación, el presente recurso no puede ser acogido. (Sentencia 3 abril 1962.)

c) *Nulidad de actuaciones.*—Incorre en causa de inadmisión, motivo del recurso, alegando como infringido un supuesto principio general de derecho de que «las actuaciones judiciales han de ser a instancia de parte», pues la jurisdicción criminal no es rogada en determinadas fases procesales, y permite la actuación de oficio, no existe en la Ley precepto que se oponga a la declaración de nulidad de actuaciones, ni se cita la ley o doctrina legal que expresamente lo autorice. (Auto 23 febrero 1962.)

d) *Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral.*—Respecto al recurso interpuesto por la no comparecencia del testigo, don S. D. en el acto del juicio oral no imponía necesariamente la suspensión de dicho acto, pese a la importancia que a su declaración se atribuye por el recurrente, ya que constando en autos otras sumariales, su lectura o conocimiento pudo suplir la ausencia de oralidad, máxime habida cuenta la abundancia de diligencias de todo orden practicadas en el curso del proceso, suficientes para ilustrar en todos los aspectos la convicción de la Sala sentenciadora, tratándose además de figuras delictivas que como las falsarias y fraudadoras mas bien requieren estimativas documentales, periciales y jurídicas que las orales de testigo, de otra parte bien copiosas en autos y aun en el trámite de plenario, sin que la falta de una acredite indefensión de la parte interesada. (Sentencia 6 marzo 1962.)

— El único motivo del recurso de Emilio M. y el primero del de Vidal H., acogidos ambos al número 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuicia-

miento Criminal por la supuesta falta de no suspender el juicio oral. La facultad de suspender el juicio por la incomparecencia de los testigos de los que figuraban en las listas presentadas con los escritos de calificación provisional, es discrecional en el Tribunal con arreglo al artículo 746 de la citada Ley, que no puede ser revisada en casación; y aunque en algún caso haya sido examinada en beneficio del reo, para alejar toda sospecha de posible indefensión, en el que motiva estos recursos, consta que tales testigos ya habían declarado en el sumario, sin que las partes que los proponían indicasen los nuevos extremos sobre los que tenían que deponer, que el Tribunal hizo constar que se consideraba suficientemente instruido, y que no pudieron ser citados por ignorarse su paradero, siendo infructuosas las gestiones de la Policía para averiguarlo; con lo que la suspensión solicitada sobre ser infundada con arreglo a derecho hubiera sido inútil porque al no conocerse el paradero de los testigos no se podían utilizar los medios que la ley prevé para obligarles a comparecer. (Sentencia 24 abril 1962.)

— La manifestación de la Audiencia de considerarse suficientemente instruida con las pruebas sumariales y las practicadas en el acto del juicio oral justifica la denegación de suspensión de dicho acto que solicitó el recurrente por incomparecencia de un testigo y perito, ya que consta en la causa el parte médico suscrito por el incomparecido como funcionario de la Casa de Socorro relativo al examen del recurrente conducido hasta él por apreciar los agentes de la fuerza pública que presentaba síntomas de hallarse embriagado y además la declaración del citado facultativo que amplía los datos consignados en el parte de la Casa de Socorro y que pres-
tó con posterioridad en el sumario. (Sentencia 29 enero 1962.)

D. TERMINACIÓN DEL PROCESO: SENTENCIA: a) *Contenido*.—El motivo de casación interpuesto por quebrantamiento de forma al amparo del número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede ser acogido: a), porque la falta de procedibilidad se invocó en un otrosi del escrito de calificación provisional con súplica de que se declarase la nulidad de lo actuado, petición extraña a dicho escrito como no comprendida entre las cuestiones enumeradas en el artículo 650 de la citada Ley, según tiene declarado esta Sala; b), porque al elevar a definitivas en el acto del juicio oral las conclusiones provisionales, no se hizo mención de tal cuestión, quedando como petición hecha fuera de la calificación, sin plantear al Tribunal en el momento en que éste tenía que resolver; y c), porque aun admitiendo que la petición se hizo en forma, como la falta de procedibilidad implica imposibilidad legal de entrar a examinar el Tribunal el fondo del asunto, quedó implícitamente desestimada al dictarse sentencia condenatoria para el acusado, en cuanto ello equivale a declarar la legalidad y validez del procedimiento y así lo tiene también declarado esta Sala cuando el Tribunal de instancia ni hizo mención expresa sobre una competencia planteada; toda vez que es doctrina reiterada que las sentencias condenatorias o absolutorias resuelven por lo general todas las cuestiones planteadas; aunque la corrección procesal hubiera aconsejado resolver en su día la cuestión propuesta. (Sentencia 3 enero 1962.)

— Si se conjuga el número 1.º del artículo 851 de la LECr. con el ar-

tículo 142 del mismo texto legal, se deduce que lo que exigen ambos es una declaración clara y terminante de los hechos que se estimen probados, no la estampación de frases rituarías, ni habituales y aconsejables, pero no impositivas, por lo que el problema se desplaza no a enjuiciar el efecto procesal de haber omitido la frase «hechos probados», u otra análoga, sino a precisar si en la sentencia impugnada se hizo o no, declaración de tales hechos probados, y así, fundamentalmente enfocada la cuestión, es palmario que el primer resultado de aquella contiene esa declaración, sin lugar a duda, que de haberla se desvanecería con las alusiones que a ese primer resultando, como expresión de la convicción probatoria del Tribunal sentenciador, contienen los considerandos primero y segundo de la resolución recurrida, por lo que es vito no se incidió en el quebrantamiento de forma acusado. (Sentencia 15 febrero 1962.)

— En contra lo que se afirma por el recurrente, en las premisas de hecho, se hace por la Sala sentenciadora expresa y terminante relación de los hechos que se declaran probados, y si no se concreta cual fuera la causa o razón de que el procesado hiciera el rápido e improcedente viraje, ello es debido a que de las pruebas que se aportaron no pudo justificarse la razón o motivo de tan inexplicable maniobra, por lo que en el correspondiente considerando se hace constar que el accidente sobrevino como consecuencia del descuido e imprevisión del procesado conductor de vehículo. (Sentencia 23 enero 1962.)

— Aunque en las premisas de hecho no se empleen con riguroso tecnicismo bancario o mercantil las palabras extracciones y reintegros, lo indudable es que el saldo que ofrezca una cuenta bancaria en favor o en contra, en sus distintas modalidades de cuenta corriente, cuenta de crédito, o libreta de ahorro, necesariamente el resultado de las diversas operaciones realizadas por el titular, o a su nombre, por los ingresos o entregas de cantidades hechas al Banco para abonar en la respectiva cuenta, y de las que el propio titular, o persona autorizada para ello, haya retirado o extraído con cargo a la misma cuenta, y por tanto la diferencia entre los ingresos y las extracciones será el saldo que arroje en favor o en contra y si bien es verdad que en el Resultando de hechos probados por la forma de su redacción, parece que se emplean las palabras extracciones y reintegros como sinónimas, al referirse a las operaciones realizadas en la cuenta de crédito, con garantía de valores, que P. tenía abierta en el Banco X, Sucursal de la referida localidad a nombre de L., esta confusión o más bien falta de propiedad en la significación y alcance de los vocablos mencionados en una cuenta de crédito, que no tienen el mismo significado en otras operaciones mercantiles rerealizadas por los Bancos, puesto que si en una cuenta de crédito reintegro es la cantidad que el titular de la misma ingresa en el Banco para aminorar su deuda, por el contrario, en las libretas de ahorro se denominan reintegros las cantidades que retira el titular de la cartilla, lo que equivale en este supuesto a extracciones, y como lo que resulta de modo evidente, del total contenido de la relación circunstanciada de los hechos probados, es que como consecuencia de las operaciones de extracciones y reintegros llevadas a efecto en la cuenta de crédito de que se ha hecho mérito el saldo que a favor de la Hermandad existía en 24 de

febrero de 1953, presentaba una falta o déficit de 81.394,78 pesetas, y se agrega que no se ha podido acreditar que de tal cantidad haya hecho apropiación el procesado, ni que el mismo haya dado una aplicación distinta de la debida legalmente, es visto que en la redacción de la sentencia recurrida el Tribunal *a quo* ha cumplido con lo que ordena el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia 22 febrero 1962.)

b) *Publicación*.—Conforme a lo que autoriza el artículo 906 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procede excluir de la sentencia todo aquello que lleve la identificación de sujetos y lugares velando por el horror de los ofendidos y, a la vez, en resguardo de la pública honestidad, se acuerda la no publicación, en cuanto a los hechos probados, de aquello que sin ser absolutamente necesario a los fines penales repugna al decoro y decencia. (Sentencia 28 marzo 1962.)

E EFECTOS DEL PROCESO: ECONÓMICOS: BENEFICIO GRATUITO.—Si bien se puede reconocer la condición de documento auténtico en el oficio del Delegado Provincial de Trabajo en cuanto informa sobre el sueldo legal de un oficial chacinero, no se justifica con el mismo que ese salario sea el único medio de vida del recurrente, y no muestra el error de la Sala sentenciadora, al no apreciar su pobreza legal, y como ni los oficios de Alcalde de C., ni la certificación del secretario en cuanto a su contenido son de tal modo incontestables que no admiten duda ni contienda acerca de lo que en ellos se consigna, carece de base el primero de los motivos del recurso. (Sentencia 24 febrero 1962.)

6. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: RECURSO DE CASACIÓN. a) *Ambito: Resoluciones contra las que procede (art. 848)*.—El artículo 848 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dispone que «contra los autos definitivos, dictados por las Audiencias, sólo procede el recurso de casación, y únicamente por infracción de ley en los casos en que ésta lo autorice de modo expreso», y como el auto pronunciado por la Sección 4.^a de la Audiencia de Madrid contra el que se recurre, confirmatorio del que dictó el Juez de instrucción número 18 de los de esta capital, por el que declaró no haber lugar a la admisión de la querrela formulada por el Procurador recurrente en nombre de P., no está expresamente comprendido en la Ley entre los que son susceptibles del recurso de casación, es visto que se ha incurrido en la causa de inadmisión 2.^a del artículo 884 del citado ordenamiento procesal, que preceptúa que el recurso será inadmitido, entre otros casos, «cuando se interponga contra resoluciones distintas de las comprendidas en los artículos 847 y 848». (Auto 17 enero 1962.)

-- Interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra un auto dictado en actuaciones sobre ejecución de sentencia, al ser requisitos indispensables para ello, según el artículo 848 del Ordenamiento procesal criminal, que el auto sea definitivo y que contra él se halle especialmente establecido el recurso de casación, la ausencia de esta condición y la falta de la mención de los fundamentos doctrinales y legales en que el recurso se apoya, consecuencia de la inexistencia de aquella condición, elemento exigido por el número 1.^o del artículo 874 de la repetida Ley, puesto que

esa omisión y por lo ya dicho, es incompleta, procede la inadmisión del recurso según el número 4.º del artículo 884 de la aludida ley adjetiva. (Auto 15 marzo 1962.)

— Contra la no admisión de la prueba documental no cabía, según el artículo 659 de dicha Ley, otro recurso que el de casación, en su día, por ello y conforme al 237 del Código procesal no se daba el de súplica, pero ejercitado y tramitado éste, que es incompatible con el de casación, según la doctrina de esta Sala, ha quedado cegada la vía de ingreso a éste que ahora se examina. (Sentencia 28 marzo 1962.)

b) *Casación por infracción de ley.* a) *Art. 849, núm. 1.º*—El delito continuado no está amparado por precepto sustantivo en la legislación vigente, y por su difícil encaje en el recurso de casación sólo es admisible cuando sean de toda evidencia las infracciones doctrinales que se denuncian. lo que no sucede en este caso pues lo único donde existe verdadera unidad es en el sujeto activo, en el pasivo, son tantos como delitos que si siempre es de robo, además de ser en distintos locales, unas veces es con escalamiento, otras con fractura, en distintas fechas desde el 14 de diciembre al 11 de enero, lo que no permite considerarlo como delito continuado, y obliga a desestimar el recurso. (Sentencia 4 abril 1962.)

— Los preceptos el Código de la Circulación no son normas penales de carácter sustantivo que puedan dar contenido a un recurso de casación por infracción de Ley del número 1.º del artículo 849 de la Ordenanza procesal penal, ya que por sí mismos no modelan ningún delito y su aplicación es función propia de autoridades de otro orden, sin perjuicio que en determinadas circunstancias unidas a otras del Código penal tipifiquen una figura delictiva. (Autos 2 y 31 enero 1962.)

— El recurso de casación por infracción de ley, fundado en el número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, excluye toda referencia a actuaciones del sumario, por lo que debe inadmitirse parcialmente en dicha referencia, conforme al número 4.º del artículo 884 en relación con el párrafo 2.º del artículo 855, vista la impugnación del Ministerio público. (Auto 9 enero 1962.)

— No puede prosperar el primero de los motivos del recurso por infracción de ley, amparado en el número 1.º del artículo 849 de lo procesal penal, porque cita el recurrente como precepto infringido el artículo 110 de la misma ley, y el mencionado artículo 849 sólo autoriza el recurso de casación por infracción de las leyes penales sustantivas y no de las de naturaleza procesal, como la invocada, habiéndose incurrido en la causa de inadmisión del número 1.º del artículo 884. (Auto 23 febrero 1962.)

b) *Trt. 849, núm. 2: Error de hecho.*—Frente a la afirmación que se hace en la declaración de hechos probados de que el procesado fingiendo que iba a realizar operaciones muy remuneradoras de importación, exportación y desguace de un buque, consiguió que doña M. se interesase por las mismas, se demuestra con los documentos auténticos que se invocan por el recurrente —contrato otorgado por el procesado y el Cónsul General de Francia en Barcelona en representación del Gobierno francés, para el desguace del buque de esta nacionalidad F., hundido cerca del Cabo de Creus; y permiso del Ministerio de Comercio para la importa-

ción de los restos del buque número B 69.798 y sus prórrogas—; que en la fecha en que pactó con referida señora existía realmente en manos del procesado un negocio de desguace de un buque y una autorización legal para la importación de los productos del mismo; y al no reconocerlo así la sentencia, incurrió en error de hecho en la apreciación de las pruebas, toda vez que frente a lo que aparece de tales documentos no hay en los autos prueba alguna que los contradiga, ya que la aportada se reduce a las manifestaciones de las partes y a correspondencia habida con posterioridad a ese negocio de desguace de barcos; procediendo, en su virtud, dar nueva redacción a la relación circunstanciada, recogiendo la prueba documental que no tuvo en cuenta la sentencia que se impugna. (Sentencia 21 abril 1962.)

— Aun cuando se razona en cuanto a la existencia del error de hecho con base en el dato de sobresalir la carga de la caja del camión y carecer aquella de la señal indicadora del peligro, estos extremos no influyeron en el resultado dañoso, ya que no consta si el encontronazo del motociclista lo fue contra el camión o la carga, puesto que la falta de la aludida señal de peligro o su existencia teniendo en cuenta la forma como ha ocurrido el encuentro de vehículos, en nada afecta a la resultancia de hechos en razón a que la omisión en la sentencia del detalle de señales, no implica error de apreciación de prueba, sino el dejar de consignar un dato irrelevante ante el caso, por todo lo que no puede afirmarse haya habido error por parte de la Sala sentenciadora al volver las pruebas, ni siguiera por falta de cesión de paso, cuando esta obligación se presenta en este caso cuando el camión entraba ya en el cruce de carreteras, anticipadamente a la motocicleta y maniobra para impedir la colisión lo que hace improperable este recurso. (Sentencia 25 enero 1962.)

— No es asimilable al error de hecho, la simple omisión de un dato como el que se aduce de presunta preferencia de mano. (Sentencia 16 febrero 1962.)

c) *Documento auténtico.* a") *Tienen tal carácter.*—Una sentencia de la Magistratura de Trabajo o de un Juzgado Municipal son documentos auténticos (Sentencia 25 enero 1962.)

— La diligencia de inspección ocular o de reconstitución del hecho, sólo tiene la condición de documento auténtico a efectos de casación, en cuanto se refieren a las afirmaciones de hecho derivadas de las observaciones personales apreciadas por el Juez de Instrucción que las practica, pero en modo alguno puede extenderse a las declaraciones que en ese acto presen-
ten los procesados, perjudicados o testigos, ni siquiera a las manifestaciones e informes que emitan los peritos, cualquiera que sea la especialidad sobre que versen, porque tales testimonios o dictámenes no son más que otros tantos medios de prueba que el Tribunal, en unión de los demás que se le ofrezcan, puede apreciar libremente para formar su estado de conciencia que refleja en el fallo, y como la diligencia del folio 90 del sumario, único documento que se cita para intentar fundar en él, el error de hecho que atribuye al Juzgador de instancia, se limita a consignar las manifestaciones que en el lugar del suceso hicieron el procesado recurrente y varios testigos respecto a la forma en que ocurrió el accidente y el Inge-

niero Inspector de la Circulación que también concurrió al acto, prestó informe por separado exponiendo su personal opinión, deducida del resultado que a su juicio ofreció la diligencia de reconstitución a que había asistido, informe que por cierto no contradice en ninguno de sus extremos los hechos que se declaran probados, antes al contrario afirma que el «chofer del autobus al divisar a la anciana que cruzaba la calzada debió reducir su velocidad para adelantarla con precaución y poder parar si precisaba, antes de atropellarla», es visto, por todo lo expuesto que la sentencia recurrida no ha incurrido en error en la apreciación de la prueba. (Sentencia 15 enero 1962.)

— La diligencia de reconocimiento judicial es realmente documento auténtico y según su contenido objetivo, recogido de la realidad por el Instructor, se deduce, y ello debería condicionar el hecho probado, si otras circunstancias no lo hiciesen inútil. (Sentencia 3 abril 1962.)

— Un oficio del Delegado Provincial de Trabajo es documento auténtico en cuanto informa sobre el sueldo legal de un oficial chacinero. (Sentencia 24 febrero 1962.)

— Si en efecto, las certificaciones del Registro Central de Penados y Rebeldes son documentos auténticos, a los fines de la casación penal, para que puedan mostrar un evidente error del juzgador, es preciso que el documento auténtico no aparezca desvirtuado por otras pruebas y en este caso complementariamente se tuvo a la vista una certificación de la Alcaldía, en cuyos registros obraba como antecedente la condena recogida en la relación fáctica, tan cierta, y esto no lo puede soslayar esta Sala, que el recurrente en sus alegaciones estima como veraz que en 28 de agosto de 1951 recayó esa sentencia en contra suya, por delito de desacato y pena de dos meses y un día de arresto mayor y es visto que ni se incidió en error de hecho, ni en infracción de ley que de él se derivase, por la estimación de la agravante, con lo cual es suficiente para la desestimación del motivo, ya que también y desde origen, en las alegaciones, lo que se acusa más que un error, es una insuficiencia en la relación fáctica al no recoger datos de una sobrevenida cancelación, pero esta impugnación, en una sentencia nodenatoria, lleva directamente a una cuestión de fondo. (Sentencia 20 febrero 1962.)

— Si bien es cierto que un acta notarial es documento fehaciente en cuanto a lo que el Notario hace constar por propio conocimiento, la intervención de tal funcionario que se limita a recoger las manifestaciones de unos testigos, no les concede autenticidad para que su solo dicho muestre la equivocación evidente del juzgador en la apreciación de las pruebas. (Auto 22 enero 1962.)

— Las declaraciones hechas en el juicio oral solamente reúnen la condición de autenticidad en cuanto a la certeza de que se hicieron las manifestaciones que en él constan, pero no en cuanto a su veracidad. (Auto 5 enero 1962.)

— Las diligencias de inspección ocular sólo dan a conocer la situación y condiciones de la carretera, pero no la de los vehículos en el momento del encuentro. (Sentencia 31 enero 1962.)

b) *No tienen carácter auténtico.*—La certificación de un médico de la Casa de Socorro no tiene más valor, a efectos de la casación, que un informe pericial. (Auto 15 enero 1962.)

— Un dictamen pericial de titulares mercantiles no tiene fuerza de documento auténtico. (Sentencia 18 enero 1962.)

— Las declaraciones de testigos, aunque tengan la calidad de agentes de la autoridad, no pueden merecer el carácter de documentos auténticos. (Auto 25 enero 1962.)

— Ese complejo de varias actuaciones procesales y probatorias que integran el acto del juicio oral, no permiten que ésta pueda gozar de la condición de documento auténtico, a los fines de la casación penal, ni en todo, y menos aun en la parte en que es trasunto de una prueba pericial. (Auto 17 febrero 1962.)

— Los autos de sobreseimiento de otros sumarios carecen de autenticidad, porque no se dice que sean libres o definitivos y en nada puede afectar lo que se resuelva en un proceso a los hechos que se persiguen en otro. (Auto 23 marzo 1962.)

— La certificación librada por los apoderados de un Banco no es documento auténtico por su procedencia. (Sentencia 6 abril 1962.)

— La letra de cambio por ser documento privado no tiene signo alguno de autenticidad. (Auto 23 marzo 1962.)

— Debe inadmitirse el motivo porque es contradicción en términos aducir como auténtico un documento declarado falso en la sentencia que se impugna. (Auto 11 enero 1962.)

— Ni los análisis de laboratorio, ni el oficio aclaratorio de la Escuela Nacional de Sanidad de Madrid son documentos auténticos. (Auto 8 enero 1962.)

— Unos informes de la Guardia civil, del Cura párroco y del médico forense no son documentos auténticos. (Auto 9 enero 1962.)

— Las declaraciones prestadas en la Comisaria de Policía no reúnen la condición de autenticidad. (Auto 5 enero 1962.)

— Las cartas privadas, máxime las redactadas por el propio procesado, carecen de la mínima cualidad de autenticidad a efectos de casación, no tanto por su privatismo como por no ostentar la fehaciencia, que es lo que otorga el privilegiado rango de auténticos a los documentos susceptibles de cambiar el tenor de los hechos probados en las sentencias, y si bien pudieran alegar tal condición las certificaciones de nacimiento, tampoco las tienen en el presente caso, dado que la que se aduce, lejos de demostrar error, evidencia la exactitud de la fecha que se consigna en la sentencia respecto a la edad y nacimiento de la perjudicada, único extremo a que alcanza la fe registral. (Auto 11 abril 1962.)

— Carece de autenticidad un oficio de la Delegación de Industria de la provincia, que no reviste carácter de certificación o testimonio y, por su contenido de informe al Juzgado instructor, constituye elemento de prueba referido al enjuiciamiento y soberanía del Tribunal provincial. (Auto 10 enero 1962.)

— Los documentos que el recurrente señala para intentar probar con ellos el error de hecho que atribuye al Juzgador de instancia son unas

facturas comerciales, cartas privadas, dos letras de cambio protestadas, escrito de querrela, declaración de un testigo prestada en el sumario, autos de procesamiento y denegatorio de la reforma del mismo, escritos de calificación, conclusiones definitivas y el acta del juicio oral, pero ninguno de dichos documentos tiene la condición de auténtico a efectos de casación, y además, no se designaron en el momento oportuno los particulares de los mismos que estuvieran en oposición con los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida. (Auto 6 febrero 1962.)

— Reiteradamente ha sostenido esta Sala, que no puede reputarse auténtico como documento a los fines del recurso de casación lo que constituye el cuerpo del delito y por igual razón no puede serlo el documento empleado como instrumento para la realización de la actuación criminosa, porque en él no se consignan principios incontrovertibles de verdad que deban ser aceptados sin distinciones sino simples manifestaciones de la voluntad, que desvirtuadas por otras pruebas, carecen de las condiciones de autenticidad intrínseca, y como por otra parte la designación de «todo» el contenido del documento señalado como auténtico se opone abiertamente a lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 855 de la citada Ley que exige el señalamiento de particulares que muestren el error y esto no se ha hecho, evidentemente en armonía a lo ordenado en los números 4.º y 6.º del artículo 884 de la repetida Ley procede la inadmisión del indicado motivo. (Auto 8 febrero 1962.)

— Las resoluciones judiciales pronunciadas durante el proceso, no pueden esgrimirse como documentos auténticos para mostrar el error de hecho de la sentencia en la apreciación de las pruebas, no sólo por su carácter interlocutorio, sino porque son meras expresiones de opinión del Instructor en aquel momento, opinión que no puede prevalecer sobre la que forme el Tribunal del examen conjunto de las pruebas en el juicio oral. (Auto 29 enero 1962.)

— Reiteradamente tiene declarado esta Sala, que los informes periciales, cualquiera que sea la especialidad sobre que versen, no tiene la condición de documentos auténticos a efectos de casación, puesto que son solamente medios de prueba, que puede apreciar libremente el Tribunal sentenciador, para, en unión de las demás que se le ofrezcan, forme su estado de conciencia que ha de reflejarse en el fallo, y como el documento que obra al folio 111 del sumario, en el que intenta fundar el recurrente el error de hecho que atribuye al Juzgador de instancia, es un dictamen prestado por el Médico Forense, procede desestimar el recurso. (Auto 15 enero 1962.)

— La escritura pública, único documento admitido como auténtico de los varios invocados, aunque contradiga el hecho probado, carece de eficacia en cuanto no consigna manifestación u observación personal del fedatario sino palabras y conceptos expresados por las partes, que, en tal respecto, adquieren carácter de declaración ante funcionario investido de fe pública, pero no vinculan al tribunal, que, obligado por el principio de la verdad material o histórica que inspira el proceso penal, puede declarar, en uso de su soberanía, ser distinto del que consta en un documento pú-

blico el concepto, título o denominación que las partes atribuyan a sus relaciones jurídicas. (Sentencia 29 enero 1962.)

— Designa el recurrente como documento auténtico para mostrar la equivocación evidente del juzgador en la apreciación de la prueba una certificación del «The Seamen's Bank of Savings», de New York, que si es auténtico en su aspecto formal, no lo es en cuanto a su contenido a efectos de casación. (Auto 9 febrero 1962.)

— El acta de comparecencia de denuncia carece de autenticidad a efectos de casación por referirse a manifestaciones de partes en el proceso que en sí no tienen otro valor que el de las demás pruebas, sin privilegio alguno de fehcencia. (Auto 13 enero 1962.)

— Una póliza de seguros carece de toda garantía de autenticidad oficial, no obstante la certificación del secretariado de la entidad, sin valor positivo a efectos de su calificación como documento inatacable e incontrovertible, lo mismo que los recibos. (Auto 23 febrero 1962.)

— La omisión de la referencia a visibilidad que consta en la diligencia de inspección ocular y croquis, adjunto, no puede tener la eficacia procesal que se pretende, puesto que su adición a los hechos descritos en el resultado impugnado no acreditaría error alguno ni influiría para nada en la calificación jurídica de los mismos, antes bien, agravaría la culpa del procesado al poner de manifiesto que la específica peligrosidad del lugar en que realizó la imprudente maniobra de cambio de mano, lo que le obligaba a extremar las medidas precautorias, no así al conductor del turismo cuyo pretendido exceso de velocidad es pura hipótesis del recurrente, de la que el documento auténtico de inspección no puede dar fe al referirse a un extremo pretérito no presenciado por el Juez. (Sentencia 20 febrero 1962.)

— El único documento que el recurrente invoca para intentar probar el error de hecho que atribuye al Juzgador de instancia, no tiene la condición de auténtico a efectos de casación, por tratarse de un simple oficio o comunicación que no viene en forma de certificación firmado ilegiblemente con la antefirma, por poder, y que dice es contestación a un oficio del Juez de Instrucción número 5 de los de V., por lo que ha incurrido dicho motivo segundo en la causa de inadmisión 6.ª del artículo 884. (Auto 14 abril 1962.)

c) *Casación por quebrantamiento de forma.* a) *Denegación de diligencias probatorias* (art. 850, 1.º).—Pedida por el procesado, en tiempo y forma oportunos, la prueba de reconstitución de los hechos en el lugar de ocurrencia, con tiempo para una realización anticipada al acto mismo del juicio, por el Tribunal, en auto de 10 de julio de 1959, se admitió como pertinente y no obstante ello, sin otra justificación que la negativa, se dejó de realizar, haciéndose constar en el acta del juicio oral, que fue donde el acuerdo de no practicar se adoptó, la protesta, y en estas condiciones procesales, si la pertinencia ya no puede ser debatida, pues la aceptó el Tribunal, la decisión de no verificar la prueba adecuada y procedente, encaja, incluso con más potencia anulatoria que la hipótesis normal que prevé, el párrafo 1.º invocado del artículo 850, por lo que es procedente dar paso al recurso, casando y anulando la sentencia recurrida con sus naturales con-

secuencias y sin que sea preciso ocuparse de los restantes motivos de recurrir. (Sentencia 3 abril 1962.)

-- El motivo del recurso apoyado en el número 1.º del artículo 850 de la ley de Enjuiciamiento Criminal debe prosperar, pues trata de justificar, entre otros extremos, si entre el denunciante, Sr. G., y el recurrente había sociedad para el negocio de compra-venta de automóviles, cuestión de verdadera importancia para acreditar la existencia del delito de apropiación indebida o una relación civil, por lo que es procedente el casar la sentencia, reponer la causa al estado que tenía cuando por auto de 10 de junio se inadmitió la prueba documental propuesta por la representación del procesado, la cual, como anteriormente se dice, resulta necesaria para justificar o no la existencia del delito. (Sentencia 11 enero 1962.)

— El único motivo amparado en el número 1.º del artículo 850 debe prosperar, pues la prueba pericial fue propuesta en tiempo y forma, y en aquel momento no puede juzgarse ni dubitativamente su trascendencia, pues sabido es que en procedimiento criminal, la prueba es la del juicio oral, y con anterioridad a él no es posible hacer afirmaciones ni siquiera presunciones, en cuanto a los efectos de la prueba propuesta, de cómo ocurrieron los hechos. (Sentencia 31 enero 1962.)

— El haber denegado la Sala la diligencia solicitada por la representación del procesado de oír al Padre D., residente en Aguadulce (Panamá), no constituyó un supuesto de indefensión, como en el primer motivo del recurso por quebrantamiento de forma se alega, ni por ende, vulneración del párrafo 1.º, artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues dada la riqueza de diligencias practicadas, incluso en el orden testifical, la declaración de dicho testigo no es de suponer fuere decisivo para modificar sustancialmente el estado de conciencia creado en el Tribunal por el conjunto del resto de la prueba, porque aun en el supuesto de que tal testigo afirmase la realidad del ofrecimiento de importaciones y de que el beneficio económico obtenido se prometiese por el procesado a la fundación benéfica proyectada, no demuestra en modo alguno que estos propósitos de la promesa hubieran de realizarse y no corriesen el mismo destino realmente deparado por el reo a la suma obtenida con el préstamo que le hizo el señor R. S., que es el que de modo concreto se enjuicia en este proceso. (Sentencia 20 enero 1962.)

— Según ha declarado esta Sala en anteriores resoluciones, con presentación de casos perfectamente análogos al actuar, es desestimable el recurso de casación por quebrantamiento de forma, pues el que recurre no formuló la oportuna protesta a que se contrae lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 659 y hace referencia al número 3.º del artículo 874, ambos de la Ley procesal, pues no pueden estimarse como oportuna la que se hizo doce días después de tener conocimiento el recurrente de la denegación de la prueba documental y pericial, ya que como la doctrina jurisprudencial viene sosteniendo en los casos a que hace referencia el artículo 850 de la Ley ritualaria la citada protesta debe ser formulada en el momento en que la parte tiene conocimiento de la denegación de prueba y si esto puede valorarse a efectos generales, en el caso de autos, en que la aludida denegación se realizó por auto de 22 de mayo de 1959, la falta de oportunidad de

la propuesta se acusa con sólo precisar que se formuló en 4 de febrero de 1960, extemporaneidad bien patente si, por analogía se tienen en cuenta las prevenciones de los artículos 709 y 721 de la Ley mencionada y el carácter perentorio que para toda diligencia judicial impone el artículo 189 de la misma. (Sentencia 10 abril 1962.)

— La incomparecencia de un solo testigo en el atco del juicio oral, sobre todo constando en autos sus precedentes manifestaciones, y habiéndose practicado en el sumario y plenario tal cúmulo de pruebas que parecieron suficientes a la Sala para forjar su convencimiento, no es causa bastante que justifique el quebrantamiento de forma, como en el único motivo del recurso de esta clase de postula, alegándose una indefensión de su parte que está lejos de estar acreditada, sobre todo habida cuenta que la declaración del testigo había de versar sobre actos posteriores del reo, no a la conducta delictiva integrante de la estafa y falsedades, eso sin contar con que en infracciones como las enjuiciadas, los elementos de prueba más decisivos suelen ser los contenidos en documentos y diligencias periciales, y no los testificales, sobre los que, de otra parte, quede suficiente constancia en lo actuado. (Sentencia 11 abril 1962.)

-- El acusado, señor V., amenazado con su hija por el procesado, por motivos relacionados con su cargo en el Matadero Municipal, pretendió cobrar unos arbitrios a un industrial y como hubiese disconformidad, al discutirse la cuestión en el Ayuntamiento como V insultase a sus componentes, se dio cuenta al Gobernador Civil que impuso una sanción de doscientas cincuenta pesetas, de la que en 19 de julio de 1959 recurrió en alzada, habiéndose abierto el sumario por amenazas el 27 de junio anterior, entendiéndose el procesado que V. ejerció la acción penal no por temor al mal anunciado, sino por venganza hacia el procesado que era el Alcalde; sin más especificación que el nombre de los testigos se admitió la prueba testifical propuesta por el procesado, y cuando en el juicio, comparecidos los testigos, se comenzó a la realización y se quiso inquirir sobre lo antes expuesto, se declararon impertinentes las pruebas, con esto: a) No se quebrantó lo que es contenido del párrafo 1.º del artículo 850 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que no hubo denegación de prueba, sino que admitida genéricamente la testifical e iniciada su práctica, lo que se hizo fue un pronunciamiento sobre pertinencias de preguntas, éstas todavía no admitidas y sujetas, en cuanto a tal pertinencia, al juicio del Tribunal: b) No se infringió ni el párrafo 3.º ni el 4.º del mismo artículo 850, ya referidos a las preguntas mismas, pues las rechazadas ni eran pertinentes ni de manifiesta influencia en la causa, por cuanto con el recurso de alzada, o sin él, con intervención del Alcalde en la imposición de la sanción gubernativa, o ausente ella, las amenazas denunciadas se escribieron y estaban patentes, sin que el haber iniciado el Alcalde una represión gubernativa pudiera llevar al ánimo del acusador una nota de tranquilidad, de presunta inocuidad en las intenciones del hoy procesado, que aun en el caso de verse denunciado por influjo de una venganza, esto a lo más que hubiera dado lugar,

sería a una circunstancia accidental en el delito, a la que no se aludió en conclusiones. (Sentencia 28 marzo 1962.)

b) *Falta de citación de la parte acusadora.*— Si se hubiera omitido, como se alega, la citación para el juicio de la acusadora, sería a ella a quien incumbiese la defensa de su derecho y no al procesado, ya que el recurso de casación, entre particulares, sólo se da para la defensa del propio derecho e interés, pero aun obviado lo que procede, conviene recordar que F. V. no fue parte acusadora, sólo su padre y a éste si se le citó, ella no actuó expresa y formalmente conforme a los artículos 101 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, fue tan sólo perjudicada, y a éstos no les amparan prescripciones del precepto invocado para recurrir. (Sentencia 28 marzo 1962.)

c) *Falta de claridad de los hechos probados.*— Si bien no se consigna la distancia a que apareció el vehículo siniestrado por la calle y mano que le correspondían, es de toda evidencia que debió sobrevenir en el momento del acceso al cruce, ya que de otro modo no hubiese sobrevenido la colisión. (Sentencia 30 enero 1962.)

Es suficiente la claridad de los hechos descritos y declarados probados, que contienen afirmaciones tan inequívocas como la de que el procesado conductor del autobús «lo verificaba por el lado izquierdo de la calzada, no obstante tener expedito el lado derecho en el sentido de su marcha», factor de indubitada infracción reglamentaria y al mismo tiempo la causa eficiente de la colisión, puesto que de ello derivó el forzado cambio de mano del motorista coincidiendo con la tardía e inexperta maniobra del procesado para recobrar su derecha, proceso causal perfectamente expresado en el resultado de hechos probados. (Sentencia 5 marzo 1962.)

— Se dice paladinamente que el procesado A que obtuvo la totalidad de las subvenciones concedidas a tres Ayuntamientos para determinadas obras, comenzó en los tres municipios la ejecución de las mismas, que no llevó a cabo en su totalidad aunque sí parcialmente; relato que expresa con toda claridad el hecho a que se refiere, la percepción total del importe y la ejecución parcial de lo convenido, aunque en él no se consignen los datos que el Abogado del Estado estima precisos para sostener su tesis acusatoria, la cuantía o importe de las obras efectuadas, porque esa omisión, que acaso podría ser materia de otro motivo de casación, no afecta la claridad del relato, que el Tribunal formula sin tener que someterse en su redacción a la forma que interese a las partes, ni recoger todos los hechos que aquéllas hayan invocado, sino los que se estimen probados y sean antecedentes necesarios del fallo; por lo que, en el caso que motiva el recurso, el Tribunal pudo omitir tal declaración, bien por no estimar probado el importe de las obras efectuadas, bien por considerarlo intrascendente al no estimar delictivo el incumplimiento parcial del convenio. (Sentencia 12 febrero 1962.)

— No hay falta de claridad en la sentencia recurrida, como tampoco contradicción entre sus hechos probados, según postula el recurso fundado en el número 1.º del artículo 851 de la Ley Procesal, porque, a los fines de la represión, es suficiente que la Audiencia afirme como hecho probado que los reos se aprovecharon de las ropas y efectos sustraídos, ya

que ello basta para declararles incurso en la responsabilidad del artículo 546 bis, a), del Código Penal, porque, no obstante la incorrección procesal de emplear la misma palabra que utiliza la Ley, se añade que el aprovechamiento tuvo lugar con propósito de beneficiarse los recurrentes, lo que expresa de modo completo la acción punible. (Sentencia 15 marzo 1962.)

— Partiendo del contexto, ahora intangible, de relación fáctica, no existe falta de claridad en decirse que los procesados volvieron a ocupar parte del establecimiento comercial de que habían sido lanzados» pues la precisión es perfectamente comprensible, salvo que como hace la recurrente, se la afecte con acarreos de prueba, totalmente excluidos de eficacia, en este recurso. (Sentencia 30 marzo 1962.)

— La narración de hechos probados de la sentencia impugnada ofrece toda la deseable claridad a los efectos de su calificación jurídica ulterior, pues la tipología del artículo 364 del Código Penal no reposa básicamente en consideraciones cuantitativas, al modo que sucede en la mayoría de las de contra la propiedad, exigentes de mayor precisión, bastando con que consigne la existencia de cartas retenidas y destruidas, sin especificar su número ni las características a que en el primer motivo del recurso por quebrantamiento de forma se demandan (Sentencia 12 febrero 1962.)

— Es clara la redacción de la sentencia, porque expresa tiempo y lugar del delito, acción imputada y resultado de dicha acción, sin necesidad de detallar en delitos de la clase del perseguido los diferentes momentos en que se utiliza como propio un nombre y apellidos que no pertenecen al culpable. (Sentencia 27 enero 1962.)

— Si bien es cierto que en el primer Resultando se consigna «que no consta la causa o razón de ser de tan rápida maniobra» a consecuencia de la cual atropelló y causó lesiones al viandante que caminaba por el paseo de la carretera, esta imprecisión en el particular apuntado, no resta claridad a los hechos que declaran probados, en los que se contienen los datos y circunstancias que son preciso para llegar al conocimiento de cómo ocurrió el accidente y en su consecuencia determinar la responsabilidad del procesado. (Sentencia 23 enero 1962.)

— No hay en la narración de hechos probados la falta de claridad y confusio nismo que en el recurso se denuncia, puesto que la no designación concreta del documento en que se consignó el préstamo no interesa decisivamente a la calificación de un delito de estafa, como interesaría de tratarse de uno de falsedad, ya que lo que aquél importa no estriba en una determinada mutación de verdad formal, sino en una conducta de conjunto suficientemente patentizada en el resultando de hechos de la sentencia impugnada. (Sentencia 20 enero 1962.)

d) *Contradicción entre los hechos probados (art. 851, 1.º).*—El precepto del número 1.º del artículo 851 lo que valore como determinante de grave vicio formal, es refiriéndose a los hechos, el que «resulte manifiesta contradicción entre ellos», o sea la interna, que afecte a hechos dados, no la que el recurrente alega, que es la externa, de hecho a fallo o sus fundamentaciones, que de dar lugar a algún recurso, sería a uno de fondo. (Sentencia 6 marzo 1962.)

— No hay contradicción ni ilogismo alguno en la narración de hechos

probados de la sentencia, puesto que si el motorista que iba por su derecha vio interceptada su mano por la presencia del autobús en la indebida, al desviarse a su vez a la izquierda propia no empeoraba teóricamente su situación, como en el primer motivo se dice, sino que trataba de evitar una colisión frontal que sería forzosa de persistir cada cual en la situación originaria, esto es, el autobús en su mano izquierda y la motocicleta en su derecha, razones topográficas por las cuales no ha lugar a aceptar el quebrantamiento de forma denunciado en dicho motivo, en el que se discuten asimismo otras materias de sintaxis que en nada afectan a la lógica narrativa del hecho. (Sentencia 5 marzo 1962.)

— Se articula la supuesta contradicción entre los hechos probados, por decirse primero que la grifa la habían adquirido para su consumo y después para elaborar cigarrillos y venderlos, porque nada se opone a que una sustancia sea consumida en parte por el que trafica con ella, como ocurre con la generalidad de los productos de comercio; aparte de que en la relación de facto no se dice que fuera para el consumo propio, sino simplemente para su consumo, dentro de cuya amplitud de concepto caben todos los que se hagan con una mercancía. (Sentencia 3 marzo 1962.)

— En la relación de hechos que declara probados la sentencia de instancia existe evidentemente la contradicción que denuncia el recurrente en el único motivo que ha formalizado de su recurso por quebrantamiento de forma, el que por consiguiente tiene que ser acogido, porque ni en el camión que conducía el procesado por la carretera de Madrid a Barcelona, circulaba «ocupando ligeramente desviado a mano contraria el centro izquierdo de la misma» y agrega después que el automóvil turismo conducido por don José V., que resultó víctima del accidente, circulaba en dirección opuesta por su mano, no se comprende cómo pudo colisionar la «parte delantera derecha del turismo contra la también delantera del mismo lado del camión», porque si efectivamente el choque de ambos vehículos se produjo en sus respectivas partes delanteras, o el turismo abandonó su mano para tratar de cruzarse por la izquierda con el camión o este invadió completamente la zona izquierda de la carretera, en el sentido de su marcha, cerrando el paso al automóvil que caminaba por su mano en dirección opuesta, y como con la contradicción apuntada no hay posibilidad de llegar a conocer con la debida precisión la forma en que ocurrió el accidente, es visto que la sentencia de instancia ha incurrido en el defecto procesal alegado en este recurso de forma firme y por consiguiente procede casar y anular dicha resolución, devolviendo las actuaciones a la Audiencia para que reponiéndolas al estado de sentencia pronuncie la que corresponda, subsanando los defectos apuntados. (Sentencia 2 marzo 1962.)

— En la relación de hechos probados de la sentencia no se acredita la contradicción ni la obscuridad que en el motivo del recurso se delatan, porque el decir que en el año 1952 no se pudieron precisar las fechas de las proposiciones hechas por el procesado, el señor O., no contradice el que luego se concreten las catorce operaciones acreditativas en las respectivas letras, dado que es posible y aún probable que mediaren otras operaciones no precisadas y, además, las categóricamente manifestadas a través de los documentos cambiales que, de otra parte, pudieron muy bien responder

a un número mayor e indeterminado de negocios, cuyo desenlace civil y económico tampoco interesaba sustancialmente a la incriminación de los concretos hechos contemplados en la sentencia, tan extraños a la calificación jurídica de los mismos como la indeterminación de las episódicamente consideradas «pinües ganancias» y a la naturaleza usuraria o no de los sedicentes préstamos, que no justificarían la efectividad de los delitos de falsificación y estafa, susceptibles de perpetrarse contra usureros, al igual que contra prestamistas ilegítimos, por no ser la causa torpe bastante en sí misma para en todo caso justificar la perpetración de delitos como si de negocios jurídicos privados se tratara. (Sentencia 6 marzo 1962.)

— No hay contradicción entre los propios hechos —que es la única admisible según el invocado párrafo 1.º del artículo 851— en decirse que se atacó el dominio que se había otorgado al denunciante, por efecto del fallo del desahucio, fundándose, los procesados, en que este juicio sumario sólo confiere posesión, pues lo que la parte plantea no es una contradicción interna entre hecho y hecho sino un problema jurídico, e incluso no penal. (Sentencia 30 marzo 1962.)

— Es de desechar el motivo, que alega contradicción entre las afirmaciones de que el procesado utilizaba los sellos de unas cartas en otras y que las quemaba, tanto por no ser incompatible estos actos contemplados en la perspectiva que queda dicha, y que es la que en el Resultando se hace, como por ser de toda evidencia, que unas cartas se cursaron y otras se destruyeron, nueva compatibilidad que deja sin efecto la tacha de contradicción denunciada. (Sentencia 12 febrero 1962.)

— Consigna el recurrente cómo es incompatible la estimación fáctica de que el procesado L., usando un talonario clandestinamente adquirido, cobraba cantidades y no las ingresaba en Caja, y que esto no lo hubiera podido hacer sin la cooperación del procesado M. E. que cuando ponía el «vise» o «visado» era ya en liquidaciones trimestrales realizadas cuando ya L. había consumado el apoderamiento y a esas objeciones —más al concepto de autoría que al relato de hechos— hay que oponer la existencia de elementos reales y lógicos contradictorios, si se las desaisla se las integra, en cuanto a hechos afectan, encuadrándolas en el relato total, y no fraccionado, de los hechos y entonces se tendrá que lo aparentemente en pugna con el concepto de sucesión en el tiempo viene afectado, y bien hondamente, por concierto entre L. M. y F. S. y por él los visados, o se contaba con ellos, o eran puestos a sabiendas de la ilicitud del antecedente contable y con la prevista y querida finalidad de obtener un lucro conjunto, materia sobre la que se volverá, pero por su mera alusión deja aclarada la conjunción de lógica y hecho, en la apreciación de autos realizada por el Tribunal sentenciador. (Sentencia 15 febrero 1962.)

— No hay contradicción alguna en la narración de hechos probados que hace constar, respecto al estupro, conductas plenamente compatibles, aunque delictivas ambas, de lograr el yacimiento con la menor prevalléndose del ascendiente doméstico y prometiendo matrimonio, lo que era posible, aun existiendo el otro noviazgo, si como el procesado dijo, estaba dispuesto a romperlo en beneficio del que mantenía con su prima y sirviente; hiliación lógica que se acredita asimismo, en la proposición de aborto, pues la

ineficacia de él a los fines perseguidos, es precisamente la nota diferencial entre este tipo de responsabilidad y el más grave de participación por inducción, no contradiciéndose sino complementándose, la doble negativa del farmacéutico a facilitar el abortivo y de la novia a dejarse practicar la intervención consiguiente. (Sentencia 12 enero 1962.)

e) *Predeterminación del fallo* (art. 851, 1.º).—Designa el recurrente como conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, las expresiones consignadas en la sentencia recurrida de «y por ir a más velocidad de la debida y no tomar las debidas precauciones» cuyas expresiones no tienen la condición que les asigna el recurrente, pues no son más que términos empleados para definir la conducta del procesado, de uso vulgar y corriente. (Sentencia 26 marzo 1962.)

— Según el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y disposiciones que lo complementan resultan viciosas las alteraciones de contenido de Resultandos a Considerandos, pero cuando en la hipótesis del párrafo 1.º del artículo 851 de la misma Ley se ataca a la raíz misma del juicio y en el resultando de hechos probados se da acceso a conceptos legales, tan trascendentales que predeterminen el fallo, entonces se produce la nulidad de la resolución, y éste es el caso de la sentencia impugnada, precisamente por tal involucración, pues si en ella se había de aplicar el artículo 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, al consignarse en los hechos probados que el procesado conducía el automóvil en la ocasión de autos, «haciéndolo en estado de embriaguez por el influjo de bebidas alcohólicas, que le colocaban en estado de incapacidad para realizarlo con seguridad», no cabe duda que virtió extemporáneamente, no ya unos conceptos jurídicos, sino los totales que inexorablemente llevarían al fallo, pues definió el delito, incluso con la propia e inalterable terminología legal, por lo cual debe prosperar el recurso, en tal fundamentación basado. (Sentencia 3 abril 1962.)

— Si bien es cierto que la Ley emplea las palabras «velocidad excesiva», en la sentencia, además, se añade la palabra notoria, para expresar que no cabe duda en cuanto al exceso, ninguna de ellas era necesaria para justificar la infracción, pues bastaba con afirmar como lo hace el hecho probado, que circulaba por la arteria principal y más concurrida de Tarragona, a unos 60 kilómetros por hora, con riesgo para la circulación y peatones, y en tales condiciones se encuentra comprendido en el artículo 2.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, pues esta marcha quedaría comprendida en el artículo 17 del Código de Circulación, salvo que se hubiera justificado un liberto en la velocidad, pero es que además, como el hecho probado es inatacable al amparo en que se funda este motivo, el mismo recurrente reconoce que a esta velocidad era imposible tomar la doble curva a los citados 60 kilómetros por hora. (Sentencia 22 marzo 1962.)

— En modo alguno aparecen conceptos predeterminantes del fallo en la narración, ya que las palabras «elaborar», «vender», «droga tóxica», «perjudicial para la salud» y «adquirir de otros esa droga» que son a las que se atribuye esa cualidad, son palabras corrientes y hasta vulgares en el uso del lenguaje, que dan a conocer hechos concretos para cuya com-

presión no se necesitan conocimientos jurídicos ni de índole técnica. (Sentencia 3 marzo 1962.)

— No constituyen preceptos jurídicos predeterminantes del fallo los que, en sus tres diversificaciones de reproducción de términos legales, de utilización de vocablos del tecnicismo científico o de establecimiento *a priori* de elementos necesarios para un fallo condenatorio, se señalan en las expresiones pretexto, lucro, beneficio propio, preconcebida intención, perjuicio, apariencia de solvencia económica y alarde de supuesta influencia en oficina pública, así como que un tercer perjudicado, ya fallecido, se vio obligado a devolver lo entregado, porque no pueden incluirse en aquellas tres especificaciones, expuestas por el mismo recurrente, dado que las palabras del texto legal que pueden utilizarse en el relato actual se acompañan de la necesaria especificación del hecho en que consisten, con lo que suprimidas las mismas, queda completa la acción imputada al culpable. (Sentencia 27 febrero 1962.)

— No predeterminan el fallo las expresiones que se denuncian, sobre quebrantamiento de vínculos personales de lealtad, que al no haberse reflejado en la calificación jurídica de apropiación indebida, como en ulterior motivo se pretende, en nada afecta a la de hurto, sin predeterminar el fallo sino, en su caso, la presencia de una circunstancia de «abuso de confianza», en cuya definición legal no se utilizan los términos censurados, de mera descripción fáctica necesaria para extraer las consecuencias jurídicas procedentes. (Sentencia 24 febrero 1962.)

— Las frases a que se atribuyen conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, consistentes en que sobre el incumplimiento de las obligaciones contractuales en su caso y responsabilidades que del mismo pudieran derivarse se haya hecho cuestión, ni sido objeto de declaraciones procedentes en la vía adecuada, no expresan ideas jurídicas sino que afirman un hecho concreto, la inexistencia de procedimiento administrativo sobre ese incumplimiento parcial de los contratos de obras; afirmación de facto no de jure que el Tribunal estimó consignar para dar a conocer que faltaba una declaración «en la vía adecuada» —son palabras del Resultando— como soporte de las responsabilidades penales que de la misma pudieran derivarse. (Sentencia 12 febrero 1962.)

— En la relación de hechos probados no aparecen ni conceptos jurídicos, ni aun los periodos tildados por esta alegación, llevarían a la predeterminación de un fallo absolutorio, basado en falta de prueba; en efecto, al relatarse que los protagonistas de los sucesos «se lanzaron piedras mutuamente» y que antes de ello cuestionaron verbalmente «degenerando la disputa en pelea» no se incide en el uso de conceptos jurídicos reservados a la técnica jurídico-penal, que excluyen ya el libre enjuiciar del Tribunal, encarrilándolo en una auténtica predeterminación, pues con pelea, con mutuo lanzamiento de piedras, cabía perfectamente que se aclarase, o que quedara impreciso, quién o quienes fueran los materiales lanzadores del proyectil que causó la única lesión grave, y así sucedió fue que tal extremo quedó oculto, ello no se debió a que en la sentencia se hiciese constar que hubo mutuos y recíprocos excesos verbales y materiales, hechos por otra

parte, que al ser ciertos y efectivos en manera alguna pudieron ser excluidos de la relación fáctica. (Sentencia 13 marzo 1962.)

— Los Resultandos de hechos probados tienen que encerrar necesariamente la predeterminación de lo que haya de resolverse, porque de otro modo, no existiría congruencia entre las premisas y el fallo y aun cuando lo que el legislador pretende es omitir en los Resultandos expresiones jurídicas, que tienen adecuado lugar en los Considerandos, tal falta no aparece cometida en la sentencia de instancia, porque sólo los conceptos de técnica jurídica o el empleo de los mismos términos que figuran en la norma penal aplicada o el uso de expresiones que el vulgo haya elevado a la categoría tecnológica, aun cuando no sean expresiones de derecho, merecen la consideración de conceptos jurídicos, habiéndose olvidado por el recurrente, que los juzgadores no han aplicado en su sentencia tales conceptos, sino que se han valido de palabras sinónimas a las empleadas por la ley en el número 1.º del artículo 302 del Código penal que tienen un sentido tan vulgar que cualquier persona de inteligencia normal media conoce perfectamente su valor significativo, lo que destruye el verdadero carácter de expresiones de técnica jurídica. (Sentencia 22 febrero 1962.)

— El anotar el Tribunal *a quo* en la relación fáctica que lo en ella relatado llevó al menoscabo de patrimonio y de prestigio de la autoridad, no envuelve el empleo de un concepto jurídico que predetermine la aplicación del artículo 237 del Código penal, pues éste sanciona la resistencia y desobediencia grave, y en el periodo aludido no se mencionan conceptos a aquellas referidos, únicamente se hace una apreciación de valores de gravedad, o resultados de hechos, lo cual en manera alguna prejuzga la existencia del delito a que tales valoraciones se refieran, por todo lo cual se impone la total desestimación de este motivo. (Sentencia 30 marzo 1962.)

— Es evidente que está perfectamente claro el hecho que se enjuicia, o sea, el atropello de un hombre por una torpe maniobra en el momento de rebasar la zona de paso de peatones el coche conducido por el recurrente y al tratar de esquivar al viandante alcanzado y si bien se hace constar que el procesado realizó la maniobra con ausencia de las más elementales precauciones, ni esto es concepto jurídico predeterminante del fallo, ni envuelve oscuridad, cuando en el relato se suministran los precisos elementos para puntualizar la actividad que degeneró en el hecho delictivo sancionado. (Sentencia 15 enero 1962.)

— El propósito de lucro del reo, la simulación de constituir una sociedad, la supuesta finalidad de incrementar ventas o el fin de hacer confiar a los demás perjudicados a aparentar solvencia sólo relatan hechos y, como ha declarado la doctrina de esta Sala, no son expresión compendiosa de una idea, norma o institución jurídica. (Sentencia 15 enero 1962.)

— Se alega que el gerundio «tomando», con relación al talonario de que se ha hecho mención y el «ánimo de lucro» aplicado a ese apoderamiento, implican el empleo de conceptos jurídicos predeterminadores del fallo, por cuanto el verbo y la precisión de finalidad llevan a la definición legal del hurto; mas es de tener en cuenta que ni «tomar» es tecnicismo jurídico sino vocablo usual, ni la constancia de un ánimo, impulsante de

una acción, recogida en una relación fáctica, la vicia de conceptualismo, a los fines de ese párrafo 1.º del artículo 851, por cuanto ese fenómeno psíquico o volitivo, no por espiritual es menos real que lo material o tangible y si esto no fuere suficiente para la repulsa del recurso, añádase a ello el que aun hecho caso omiso de las frases o palabras denunciadas, en el relato de hechos surgen y latén constancias de lucros, sustracciones, etcétera, que suplirían, si preciso fuere, lo que el recurrente califica de conceptual y predeterminante. (Sentencia 15 febrero 1962.)

— En diversas ocasiones esta Sala, ha indicado a las Audiencias Provinciales, la conveniencia de omitir en el relato de hechos probados, expresiones que sean análogas o iguales a las empleadas por el legislador al definir el delito tipo que en la sentencia se sanciona, a evitar que esas omisiones degeneren en una falta procesal que pueda hacer viable un recurso de casación por quebrantamiento de forma al amparo del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y aun cuando la aludida prevención no ha sido tenida en cuenta por la Sala de instancia con olvido de lo ordenado, no ofrece el caso contemplado los elementos precisos para la viabilidad del recurso, porque si bien el texto legal aplicado contenido en el artículo 500 del Código penal emplea el concepto de «ánimo de lucrarse», no así los de «sustrayendo» ni «perpetrar una sustracción», también denunciados como faltas de forma, olvidando sin duda, que lo que origina el vicio combatible en esta modalidad del recurso de casación es el empleo de conceptos jurídicos que «predeterminen el fallo» y como éste no se apoya exclusivamente en ese concepto, sino en una propia relación de hechos y circunstancias que se detallan y que independientemente de las frases impugnadas perfilan perfectamente y dan vida al delito de robo que se persigue, queda inoperante la invocación de la falta procesal denunciada ya que el delito «resulta» aun dejado al margen el concepto que recogido del precepto legal ha sido indebidamente incluido y sin necesidad, en el relato del sucedido. (Sentencia 11 enero 1962.)

— Es doctrina constante de esta Sala, que no puede motivar un recurso de casación por quebrantamiento de forma fundado en consignar como hechos, conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, las frases o palabras que aun pudiendo tener aquel contenido, suprimidos de la narración de facto queda ésta con los elementos suficientes para dictar el fallo, como ocurre en el caso que motiva este recurso, en que la frase «aparentando una gran solvencia» al ir seguida de los hechos demostrativos de esa afirmación, aquella queda sin contenido propio y es intrascendente a los efectos de la calificación del hecho enjuiciado, ya que se dice concretamente que se hizo pasar por comerciante sin serlo, empleando impresos de cartas con membretes de oficinas y almacenes y negocios que no existían, hechos que motivan adecuadamente una figura delictiva sin necesidad de utilizar la frase impugnada. (Sentencia 3 enero 1962.)

— Cuando las circunstancias en que el hecho se realizó revelan claramente cuál era la intención del reo, el empleo de las expresiones «con ánimo de matar» son innecesarios para entrar en el propósito del culpable y no son predeterminantes del fallo, y como la agresión se cometió, estando desapercibida la víctima, acercándose a ella lateralmente y sin

mediar palabra, con un cuchillo de raspar, punzante, propio de matarife, de grandes dimensiones, asestándole una cuchillada en lugar vulnerable, esas circunstancias indican el empleo de medios y formas adecuadas para producir el mal de que se acusa al procesado, y con manifestación clara del ánimo de matar que le guiaba. (Sentencia 24 enero 1962.)

— La frase de «que para cometer el hecho le brindaba su calidad en el cargo de confianza» que se dice es un concepto jurídico que predetermina el fallo, no puede estimarse como tal por tratarse de frases o conceptos de uso vulgar y corriente, cuyo significado 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 de las premisas de facto se suprimiera la palabra «confianza» que es la única de las tachadas que está recogida en el número 2.º del artículo 516 del Código penal, en todo caso, quedan en los hechos que se declaran probados, elementos bastantes para estimar que concurre la agravante específica del precepto invocado, de haberse cometido el delito de hurto con abuso de confianza. (Sentencia 6 abril 1962.)

— No es concepto predeterminante de fallo el libramiento de un cheque en descubierto en el que se utiliza el nombre supuesto y ello da lugar a incoación de otro procedimiento en el que, en su caso, pudiera alegarse tal predeterminación si se empleara tales expresiones. (Sentencia 27 enero 1962.)

— La predeterminación del fallo sólo puede alegarse cuando la descripción de los hechos conduce ineluctablemente a un resultado y cuando, además, se hayan empleado para ello conceptos de matiz jurídica. (Sentencia 30 enero 1962.)

— No constituye un concepto jurídico el de la «preferencia de mano», que lo es de hecho al determinar una situación topográfica de la que se deducen, pero no se imponen fatalmente consecuencias en derecho. (Sentencia 30 enero 1962.)

— Los conceptos consignados en la narración de hechos probados que se denuncian como jurídicos predeterminantes del fallo en el único motivo del recurso por quebrantamiento de forma, tales como los de «supuestos capitales», «fantástica asociación», «fingiéndose disponer de divisas», «supuesto Padre José V» y «consiguió defraudar», no merecen dicho reproche, por constituir ordinarios giros gramaticales de expresión, precisos para describir los hechos que de otro modo carecerían de significado lógico. (Sentencia 24 abril 1962.)

— Al decir el hecho probado «y no dar el obligado paso de preferencia a una motocicleta que se le aproximaba por su derecha...» no señala términos idénticos a los que consigna el artículo 25 apartado d) del Código de la Circulación, ni son conceptos jurídicos y si una relación, en términos vulgares, de cómo ocurrieron los hechos, declaración que obligatoriamente hay que hacer, pero además, si se suprimiera tal concepto, quedan elementos suficientes para formar el convencimiento de que la motocicleta se aproximaba por la derecha del camión. (Sentencia 14 abril 1962.)

— La expresión de engaño o mecanismo engañoso de que se sirven los procesados, no es concepto jurídico que predetermine el fallo, sino voca-

blo de uso general para hacer patente la realización de los hechos, sin que pueda afirmarse que el empleo de tal vocablo llevara consigo forzosamente la predeterminación del fallo, cuando como ocurre en la sentencia recurrida, se hace una detallada relación de hechos suficientes para poder perfilar sin género alguno de duda, el delito apreciado y sancionado sin necesidad del empleo del mencionado vocablo. (Sentencia 17 marzo 1962.)

f') *Resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851-3.º).*—No procede acoger el primero de los motivos del recurso por quebrantamiento de forma, amparado en el número 3.º del artículo 851 de la Ley procesal, fundado en que por la Sala sentenciadora no se resuelve sobre todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa; pues el problema planteado por las partes, a que hace referencia dicho motivo, es el de la importancia de la apropiación, apreciada por cada una de aquellas en distinta forma, y sobre ese punto se ha pronunciado la Sala de instancia con arreglo a la libertad que la Ley le concede en la apreciación de las pruebas, siquiera no haya sido en la forma que convenía al recurrente, al no estimar precisa una liquidación como el recurrente pretende, no siendo lícito discutir en este momento el acierto o desacierto que haya presidido la decisión del Tribunal sentenciador, pues este motivo del recurso sólo procede cuando aquel omitió resolver implícita o explícitamente sobre los puntos concretos sometidos a su conocimiento. (Sentencia 2 abril 1962.)

— El párrafo 3.º del artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y disposiciones que lo complementan, es obvio que imponen a los Tribunales sentenciadores el recoger en las sentencias referencia a las calificaciones de las partes, en cuanto a las cuestiones debatidas, obligación omitida en la resolución impugnada por cuanto si bien se aludió a las conclusiones del Ministerio Fiscal y procesado L., se silenciaron las de los procesados R. S., el recurrente, y MM. y en este sentido la sentencia combatida adolece de un indudable defecto formal, más en la concepción legal del recurso de casación por quebrantamiento de forma no se da virtualidad anulatoria a cualquier vulneración de ritos o preceptos formales, sino tan sólo a esas concretas y predeterminadas enumeraciones contenidas en los artículos 350 y 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y como en el invocado párrafo 3.º del artículo 851 lo que hace viable el recurso es el dejar de resolverse en sentencia alguno de los puntos objeto de acusación o defensa, no el omitir en el relato que precede al fallo la debida alusión a tales puntos, y si en la concreta presentación de la cuestión en este recurso planteada la recurrente pidió su absolución por el delito de encubrimiento autónomo y esto no se recoge, pero sí se resuelve por condena, previo examen y dilucidación pertinentes, decidiéndose sobre culpabilidad, calificación, circunstancias modificativas, responsabilidad civil y costas, podrá ser censurado el formalismo deficiente de la sentencia, pero no tacharse a ella misma de omisa sobre decisión de los casos planteados, pues es evidente que resolvió cuanto al recurrente afectaba. (Sentencia 12 abril 1962.)

— Al no hacerse en la sentencia una referencia concreta al destinatario de la indemnización, no se quebranta la forma del modo previsto en el número 3.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se dice en el segundo de los motivos, porque el extremo de la precisión per-

sonal del destinatario es cuestión que afecta a la ejecución y no al tenor de la sentencia que resuelve todos los extremos de derecho que le fueron cometidos por las partes. (Sentencia 24 febrero 1962.)

— Los recurrentes pretenden que en la relación fáctica se hubiera recogido como probado que lo real era lo que la consigna oficial regulaba, o sea, que la vía cuarta, de la estación férrea de Torrelavega, estaba únicamente destinada a la descarga de mercancías, reservándose la sexta a sólo maniobra de máquinas eléctricas, debiendo tener la 4.^a el circuito eléctrico abierto y cerrado la 6.^a —o sea, por vía de aclaración, con corriente la 6.^a y sin ella la 4.^a—; pues bien, si el Tribunal *a quo* estimó, pese a la letra de estas disposiciones de consigna, que lo cierto y efectivo era lo por él recogido, no soslayó ningún punto de derecho del debate, ni aun de los hechos en que se fundamenta éste pues frente al criterio de parte de que la vía 6.^a era sólo para las maniobras aludidas, sentó que se dedicaba a descarga de vagones completos y en oposición a que el circuito de esa vía estaba habitualmente cerrado, estimó que en la práctica sólo estaba en tal situación cuando excepcionalmente se verifica maniobra de máquina eléctrica, tanto que para ello los interruptores estaban provistos de un candado de cierre que los hacía inabordables, precisiones que como se ve preparan la resolución, en la que al igual que en los hechos, se abordan todos los problemas necesarios, sin excluirse los planteados en el recurso como eludidos, por lo que debe rechazarse éste. (Sentencia 23 marzo 1962.)

— No puede prevalecer el segundo motivo, basado en el número 3.º del artículo 851, por el hecho de haber sido condenado en costas el «querellante particular», mejor diríamos el acusador particular, ya que no se ha formalizado querrela inicial de la causa; pero esta declaración no puede combatirse al amparo del indicado precepto que se refiere al caso de que no hayan sido resueltos todos los puntos objeto de acusación y defensa, que no aparecen especificados en el recurso, con olvido de que la sentencia que absuelve o que condena, deja solucinados todos los puntos planteados, a excepción de aquellos que requieren un pronunciamiento especial que no es éste el supuesto, sino el de la aplicación de la norma procesal del artículo 239 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su relación con el 340 y artículo 109 del Código penal, preceptos todos de carácter imperativo que deben observarse inexcusablemente al dar efectividad práctica a la ley punitiva y que por esta razón, tan sólo con apoyatura en el artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en su número 1.º, pudiera encontrarse el éxito ante el vicio que ha sido alegado, prescindiendo de ser procedente tal imposición de costas, porque el acusador particular tiene siempre la consideración legal de querellante, ya que ejercita no sólo un derecho, sino una acción pública del artículo 101 de la Ley procesal criminal. (Sentencia 22 febrero 1962.)

— La sentencia de instancia ha resuelto todos los puntos que han sido objeto de acusación y defensa, y explícitamente en el tercer Considerando ha desestimado, razonándolo debidamente, las circunstancias eximentes 8.^a y 9.^a del artículo 3.º del Código penal que se alegaron por la defensa del procesado, puesto que según se consigna en dicho fundamento, el accidente objeto de proceso no puede estimarse como fortuito, sino que obedeció al

descuido y negligente actuación del procesado, que tampoco obró influenciado por ningún género de fuerza que pudiera reputarse irresistible, ya que no existe prueba alguna en estos autos en que apoyar tales circunstancias de exención, que en consecuencia deben desestimarse. (Sentencia 23 enero 1962.)

— La alegación de ser un delito continuado los hechos perseguidos queda resuelta en sentido denegatorio por la condena de los 53 delitos y las dos faltas que expresa el fallo de la sentencia impugnada. (Sentencia 15 enero 1962.)

— Alegada la prescripción en el escrito de conclusiones provisionales que fueron elevadas a definitivas, al dejar la sentencia de resolver punto tan esencial para el procesado, procede estimar el motivo. (Sentencia 10 enero 1962.)

— Si ni el Ministerio Fiscal ni la representación del hoy recurrente solicitaron pena para Angel G. V. por conducción ilegal de vehículo de motor, por lo tanto nada tenía que acordar sobre tal extremo la sentencia recurrida, pues el número 3 del artículo 851 lo que obliga es a resolver sobre todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa, pero no de todos los extremos de hecho, pues de éstos sólo es necesario declarar los que considera probados; pero, además, el que tuviera o no permiso para conducir, no modifica la imprudencia, pues el carecer del permiso no basta para considerarlo incurso en el artículo 565 del Código penal, sino que es preciso que, además, concurra la imprudencia temeraria o la simple. (Sentencia 14 abril 1962.)

— Si la acusación se formuló por tres delitos (falsedad en documento privado, estafa y falsedad en documento oficial), y en el hecho probado solamente se hace mención en forma negativa al primero, silenciando todo lo que se refiere al segundo y tercero, y la mismo ocurre con el Considerando, debe declararse la prosperabilidad del recurso. (Sentencia 26 febrero 1962.)

g) *Punición por un delito más grave (art. 851, 4.º).*—Cuando ha recaído un fallo absolutorio, por rechazar la existencia de los delitos objetos de acusación, no se ha hecho imposición de pena alguna, puesto que no merecen ese concepto ni la aplicación de costas al acusador, ni la declaración de denuncia falsa, ni la orden de mandar deducir testimonio de particulares para que se proceda por aquel delito contra el aquí recurrente, como exige el artículo 335 del Código Penal. (Sentencia 22 febrero 1962.)

— No es cierto, como se alega en el escrito de formalización del recurso, que en la sentencia recurrida se le haya penado por un delito del que no fue acusado, toda vez que en las conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal que se elevaron a definitivas en el acto del juicio oral, dicho Ministerio público acusó a Camilo R. A., del delito de malversación de caudales públicos del artículo 394, número 2.º, en relación con el 399, ambos del Código Penal, por los hechos cometidos por él y que se especificaban en el apartado B) de su conclusión primera, y solicitó que se le impusiera la pena de tres años de presidio menor y nueve años de inhabilitación absoluta, accesorias y costas, y si bien es verdad que los considerandos de

la sentencia recurrida, pueden ser tachados de vaguedad en cuanto no perfilan con la debida precisión la participación del R. A. en los hechos del apartado B) del resultando de hechos probados, esta omisión hay que atribuirle a simple error material, que no es causa bastante para la anulación de la sentencia recurrida, porque en el fallo o parte dispositiva de la misma, que es contra la que se da el recurso de casación, y no contra los considerandos, se condena a este recurrente como autor del delito de malversación de que fue acusado, a un año de presidio menor y siete años de inhabilitación, que es pena más benigna que la que solicitó para él el Ministerio Fiscal. (Sentencia 14 febrero 1962.)

d) *Preparación del recurso. a) Por infracción de Ley: Cita del número del artículo 489.*—Reiteradamente tiene declarado esta Sala, que no solamente en los escritos de formalización de los recursos de casación por infracción de Ley, sino también en los de preparación es indispensable citar el número del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en que se pretende fundar el recurso, y al no hacerlo así no se cumple con la exigencia del artículo 855 de dicho ordenamiento procesal, que ordena en su párrafo 1.º que el que se proponga interponer recurso de casación manifestará la clase o clases de recursos que trate de utilizar, y como el recurrente en el escrito que presentó ante la Audiencia no expresó en cuál de los números del artículo 849 amparaba su recurso, ha incurrido en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la citada Ley de ritos. (Auto 6 febrero 1962.)

b) *Particulares del documento auténtico.*—Para la preparación del recurso de casación por infracción de ley con base en el número 2.º del artículo 849 del Ordenamiento procesal criminal, es preciso no solo la designación de los documentos auténticos en que conste el error de hecho, sino además la designación de los particulares de los mismos documentos que hagan patente tal error y como este detalle exigido por el párrafo 2.º del artículo 855 de la propia Ley ha sido omitido por el recurrente, esa falta es siempre motivo de inadmisión del indicado recurso, en orden al número 4.º del artículo 884 de la repetida Ley procesal. (Auto 17 enero 1962.)

— Del motivo de recurso amparado en el número 2.º del artículo 849 sólo es admisible el testimonio de la sentencia, pues, hay que entender es íntegra, y resultan inadmisibles todos los demás que en el escrito de preparación dice textualmente «se designan los siguientes documentos que serán objeto de la correspondiente certificación de particulares expedida por el Sr. Secretario» y esta forma de pedir no da cumplimiento a lo que ordena el párrafo 2.º del artículo 855 de dicha Ley, por lo que incurre en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la misma. (Auto 2 marzo 1962.)

— No es lo mismo citar folios, como ha hecho el recurrente, que indicar documentos auténticos como la ley procesal exige en el número 2.º del artículo 849 de la misma y como se omite por otra parte, contraviniendo lo dispuesto en el 2.º párrafo del artículo 855 del propio Ordenamiento, la designación de particulares demostrativos del error y no son auténticos, ni la inspección ocular practicada por la Guardia Civil, ni las fotografías incorporadas al sumario, máxime cuando nadie responde de su autenticidad.

dad, con fe bastante de plena credibilidad, para darles valor. (Auto 20 febrero 1962.)

c) *Designación de la falta o faltas cometidas.*—El recurso de casación interpuesto por quebrantamiento de forma al amparo del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha incidido en la causa de inadmisión 4.ª del artículo 884 de la misma Ley, porque al prepararlo no se hizo mención de la falta cometida infringiendo con ello el artículo 855 que de una manera ineludible exige tal requisito en los escritos de preparación de los recursos de esta naturaleza; teniendo declarado esta Sala que no se cumple con esa exigencia mencionando el precepto legal que va a amparar el recurso cuando en él se comprenden varios defectos formales, como ocurre con el número 1.º del citado artículo 851, porque entonces queda sin determinar la falta o faltas que van a ser materia del recurso. (Auto 21 marzo 1962.)

e) *Declaración de inadmisibilidad.* a) *Respeto a la declaración de hechos probados.*—La circunstancia esencial de no aceptarse íntegramente por el recurrente el total contenido del hecho probado, es motivo de inadmisión de este recurso en orden al número 3.º del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, porque no obstante constar claramente en el Resultando primero, que ha sido el procesado quien se apoderó de todo el material valorado, se desvirtúa luego esta declaración refiriéndose a manifestaciones testificales que según el escrito de recurso, constan en el sumario, destruyendo así la premisa básica. (Auto 18 enero 1962.)

b) *Planteamiento de cuestiones nuevas.*—Siendo este recurso de casación no una ocasión de solventar cuestiones teóricas, sino un trámite procesal, encuadrado al final de un proceso concreto, que le sirve de antecedente, los términos hábiles de planteamiento procesal encuadran el ámbito de la casación sin que se puede ahora, sin desprestigiar la eficacia de previos procesamientos y acusaciones, ejercer extemporáneamente una acusación que no pudo ser objeto de debate, ni de sentencia sino que efectivamente lo que significa, al plantearse en estos momentos, es introducir una cuestión nueva, lo que tan reiteradamente veda la doctrina de este Sala. (Sentencia 13 marzo 1962.)

— La prescripción del delito alegada no puede ser apreciada, porque esta excepción se invoca por vez primera ante esta Sala, pues del minucioso examen que se ha hecho en los autos que se tienen a la vista, no aparece que el procesado la hubiera alegado en momento alguno durante la tramitación de la causa, ni en los escritos de conclusiones provisionales o definitivas, ya como artículo de previo pronunciamiento o bien como excepción definitiva, por lo que el Tribunal de instancia no pudo hacer pronunciamiento sobre este particular, y la Sala de casación no puede acoger la pretensión del recurrente, que es una cuestión nueva, porque si prosperase se habría privado a las acusaciones del indiscutible derecho que las asista para impugnar en tiempo y forma, aportando las pruebas conducentes a tal fin, la excepción que tardamente se invoca ahora, por ello esta Sala tiene declarado, con reiteración, que el que no dedujo a su tiempo una solicitud cualquiera, entre ellas la excepción de prescripción, no puede recurrir después ante el silencio de la sentencia sobre tal extremo,

ni pretender como se postula en este motivo del recurso, que se resuelva en casación lo que el Tribunal de instancia no llegó a conocer, máxime si como aquí acontece, en los hechos que se declaran probados, no hay elementos bastantes para poder determinar con la debida precisión, las fechas exactas de la comisión de los hechos constitutivos del delito enjuiciado y la en que se inició el procedimiento o se dirigió contra el culpable. (Sentencia 24 marzo 1962.)

c') *Depósito insuficiente del querellante particular.*—Todo el procedimiento se ha seguido a instancia del querellante recurrente, acusado de un delito de estafa que por lo tanto procede perseguirse de oficio y el depósito conforme con el artículo 875 de la Ley de Enjuiciamiento criminal es de 4.000 pesetas y el documento que lo justifique acompañarlo con el escrito de interposición y en este caso solo se justifica un depósito de 2.000 pesetas, lo que hace inadmisibile el recurso conforme con la causa 4.ª del artículo 884, pues la ineludible presentación que tal precepto exige, no puede subsanarse completando el depósito inicialmente constituido, con otro de 2.000 pesetas después de transcurridos los quince días porque fue emplazado el recurrente. (Auto 9 febrero 1962.)

d') *Acuerdo unánime para declarar la inadmisión.*—La inadmisión del recurso está regida por el principio del acuerdo unánime, según el artículo 889 de la LECr., a diferencia de la decisión del recurso, regulado por el de la mayoría de votos, conforme al artículo 153 de la misma Ley. (Sentencia 18 enero 1962.)

f) *No cabe la «reformatio in peius».*—La diligencia de reconocimiento judicial es realmente documento auténtico; y según su contenido objetivo, recogido de la realidad por el Instructor, se deduce, y ello debería condicionar el hecho probado si otras circunstancias no lo hiciesen inútil, que en el lugar de autos se daba una amplia visibilidad, había, según la marcha del camión conducido por el procesado, una balización del «peligro obras» cincuenta metros antes de éstas, y ellas determinaban la acumulación de materiales y una zanja a la izquierda de esa aludida marcha, en extensión invasora de la carretera de 1,50 metros, teniendo la calzada cinco metros, restando de ella libre 3,50 metros, por una anchura del camión 2,20 metros; si a estas precisiones se les diese cabida y efectividad se llegaría a la conclusión de que el procesado al seguir su marcha, no obstante el estrechamiento de la carretera y la preferencia de circulación del ciclista, que veía el obstáculo por su derecha, infringió el artículo 17, párrafo f) y el 38, párrafos a) y b), ambos del Código de la Circulación, y como ello llevaría a la agravación de pena, por aplicación del párrafo 2.º del artículo 565 del Código y tal operación está vedada por el artículo 902 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, en propio interés del recurrente se desestima el recurso. (Sentencia 3 abril 1962.)

g) *Efectos del recurso sobre los demás procesados.*—Aunque solamente ha recurrido uno de los procesados, al encontrarse el otro en la misma situación y serle aplicables los fundamentos por los que se declara la casación, la nueva sentencia que se dicte ha de aprovecharle también en lo que le favorece, según dispone el artículo 903 de la LECr. (Sentencia 5 enero 1962.)

III.—PARTE ESPECIAL

A) PROCESO DE URGENCIA: a) *Competencia para resolver sobre las faltas.*—Aun cuando la cuestión planteada en el primer motivo del recurso —incompetencia del Tribunal para condenar como falta el hecho acusado como delito— no es propiamente materia de un recurso de casación del número 1.º del artículo 849, porque en él se invoca la infracción de normas procesales y no de preceptos sustantivos y podría ser desestimado por esta sola razón, conviene subrayar que después de modificado el procedimiento de urgencia por las leyes de 8 de junio de 1957 y 30 de julio de 1959, esta Sala tiene declarada la competencia de las Audiencias Provinciales para enjuiciar y castigar las faltas incidentales o no del hecho principal o básico del proceso, y aun este mismo hecho si lo estima falta aunque la acusación sostuviera ser delito, porque la calificación jurídica del hecho enjuiciado es función privativa del órgano jurisdiccional y su competencia no puede estar subordinada a que acepte o no la tesis de las partes; y así al tenerla durante todo el curso del proceso, la tiene en su fase final para aplicar la sanción adecuada sin más limitación que la señalada en el artículo 733 de la Ley procesal prohibitivo de penar un delito más grave que el que haya sido objeto de la acusación, sin hacer uso de la fórmula allí establecida, y si bien en el procedimiento ordinario las faltas no incidentales y el hecho principal declarado falta han de ser enjuiciados por los Tribunales inferiores, en el de urgencia, no cabe tal relegación, porque sería anular todo el juicio oral para repetirlo aunque más abreviado ante Tribunal distinto, cosa opuesta a la *ratio legis* de la reforma indicada, por eso el artículo 802 de la Ley en su nueva redacción atribuye a las Audiencias el conocimiento y sanción en ese procedimiento de toda clase de faltas, y del mismo hecho de autos acusado como falta; teniendo que interpretarse este precepto en el sentido de que atribuida la competencia para castigar el hecho como falta, lo mismo la ha de tener cuando preceda acusación en este sentido, que cuando se acuse como delito, toda vez que en uno y otro caso el hecho enjuiciado es el mismo; sin que quepa decir que el reo queda indefenso al ser condenado por una falta de la que no se acusó, porque su defensa en el proceso abarca todos los matices o grados de la infracción comprendidos dentro de la tesis acusatoria, que es el límite que el Tribunal no puede rebasar en perjuicio del acusado; o sea, que es condenado por la misma antijuricidad que fue acusado, pero en un grado más benigno. (Sentencia 3 enero 1962.)

b) *Suspensión del juicio oral.*—La declaración de pertinente de las pruebas propuestas en los escritos de calificación de las partes, no implica su necesidad imprescindible, y no puede tener otra trascendencia que la de dar la mayor amplitud posible a la práctica de las mismas para el mayor esclarecimiento de los hechos, por lo que, estando supeditada la suspensión del juicio oral a que la Sala estime necesaria la declaración del testigo que no compareció, obró correctamente el Tribunal sentenciador al no acceder a dicha suspensión por haber declarado en el sumario dicho testigo y considerándose suficientemente informado, ateniéndose en un todo

a lo dispuesto en el artículo 801 de la Ley de 8 de junio de 1957, reguladora del procedimiento de urgencia, razones por las que debe rechazarse el primero de los motivos del recurso por quebrantamiento de forma. (Sentencia 15 febrero 1962).

B. PROCESO SOBRE FALTAS: CUESTIONES DE COMPETENCIA ENTRE JUZGADO MUNICIPAL Y DE PAZ.—El párrafo 1.º del artículo 14, en concordancia con el artículo 1.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952, definen la competencia penal en juicio de faltas por el criterio territorial y sólo «cuando no conste el lugar en que se haya cometido una falta» se acudirá a las normas supletorias y subsidiarias que enuncia el artículo 15 de la Ley, y como en este caso el denunciante adujo que el lugar de perpetración de la falta de caza fue el término de Cuntis, es manifiesto que a los meros, provisionales, efectos de atribución de competencia, constaba el lugar de comisión, lo que el Auto recurrido no desconoció, pero condiciona por «existir discrepancia absoluta y total entre las partes, sobre el lugar donde la presunta falta se cometiera», o sea, que el planteamiento real de la competencia no fue por desconocimiento del territorio, sino por enfrentar la designación realizada por una prematura prueba, y como al simple dato inicial que la Ley valora como originario decisor, se le pospuso por una probanza, inadmisibles por extemporánea y hasta ilegal, pues se realizó fuera de juicio, cuando en los procedimientos para faltas imperan los principios de publicidad, oralidad y de unidad —artículo 969 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— es visto que no debió atenderse a la prueba antiprocesal realizada en La Estrada, donde se desconocieron los límites de los artículos 8.º del Decreto de 21 de noviembre de 1952 y 970 de la Ley de Enjuiciar, y manifieste que debió y debe preponderar la norma definitiva primordial del artículo 14, y al no hacerlo, ciertamente quedó éste infringido, así como el 15, debiendo, pues, casarse el Auto recurrido, sin que, y ello es claro, la estimación de preferencia territorial por constancia previa, en favor de Cuntis, implique perjuicio alguno sobre el resultado de alguna prueba, pertinente y oportuna, que pueda realizarse respecto al cierto lugar en que los hechos sucedieron, o sobre la realidad misma de la infracción de caza. (Sentencia 30 enero 1962.)

REVISTA DE LIBROS

CARRANCA TRUJILLO, Raul: «Derecho penal mexicano, Parte General». Tomo 1. 6.^a ed. Robledo ed. México 1962, 299 páginas.

Desde que en 1937 apareciera la primera edición del *Derecho penal mexicano*, del entonces titular de la cátedra de dicha disciplina en la Universidad Nacional Autónoma de México, el Dr. Carrancá y Trujillo ha ido periódicamente poniendo al día su magna obra, que alcanza en la presente su sexta edición en el primer volumen de la Parte general. No es necesario proclamar ahora la significación científica del gran maestro mejicano, que por boca sumamente autorizada, de Jiménez de Asúa ha sido consagrado, *sin disputa*, dice, como *el mejor penalista de Méjico* (en pág. 1189 de la 2.^a ed. de su *Tratado*). Lo que no es poco decir, ciertamente, por ser quien es el que lo dice, y por referirse al país americano que, con la Argentina, cuenta en su haber un más rico elenco de auténticos maestros. Gloria, para Carrancá, permítame que se lo diga, en la que algo nos toca a los españoles de España, puesto que en Madrid hizo sus estudios universitarios, sirviendo, como otro Lardizábal, de eslabón viviente entre las comunicantes culturas jurídicas de aquende y allende el Océano. Muy frecuentemente se ha ocupado el ANUARIO de las publicaciones del Dr. Carrancá, últimamente, en el fascículo anterior al presente, de diversos valiosos opúsculos, reseñados por la autorizada pluma de nuestro compañero y colaborador Prof. Camargo. En la que ahora nos ocupa, el tema y la realización es de más altos vuelos, por tratarse de una visión de conjunto, de los aspectos más arduos y polémicos de la Parte general del Derecho penal. Nada he de decir respecto a lo que pudiéramos denominar Introducción, o parte predogmática, que él intitula Preliminares, conceptuales, filosóficos, históricos y sistemáticos; pero sí, no poco, y no tanto como lo que quisiera, vistos los límites acotados de una mera recensión, en lo que toca a su concepción del delito, *punctus pruriens* de la dogmática general. Es asunto, como es de sobra sabido, en que caben todos los cubiletes y combinaciones, algunas de ellas derivando a las lucubraciones del arte abstracto, por lo que se impone, si no un movimiento de *torniano a l'antico*, a que invitó Antolisei, sí a por lo menos a un reajuste de estabilización, que no puede tener otro asidero posible que el de la estricta dogmática. Tanto más obligados en ordenamientos que, como el mejicano, contienen una definición del delito, formal y más lacónica que la española, en su artículo 7.^o, donde se configura como el *acto u omisión que sancionan las leyes penales*. Lacónica y todo, sirve muy bien, como Carrancá opina (en pág. 171) a los fines prácticos objetivos de la ley penal. La supresión del adjetivo plural de *voluntarias*, que al modo hispánico se hizo constar en textos precedentes, por ser «semillero de contradictoria interpretación en la práctica», no implica en modo alguno su intrascendencia por ser la voluntariedad de

las acciones, como Carrancá dice, el fundamento pragmático de la imputabilidad, provenga o no del libre albedrío. Voluntariedad que se sobreentiende en la alusión al *acto u omisión*, implícito en él y que, a su vez, entraña la valoración culpabilista, de dolo o culpa. Conforme a este esquematismo de la construcción jurídica del delito, los elementos más visibles y primarios serían la *acción* y la *tipicidad*, dado que la definición legal mejicana se circunscribe a las acciones sancionadas por las leyes. No llega a tanto, Carrancá, demasiado respetuoso con las tradiciones dominantes, y si bien acata la cuatripartita división de elementos: *acción*, antijuridicidad, tipicidad e imputabilidad-culpabilidad, estos dos últimos gemelizados en su cuadro sinóptico (de la pág. 73), la dicotomía se impone por su fuerza lógico dogmática, pues siendo cuatro las letras del cuadro (*a, b, c y d*), las llaves que las unen son únicamente dos. Deja al margen la punibilidad, considerada por él como consecuencia y no como elemento esencial del concepto, conforme a una doctrina muy arraigada, pero que me permito no acatar, en dogmática española y en la mejicana, vista la referencia inequívoca que en el artículo citado del Código federal se hace al verbo *sancionar*, que no parece lícito escamotear de la construcción jurídica del delito.

El laconismo de la fórmula definitoria del Código mejicano, incita ciertamente a la concreción de características delictuales, y en lo gramatical al uso de los elementos en forma adjetiva, incrustados en el primario de la acción; así puede hablarse, en el capítulo X, de la *acción antijurídica, típica y punible*. No obstante lo cual, en la exposición analítica, se consideran sustantivamente. Y la antijuridicidad se concibe, al modo de M. E. Mayer y Asúa, como la oposición a normas de cultura, lo que vale tanto, a modo de elemento positivo con contenido material y metajurídico. Postura muy digna de loa en pureza de principios, hasta iusnaturalista, bien que no ose confesar su nombre, pero que me parece de arduo encaje dogmático, en Méjico como en España. Consciente de esta dificultad, Carrancá se limita a solventarla considerando que la condición de ser contraria a derecho la acción punible se presupone al tipificarse en la ley (pág. 212). Ahora bien, el modo de destruir esta presuposición o síntoma, no es otro que el negativo de acreditar la presencia de la juridicidad del acto, esto es, la concurrencia de una causa de justificación que borre lo ilícito típico, con lo que el papel de la antijuridicidad más bien se acredita en una perspectiva de *negative Merkmale* que no en la positiva de exigencia operante *per se*.

La adscripción de lo culpable al acto, pudiera haber conducido a una dirección finalista, que el autor evita al hacer de la culpabilidad un elemento relativamente autónomo, aunque servido por el presupuesto de la imputabilidad, por *ser solo culpable el sujeto que sea imputable* (pág. 222). El confusionismo a que esta coordinación incita, se salva agudamente por Carrancá al sentar que la *imputabilidad* es una *situación psíquica en abstracto*, y la *culpabilidad* es una *concreta capacidad de imputación legal declarable jurisdiccionalmente* (pág. 223). Profesión de fe de normativismo con todas sus consecuencias, proclamada en la afirmación de ser la culpabilidad un *juicio valorativo de reproche*. Consecuencia con la que coincido

plenamente, pero que coloca a la culpabilidad en una incómoda situación dentro de la teoría jurídica interna del delito, por ser, creo yo, un *plus añadido* de afuera adentro por el juicio jurisdiccional.

No es posible insistir más sobre los múltiples interesantes aspectos del libro del Prof. Carrancá, constitutivo de un real Tratado de *Derecho penal mejicano*, aunque sus propósitos sean confesadamente más modestos; a alinear entre los que de un extremo, a otro de la América hispánica, Novoa Santos, Soler; Rafael Mendoza, constituyen la médula del valioso movimiento de restauración jurídica que va desplazando el de vacua retórica en que precedentes generaciones habían sumido a nuestra disciplina.

Antonio QUINTANO RIPOLLÉS.

CONVEGNI DI STUDIO «ENRICO DE NICOLA», PROBLEMI ATTUALI DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE: «Pene e Misure di sicurezza, modificabilità e suoi limiti». Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale Giufré. Editore 1962.

Este volumen recoge las ponencias y trabajos del Congreso sobre la materia que le da título, celebrado en Como el año 1961, mediante el cual el Centro Nacional de Prevención y de Defensa Social continúa su dedicación a estudios para la reforma penal italiana, tras los Congresos de 1953 y 1958/1959, dedicados a las más urgentes reformas del procedimiento y del derecho penal, respectivamente.

Han tomado estas reuniones el nombre de «Enrico de Nicola», el desaparecido jurista que presidió las primeras, y de la importancia de sus trabajos es vivo exponente el volumen que nos ocupa.

Su primera parte está dedicada a publicar las ponencias de Ugo Piolletti, Pietro Nuvolone, Girolano Tartaglione, Antonio Gambini, Angelo de Mattia, Salvatore Messina, Mario Dondina, Gaetano Foschini, Giulino Vassalli, Giuseppe Altavista y Giuseppe di Genaro y sobre la declaración de peligrosidad, en el proceso ordinario y de menores y en la ejecución penal, medios de impugnación, suspensión condicional del pronunciamiento de la condena como medio de prevención específica, suspensión condicional de la pena, perdón judicial y progresión del tratamiento (semilibertad, liberación condicional e indulto).

En la segunda encontramos discursos —cual el del Ministro Gonella y el del Profesor Delitala— en la sesión inaugural, mociones e intervenciones varias, numerosas, de los juristas que participaron en el Congreso.

Finalmente, se insertan las conclusiones aprobadas.

El libro constituye una viva prueba del fervor con que los criminalistas italianos y el Centro Nacional de Prevención y de Defensa Social se afanan por la reforma de las leyes generales.

Pascual MENEU.

GIGER, Hans: «Kriminologie der Entweichung», 1959. Criminología de la evasión

El tema de este libro se refiere, como su título indica, a las cuestiones que plantea la evasión o fuga de reclusos, que, según el autor, tanto se refiere al problema de la pena, como al llamado Derecho penitenciario, en relación con la disciplina carcelaria.

Después de analizar el concepto de la evasión como reacción contra la pena privativa de libertad, estudia los factores ambientales, como los que afectan al mundo circundante del recluso, así como los factores constitucionales del mismo.

En relación a los primeros se analizan las influencias que haya podido sufrir el que aparece privado de libertad en la infancia, en los años escolares y en aquellos en que se orienta la futura actividad laboral o profesional. En este aspecto estudia las relaciones familiares, la educación, emplazamiento del hogar, la nacionalidad, religión, sexo y estado civil.

Por lo que se refiere también a estos factores, se analizan los que afectan al mundo circundante concreto dentro de la prisión, así como los problemas psicológicos y lo que califica de técnicas, tácticas y estratégicas para quebrantar la condena.

Después se estudia lo que el autor llama profilaxis de la evasión, las medidas preventivas y las represivas, para pasar a analizar las características de este tipo de delincentes, según la naturaleza del delito perpetrado, para establecer las bases de una relación entre la evasión delictiva y aquella infracción penal.

Destaca, posteriormente, el autor de este libro las medidas preventivas, la exigencia de cuidar las influencias que en el recluso pueda determinar la conducta de los funcionarios en las prisiones distinguiendo las que califica de profilácticas de las represivas, así como las que han de poner en práctica los miembros de la policía.

Giger analiza luego los medios de comunicación y aquellos que considera prácticos para la captura de los reclusos evadidos, terminando con conclusiones de tipo estadístico, y de política criminal, analizando los distintos tipos, en los que destacan los psicópatas, los psicópticos, los débiles mentales, y los que aparecen en una zona gris entre la anormalidad y normalidad, sin excluir aquellos que pueden calificarse de normales, y que por causas distintas, que a veces hay que retrotraer a características temperamentales, o a actividades profesionales anteriores, que también se incluyen entre los que forman el núcleo de los que quebrantan la pena privativa de libertad.

Valentín SILVA MELERO.

LA SELECTION DES DELINQUANTS A METTRE EN PROBATION. Nations Unies, New York, 1959.

La Naciones Unidas han editado esta nueva publicación sobre el tema, preparada por el Profesor Max Grünhut, de la Universidad de Oxford, en

colaboración con el secretariado de la Organización de las Naciones Unidas. Anteriormente dedicó a estos problemas otras publicaciones, problemas estudiados en ocasiones varias, tanto por el grupo internacional de expertos en materia de prevención del delito y tratamiento de delincuentes, como por el ciclo de estudios celebrado en Londres en el año 52, o por el grupo consultivo europeo.

Es evidente que la reforma y mejora de las instituciones penales en los tiempos actuales se caracteriza por la extensión y progreso de la «probation», cuya noción jurídica fundamental, según bien se dice en la introducción, implica la combinación de dos elementos: la suspensión de la pena de una parte, y una efectiva asistencia y vigilancia personales de otra.

Esta asistencia educativa y rehabilitadora es esencial a la institución y clave de sus éxitos en algunos países extranjeros.

La experiencia inglesa se estudia especialmente en este libro, que presenta la particularidad de proceder por inducción apoyándose sobre datos empíricos, en lugar de fundarse en deducciones hechas a partir de principios generales, cual ocurre en otras obras sobre la materia. Y según este método, se estudian los principios del sistema inglés, la práctica de los tribunales de menores en materia de tratamiento, el de los adolescentes y de los adultos, la reacción del delincuente a la «probation», el nuevo sistema de la República Federal alemana y la evolución reciente en Francia y Suiza.

Un resumen y conclusiones cierra esta interesante publicación de las Naciones Unidas (núm. 59, IV, 4 de su catálogo), documentada y enriquecida con la cita de importante bibliografía.

P. M.

LOEWE, Rosenberg, «Die Strafprozessordnung und das Gerichtovfassungsgesetz mit Nebengesetzen». —Grosskommentar— Erste Band, 1962. El ordenamiento Procesal penal y la Ley Orgánica judicial con leyes complementarias.

Esta veintiuna edición del primer volumen de estos «Comentarios» comprende los primeros ciento once párrafos de la Ordenación penal alemana de 1 de febrero de 1877, según el texto de las leyes unificadoras de 12 de septiembre de 1950, y su importancia, en relación a anteriores ediciones, radica en la colaboración de distintos juristas contemporáneos.

La introducción, que abarca ciento cincuenta y nueve páginas, aparece redactada por el Doctor Karl Schäferque; nos ofrece en la misma una síntesis del Proceso penal alemán desde los precedentes históricos de la St. P. O., la evolución legislativa en los distintos períodos, que se inician con el que abarca la época anterior al año de 1914, y, sucesivamente, desde este año a 1924; 1925 a 1932, y 1933 a 1945, para referirse después a la Legislación de la postguerra hasta el nacimiento de la República Federal, así como los distintos movimientos y proyectos reformadores.

Después, el referido autor nos ofrece una síntesis del Proceso penal, que comprende desde el concepto y las relaciones con otras disciplinas procesales hasta el estudio de los sujetos, los actos y los presupuestos, los principios fundamentales de aquel tipo de proceso y las cuestiones referentes a la pretensión punitiva, síntesis afortunada de las cuestiones fundamentales que plantea el Proceso penal, que puede calificarse de un verdadero «Grundriss», que se revaloriza con una importante bibliografía contemporánea.

En este primer volumen de los «Comentarios», que anotamos, intervienen otros juristas, y así se observa la colaboración de Dünnebieer, que abarca cuarenta y siete artículos de la referida Ley; la de Kohlhaas, que se ocupa de los testigos desde el concepto del testimonio hasta las fundamentales cuestiones que este medio de prueba plantea.

Después, y a partir del parágrafo 72, Sarstedt trata de los peritos e intérpretes en particular, capítulo en el que aparece una completísima bibliografía y que abarca hasta el artículo 93 inclusive de la repetida Ley, con inclusión de la llamada prueba directa o inspección ocular.

Por último, Dünnebieer, desde el artículo últimamente citado hasta el 111, trata del embargo y del registro, con lo que termina el primer volumen de estos «Comentarios», cuyo interés queda patentizado por el hecho de que si por sí mismos se han considerado siempre valiosos, como lo acredita el número de ediciones, esta última se revaloriza más, si cabe, por la actualización que suponen las colaboraciones aludidas.

V. S. M.

MAURACH, R.: «Tratado de Derecho penal». Traducción con notas, por Juan Córdoba Roda. Tomo I. Ariel, Barcelona, 1962.

La traducción al español del Tratado de Maurach es de gran utilidad para los juristas de habla hispana por tratarse de un libro, no sólo importante, sino también de tipo enciclopédico, de gran valor informativo sobre la actual ciencia alemana del Derecho penal. La traducción del Doctor Córdoba, Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, está hecha con esmero.

Las notas del traductor representan una contribución valiosa a la ciencia española del Derecho penal. En algunas de ellas se advierte, sin embargo, un excesivo formalismo. Así, por ejemplo, concede excesiva importancia, a mi entender (en la nota 2 de la pág. 188 y nota 1, pág. 184), a la circunstancia de que en la definición del delito el legislador hable sólo de acción, en sentido amplio, comprensivo de la acción y la omisión (como en el art. 1.º del Código penal alemán) o de acción y omisión (como en el artículo 1.º del Código penal español) para determinar si el concepto jurídico-penal de acción coincide o no con el ontológico. Incurre aquí Córdoba en el mismo defecto que Maurach, cuando dice que el Derecho penal alemán trabaja con un concepto de acción que supone una ampliación del

de la vida diaria (por tener que comprender la omisión). La objeción que Córdoba hace a Maurach es correcta (esta ampliación supone una restricción —y, por tanto, modificación— del concepto ontológico de acción, al suprimir el elemento del movimiento corporal), pero afecta sólo a la tesis de Maurach y no pone en peligro la autonomía del finalismo frente a la doctrina clásica. Welzel y Armin Kaufmann (véase Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 7.ª ed., 1960, pág. 26-7 y 177 y ss., y Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, págs. 23 y ss., y especialmente págs. 81 y ss.) resaltan claramente que la omisión *no es acción*, es la omisión de una acción posible al autor en la situación concreta. El término acción del artículo 1.º del Código penal alemán es sinónimo de conducta y comprende las dos formas independientes, ontológicamente diferentes, de conducta humana: la acción y la omisión.

No es posible hacer un examen crítico de cada una de las valiosas e importantes notas de Córdoba en el marco de una recensión. Me limitaré, por ello, a hacer unas observaciones críticas sobre algunas de sus tesis, que me parecen discutibles.

Córdoba mantiene la tesis —a mi juicio correcta— de que el dolo, en el sentido de la teoría de la acción finalista (conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo), es un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español (nota 28, pág. 301 y ss.; véase, en el mismo sentido, mi artículo. Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal Español, separata del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, 1961, especialmente págs. 66 y ss.). Pretende distinguir, sin embargo, el dolo y la malicia. Esta última estaría integrada, según él, por el dolo y la conciencia de la antijuridicidad (véase nota 29, págs. 307 y ss.; prescindimos, de momento, del problema de si la intención comprende todo el dolo o solo el dolo directo), esta distinción del dolo, y la malicia carece, a mi juicio, de base legal; en el mismo artículo 565 aparecen expresamente equiparadas la malicia y la intención —véase los párrafos primero y último de dicho artículo— y el término intención está utilizado en el número 8 del artículo 8.º como sinónimo de dolo. Esta distinción le hace incurrir, además, a Córdoba en el error de reconocer la existencia de una culpa de derecho; es decir, de reconocer la posibilidad de transformación de un hecho doloso en culposo (lesión o peligro involuntarios de un bien jurídico como consecuencia de la falta de observancia del cuidado objetivamente debido) en virtud de un error de prohibición. La inclusión de la llamada culpa jurídica en el artículo 565 no es posible, por otra parte, sin violentar el tenor literal del precepto. Si el autor realiza dolosamente un hecho delictivo e incurrir en un error de prohibición culpable sobre la antijuridicidad de su conducta no será posible decir que ha ejecutado el hecho por imprudencia temeraria o por imprudencia simple con infracción de reglamentos. ¿Qué sentido tendría en este último caso la exigencia de la infracción de reglamentos? Porque el error de prohibición culpable tendría que ser incluido en el párrafo 1.º o 2.º del artículo 565 (o en el núm. 3.º del art. 586 en los

delitos contra las personas, o en el art. 600 en el delito de daños) según la medida de su reprochabilidad. Todo el artículo 565 (como en el núm. 3.º del art. 586 y el art. 600) está recortado para la culpa en sentido propio, es decir, la culpa de hecho.

Desde un punto de vista histórico no cabe duda tampoco de que el legislador utilizó los términos malicia e intención como sinónimos y que la malicia no implicaba la conciencia de la antijuridicidad. Pacheco decía, al comentar el artículo 1.º, que contenía, según él, la definición del delito doloso: «La intención, lo que el Código de 1822 llamaba malicia, lo que éste llama voluntad siempre es necesario» (El Código penal concordado y comentado, I, 2.ª ed. 1856, pág. 81; véase, también su comentario del art. 480, que corresponde al actual art. 565, *ob. cit.*, III, págs 428-9). En el Código penal de 1822 se utiliza el término malicia en la definición de delito doloso (el art. 1.º decía: «Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace u omite lo que la ley prohíbe o manda bajo alguna pena...»). En el art. 2.º se definían «las culpas»: «Comete culpa el que libremente, pero sin malicia infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar») y en el artículo 10 se declara la ineficacia del error de prohibición («Todo español o extranjero que dentro del territorio de las Españas comete algún delito o culpa, será castigado sin distinción alguna con arreglo a este código, sin que a nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvo las excepciones estipuladas en los tratados existentes con otras potencias»). *No se acogió*, incluso, en el texto definitivo la atenuante prevista para el extranjero en el artículo 11 del proyecto: «Sin embargo, si algún extranjero, transeúnte y no domiciliado en España, que no lleve tres meses cumplidos de residencia en ella, cometiére alguna culpa o delito de los que no contienen una violación de los principios de justicia reconocidos generalmente, sino una mera contravención de ley, ordenanza o reglamento particular de este reino, podrá poner como escepción la ignorancia de dicho reglamento, ordenanza o ley; y si resultare cierta o verosímil, no se le castigará sino con la mitad de la pena».

Córdoba cree posible interpretar el término intención, en nuestro Código penal, como sinónimo de dolo directo (comprensivo del fin y las consecuencias que el autor considera necesariamente unidas a la consecución del mismo). De este modo no sería preciso «extender el ámbito de la intención más allá de lo que su estructura psicológica permite» (véase nota 34, pág. 326). Para vencer el obstáculo del núm. 8. del art. 8.º (donde parece que el dolo es equiparado a la intención: «sin culpa ni intención de causarlo») propugna una interpretación del término culpa en sentido amplio, como sinónimo de culpabilidad. Esta acepción del término culpa tiene, sin duda, un rancio abolengo en el lenguaje jurídico y popular español, pero no es aplicable en el precepto que nos ocupa. La mención, acto seguido, de la intención carecería de sentido. Porque la culpa o es la imprudencia, o es la culpabilidad, pero no la imprudencia más el dolo eventual, con exclusión de la intención. Es cierto que en el artículo 1.092 del Código civil se da un contrasentido semejante, pero es que en nuestro caso la mención

de la malicia (según Córdoba, igual a intención más conciencia de la antijuridicidad) en el artículo 565 no tendría tampoco sentido. El legislador debería haber utilizado otro término comprensivo de la totalidad del dolo. Pero es que, además, y, sobre todo, no hay que olvidar que el término intención es utilizado en los países latinos en un sentido más amplio que la Absicht alemana y ha adquirido con este sentido carta de naturaleza en el lenguaje jurídico (véase, a este respecto, Antón Oneca, Derecho Penal, Parte General, 1949, pág. 205-6)

José CEREZO MIR.

MENDOZA, José Rafael: «Curso de Derecho penal venezolano». Tomo V. De los delitos contra las personas. Madrid. «Gráficas La Letra. 1961, 530 páginas.

Segunda edición de obra bien conocida, que cuenta entre las más valiosas del renacer de las ciencias penales tan visible en la América hispánica de las últimas décadas, en ella se ponen de manifiesto las dotes dogmáticas del veterano penalista J. Rafael Mendoza, Profesor de nuestra disciplina en la Universidad Central de Venezuela y en la de Santa María de Caracas. Y es así, porque al enfrentarse con temas de la parte especial, y concretamente con los delitos patrimoniales, se imponía ceñirse inexorablemente a una positividad dada, en labor propia del jurista, sin diversiones más o menos estratégicas a terrenos ajenos, filosóficos y criminológicos, en los que Mendoza es asimismo maestro, pero por separado, sin incidir en confusionismos nefastos para disciplinas que en sí son distintas, aunque convergentes a veces. Quiere esto decir, que en la obra reseñada, el Profesor Mendoza se enfrenta con las realidades normativas del derecho, sin otras referencias a lo que es extraño que las precisas para la mejor comprensión de las instituciones jurídicas.

Los delitos patrimoniales, o contra la propiedad, como el autor prefiere denominarlos con una titulación conforme al léxico legal positivo, cuentan entre los de naturaleza más específicamente *jurídica*, valga la expresión, entendiéndola en su propinquidad constante a la temática jurídica por antonomasia, que es la civilista. De ahí el valor que ostentan los principios generales sobre el bien jurídico protegido y sus características (propiedad y patrimonio) y sus implicaciones en los elementos delictuales, notablemente sobre el de la antijuridicidad. Todo ello constituye el núcleo de la obra, en una *Prelusión* introductiva que sirve de acceso a las ulteriores exposiciones más bien exegéticas. En ella parece perseguirse una conexión del concepto *propiedad* con lo constitucional y no con lo civil; al modo como lo hizo en Argentina S. Soler, entronque que le permite una mayor concreción que el término de patrimonio, por el venezolano y el argentino censurado por su misma vaguedad. Queda por demostrar, sin embargo, y en ello no insiste el autor, en que esa vaguedad cons-

tituya para el penalista una desventaja, y no una ventaja. Otra peculiaridad de la obra es la de poner el acento no tanto en el elemento ideal de *lucro*, propio del sujeto activo, como en el objetivo de *daño*, inferido al sujeto pasivo. Postura que lógicamente hubiera abocado a tratar en primer término la delincuencia de daños, sino la de hurto, en una sistemática más conforme con los moldes tradicionales, que es también la del Código venezolano, aunque no la del español, que como es bien sabido comienza por el tratamiento del robo. A ella se atiene el autor en su exposición, que comprende, pues: hurtos, robos, con sus variedades de extorsión y secuestro, estafa y otros fraudes, apropiación indebida (con la de cosa encontrada o tesoro), aprovechamiento de cosas provenientes de delito, usurpaciones, daños y disposiciones generales. Se excluyen, como en su código, el peculado, las quiebras, incendios y estragos. Tales terminologías, sin embargo, no deben inducir a engaño al lector español, ya que en no pocos aspectos difieren de las vigentes en nuestro derecho, aunque en cambio coinciden con las prevalentes en el comparado; por ejemplo, en el de considerar hurtos calificados por la fractura o el uso de llaves falsas, lo que entre nosotros constituye robo; figura, en cambio, reservada en Derecho venezolano a los apoderamientos lucrativos de cosas muebles con violencias personales.

A. Q. R.

MORISHITA, Tadashi: «The Recet State of Correctional Institutions in Japan». Okayama University. «Journal of the Administration of Law and Economics», septiembre 1962, páginas 229-254.

En este trabajo, separado de la Revista de la Universidad de Okayama, el Profesor Morishita nos aporta un muy interesante resumen sobre la situación de las instituciones correccionales del Japón actual. Le preceden unas breves y claras consideraciones históricas sobre el nacimiento y desenvolvimiento del sistema punitivo nipón moderno, a partir de su adopción de los occidentales, en la era de europeización que allí se conoce bajo el nombre de «Era Meiji», del nombre de un gran emperador que inició la ingente tarea de modernizar el imperio. En el aspecto penal, se inauguró por la promulgación del Código de 1882, inspirado por el Profesor de la Universidad de París Boissonadé en las tradiciones clásicas del *Code Napoléon* de 1810, con la consiguiente prevalencia de las penas privativas de libertad y las de deportación, que en el Japón de aquel tiempo se llevaron a cabo en islotes remotos del archipiélago. A dicho Código sucedió bajo la influencia germánica esta vez, el de 1907, todavía vigente, con múltiples reformas, e informado en el clima ideológico lisztiano de Política criminal y correccionalismo. A él corresponden las instituciones correccionales objeto del presente trabajo, que han ido proliferando en el Japón de la postguerra hasta alcanzar en la actualidad el núcleo más eficiente del sistema penitenciario.

No expresa claramente el artículo, al menos en su traducción inglesa, cuál es el contenido exacto del término «instituciones correccionales», que parece abarcar todas las penitenciarías, visto que, bajo el mismo se comprenden en la enumeración establecimientos con los nombres de «casas de detención» y «prisiones», además de los juveniles y reformatorios. La lista es la siguiente, con el correspondiente número de establecimientos centrales y locales :

Casas de detención (7 y 93).

Prisiones (57 y 17).

Prisiones juveniles (9 y 50).

Reformatorios (58 y 3).

Hogares femeninos (3).

Las estadísticas aportadas arrojan una disminución notable de la población penitenciaria, de 78.843 en el año 1960 (de ella sólo 1.837 hembras), que supone un 4,7 por 100 menos que la de 1959.

Otro de los datos interesantes que aporta el artículo es la ampliación legal del tope de delincuencia juvenil, hasta los dieciocho años, comprobándose, en cambio, como en Europa, un incesante aumento de la criminalidad de dicho tipo, en contraste con la disminución de la adulta. En materia de tipos de delincuencia, la de contra la propiedad aumenta, con un 52 por 100 del total referida a hurtos.

Muy especial atención se dedica en los establecimientos japoneses a la individualización administrativa, sobre la base de minuciosas clasificaciones reguladas en una Instrucción ministerial de 1949. Se realiza, primeramente, por comisiones de Investigación, que operan con métodos experimentales y procuran coeficientes de inteligencia, temperamentos (mediante el test de Kraepelin) y adaptabilidad profesional; luego mediante clasificaciones de grupos que ascienden a nueve, según la edad, sexo y salubridad corporal o mental.

Las cifras porcentuales de reincidencia acusan un 33,7 por 100 en los delincuentes primarios, y un 61,5 por 100 en quienes ya tenían antecedentes penales, lo que se ajusta en términos generales a los datos de otros países; el autor, sin embargo, hace notar el específico aumento de reincidentes entre los menores y jóvenes.

A. Q. R.

PETERS, Karl: «Grundprobleme der Kriminalpädagogik», 1960. Problemas fundamentales de la Pedagogía criminal.

La pedagogía correctiva en relación a la delincuencia es el tema de este libro, en el que se desenvuelve el concepto de lo que el autor califica de pedagogía criminal, tanto en relación a los jóvenes como a los adultos y con referencia a sus aspectos sociales, cautelares y correctivos.

Después de analizar lo que se califica de presupuestos temporales de

una pedagogía criminal en la historia de la ejecución penal hasta la mitad del siglo XIX y las nuevas posibilidades que se abren a partir de esa fecha y de la importancia alcanzada en relación al tema de las llamadas ciencias auxiliares del Derecho penal y la colaboración internacional, estudia Peters los fundamentos jurídicos de la pena y su finalidad, y muy particularmente la correctiva o educadora, para analizar después los principios pedagógicos generales que no deben olvidar la adecuación a la personalidad, la justicia y el realismo, destacando el amor como medio pedagógico y que desdobra en aspectos religiosos y humanitarios, en su relación recíproca con la justicia.

Estudia luego el autor determinados problemas de la pedagogía correctiva, las relaciones entre el proceso penal y la finalidad educadora, para pasar luego a analizar las cuestiones que plantea esta finalidad de la pena, desde el punto de vista del llamado Derecho penitenciario, con sus problemas de formación del personal, los del trabajo en las prisiones, y los de carácter religioso y moral, destacando la exigencia de la clasificación que ha de abarcar criterios jurídicos, éticos, caracterológicos, psicológicos y psiquiátricos, que permitan el pronóstico, y con ello el acierto en el propósito de alcanzar la corrección.

En el libro que anotamos se estudian también las formas de Ejecución penal, en relación a las penas privativas de libertad, con referencia a los jóvenes, a las mujeres y a los psicópatas, y después en relación a determinados delinquentes contra la honestidad y los culpables.

Alude luego el autor de este libro a la Remisión condicional, tanto desde el punto de vista del delincuente como de los funcionarios encargados del control, así como las medidas cautelares terminando con la Rehabilitación cuyo concepto analiza, y cuyos problemas estudia y a la que califica como último paso del Proceso penal.

V. S. M.

RIVACOBÁ, Manuel de: «El centenario del nacimiento de Dorado Montero», Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral. Prólogo de D. López Cuesta. Santa Fe, 1962, 145 páginas.

Es, ciertamente, de lamentar que una efemérides tan señalada para los penalistas españoles, como es la del centenario del nacimiento de Pedro Dorado Montero, que tuvo lugar en 1861 en el pueblito de Navacarros, de Salamanca, haya pasado casi desapercibida, en el aspecto científico oficial, en su país de origen. Pero esa lamentación, por culpa que más o menos a todos los españoles nos cabe, se compensa por la satisfacción de verla redimida gracias al recuerdo que, con mejor memoria que nosotros, hizo la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, de la argentina Universidad del Litoral, que dedicó al insigne maestro salamantino una sentida y profunda velada necrológica en su Curso de Extensión uni-

versitaria. Encomendado el Discurso al joven profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba, que no hace muchos años cursó sus estudios en la Facultad madrileña, la obra que ahora se reseña, enriquecida de notas para su publicación es el fruto más sazonado de tan emotivo homenaje. Rebasando muy con mucho lo circunstancial y efímero que suele revestir trabajos de este género, el de Rivacoba constituye una verdadera monografía sobre la persona y obra de Dorado Montero. Con lo cual vemos fructificar, más allá del océano, la siembra de ideas que, por razones que no son del caso, no han podido aquí tener tan lozano desarrollo. Ello hace que en el libro del profesor argentino, que ha de alinearse en la ya valiosa bibliografía de los estudios dedicados al maestro de Salamanca, con puesto de honor, entre los mejores de Asúa, Bernaldo de Quirós, Cuello Colón y Antón Oneca, aparezcan datos y, sobre todo, detalles y consideraciones que para muchos de los lectores españoles, singularmente los más jóvenes, resultarán inéditos. De los cinco capítulos en que se divide el estudio: el hombre, el escritor, el filósofo, el penalista y el maestro, seguramente el que mayor interés ha de ofrecer es el primero, puesto que, como tantas veces sucede en las más egregias figuras de lo hispánico, el valor humano prima sobre todos los demás. En este aspecto Dorado Montero aparece íntegramente genial, como lo fue en su ideología sentimental y humana, mucho más que en el de doctrinario del Derecho, donde incidió en el utópico profetismo del que el profesor Rivacoba trata de liberarle. Utopismo, empero, que está lejos de constituir un reproche, sino quizá todo lo contrario, al añadir un aura de romanticismo a la figura del maestro que constituye no el menor del sus encantos. El acertar o no importa poco, y en definitiva ello no podrá ventilarse hasta la consumación de los siglos, sin que quede nadie para comprobarlo. Y es que cuando Cuello Colón habla del utopismo de Dorado, y lo ha hecho en numerosas ocasiones y escritos que suscribo en general, aunque alguno de ellos en concreto desconozca, y de ello me hace censura el autor, la referencia vale en la perspectiva de lo penal; que es por lo que personalmente yo mismo me referí al «saturnismo» doradiano, devorador de sus propios hijos, al penalista que arruina su propia disciplina al negar la doble cualidad de ser *derecho* y de ser *penal*. Paradoja, ciertamente, pero paradoja que en Dorado fue genial, como tantas otras que inmortalizaron a su gran contemporáneo y compañero claustral, D. Miguel de Unamuno, que Rivacoba y el prolonguista López Cuesta evocan pertinentemente en un paralelismo pleno de sugerencias. Por lo demás, una reseña no es lugar propicio a la polémica, y con lo dicho basta para celebrar la nueva aportación americana a la bibliografía en torno del gran maestro, más de «hombredad» y humanidades, que de Derecho penal, que fue D. Pedro Dorado Montero.

A. Q. R.

TABIO, Evelio: «Criminalología». Biblioteca Jurídica de Autores Cubanos y Extranjeros. Volumen CLXXXII. Jesús Montero, editor. Obispo 521. La Habana, 1960.

Recibimos con emoción esta obra póstuma del que fue eximio magistrado de la Sala de lo Criminal del Tribunal Supremo de Cuba, continuador y autor de los últimos ocho tomos de los comentarios al Código de defensa social por Tejera, y de otras muchas publicaciones.

El autor nos dice en la introducción que tenía proyectado hace tiempo hacer un libro dedicado exclusivamente a la Criminología, «ciencia causal explicativa a la cual hemos dedicado últimamente una gran atención, porque—sin ser desertor del Derecho penal, nuestra muy amada ciencia—, hemos creído que el porvenir de la justicia penal está en la Criminología, que con sus ciencias afines, nos dará lo más exactamente posible, la etiología del delito. No será nunca posible, sin conocer esta etiología, llegar a una justicia que satisfaga plenamente a la sociedad».

Poniendo a contribución algunos de sus anteriores trabajos, el Magistrado Tabio escribió este libro en el que luce su conocimiento y dedicación a la Criminología, aun sin ser un tratado sistemático de la disciplina.

En los primeros capítulos trata del origen e importancia de la Criminología, su contenido, concepto, método y filosofía de la Criminología.

Reitera el autor que un hondo humanismo debe informar constantemente al penalista y, por tanto, al juzgador recordando la evolución sufrida a través de los tiempos, que terminó relevando a un pasado remoto, la época en que, por ejemplo, el loco era considerado un ser endemoniado y repulsivo que había que tratar cruelmente.

Formula certeras consideraciones sobre la época actual cada día más distante de «viejas y carcomidas teorías que enjuiciaban la vida a través de obstáculos y perjuicios que no existen en el momento actual», pero éste presenta caracteres morales desoladores, acaso consecuencia de período de transición. Dedicamos unas páginas a notar ciertos aspectos de la evolución histórica de doctrinas criminológicas, pero diciendo que hay que filosofar alrededor de la probeta de la vida.

Se refiere a una científica política criminal, fundamento de toda lucha contra el crimen que nuestras ciencias se esfuerzan por robustecer para cumplir la sagrada defensa de la sociedad, y que ha sido base del progresivo cuerpo legal cubano, que ya lleva el título de «Código de Defensa Social», aunque desgraciadamente, en su aplicación, no se haya llegado todavía más que a los umbrales de la verdadera justicia.

La sola nomenclatura del sistema penitenciario es, en opinión del autor, un monumento a la crueldad, a lo inhumano.

Dedicamos unas líneas a la importancia de recientes investigaciones del subconsciente y al estudio de la personalidad total del hombre desde el ángulo de lo subjetivo, cada día más indispensable para el criminalista, concretando sus ideas en esas tres aristas del pensamiento: Derecho penal, Criminología y Filosofía.

Filosofando sobre estos problemas llega a la conclusión de «que el dogmatismo penal, por sí solo no resolverá el problema del crimen».

Por eso hay que volver la vista hacia la criminología, para encontrar la etiología del delito y poder combatirlo científicamente en sus mismas entrañas. Toda la armazón de los Tribunales de Justicia como instrumentos u órganos del Estado para enjuiciar a los delincuentes, no ha tenido éxito hasta ahora, lo que está demostrando que hay que buscar otras soluciones más humanas y prácticas, sin dejar de lado la organización de una administración de justicia en la que se acojan no sólo los preceptos positivos de los Códigos penales, sino también aquellos postulados de otras ciencias que ahonden en el fuero interno del hombre como sujeto activo del delito, en un mundo lleno de injusticias, de prejuicios, de ignorancia, de crueldad, de ambiciones y de egoísmos desmedidos. Por eso, el recuerdo del sistema penitenciario imperante, nos lleva a pensar en la indiferencia de la sociedad ante estas tristes y dolorosas realidades, que constituyen la más pesada carga que gravita sobre la doliente humanidad.

Según Tabío, más de cien mil causas criminales por año en la República de Cuba y elevado porcentaje de convictos que llenan sus cárceles y presidios hace volver los ojos hacia la psicología y la biología criminal, y la criminología busca con afán creciente los múltiples y variados orígenes del delito. Una vez más hace pública su repulsa frente a sistemas penitenciarios en boga, conveniendo con Ruiz Funes en la «Crisis de la Prisión», que dio título a su conocida obra.

Afirma que la Justicia penal a la larga se resentirá cada vez más de estas posturas de los jueces, que apegados con exceso al tradicional dogmatismo penal se olviden de que el hombre es un ser humano de complejidad extraordinaria. Apela al concurso honrado y científico de los médicos para la humana consideración de complejos problemas de la personalidad, dedicando unos renglones a la excepcional importancia del factor educación, especialmente entre los menores delincuentes. Afirma el carácter científico de la criminología, hace unas referencias estadísticas y termina repitiendo que la criminología, que ya tiene una base sólida e indestructible y robusto bagaje científico, será el cauce más seguro y firme para modernizar y humanizar los sistemas penitenciarios.

En el capítulo sucesivo trata de los crímenes pasionales, profilaxis criminal, sobre la teoría lombrosiana, sociología criminal, nuevas teorías de la criminalidad, psicoanálisis, psiquiatría forense y datos, estudios y orientaciones diversas, con tan cabal conocimiento de ellas en Hispanoamérica como evidenció antes sobre las del Viejo Continente, desde la obra de Groos hasta la de Seelig, pasando por Sauer, Ledig, Mezgez, Keunecke, Grasseberger y Frey, por no citar más. A los criminalistas españoles dedicado siempre preferente lugar.

Por vía de apéndices encontramos en este libro varios trabajos breves, unos publicados, otros no, sobre la Criminología y el Derecho penal del porvenir, Dostolewsky y la Siquiatría, la embriaguez y el homosexualismo.

José Agustín Martínez Viademonte, veterano presidente del Instituto Nacional de Criminología, escribió el epílogo del libro y de la obra de

Tabío. «De una obra —nos dice— la más copiosa quizá que haya producido penalista alguno en Cuba, y posiblemente en América. Porque Tabío era un productor incansable. Congresos, ponencias, conferencias, artículos, todo iba brotando de aquel manantial que había conocido la «divina fuente», de la que hablara Gohete... Ahora se fue. Ha tenido suerte...»

Séanos permitido en esta ocasión rendir nuestro postrer homenaje al admirado amigo y compañero.

P. M.

WOLFGANG, Heinrich: «Meister der Kriminalistik». Neue Folge. Editorial Universitas. Berlín, 1962, 287 páginas.

Prosiguiendo su ya bien conocida obra de exposición informativa sobre los trabajos de criminalística científica moderna, esta obra, continuación de las anteriores, se ocupa en primer término de la acción coordinada internacional de la llamada *Interpol*, con sede centralizada en París y ramificaciones en sesenta Estados, luego de la nueva organización policíaca berlinesa conocida, por el lugar donde está enclavada, *Friesenstarsse*, que en la excapital alemana ha de trabajar en singulares condiciones de dificultad por la presencia de las zonas de enclave extranjero dentro de ella, actualmente la sujeta a la obediencia del Gobierno de Pankov y de la ocupación soviética, y en fin, de nuestra Dirección de Seguridad madrileña. Con la amenidad que caracteriza al Dr. Heinrich, desfilan por estas páginas del libro, sugestivo como el mejor novelesco policíaco, casos reales recientes que apasionaron a la opinión, pero con la peculiaridad, ciertamente original, de enfocarlos desde el prisma de la personalidad, no del delincuente, sino del policía, que narra sus experiencias mejores y constituye una galería de personalidades destacadas en los distintos países en la incesante lucha contra la criminalidad. Destacan en el cúmulo de narraciones de casos, y por lo que a España respecta, los poco frecuentes en nuestro clima criminal, del atraco a la Joyería Aldao y del triple robo homicida de Jarabo.

A. Q. R.

WURTENBERGER, Th.: «Kriminologie und Volzug der Freiheitsstrafe», 1961. (Criminología y Ejecución de las penas privativas de libertad.)

Desde el 2 hasta el 8 de octubre de 1960, tuvo lugar en Friburgo una Reunión internacional, cuyo tema se recoge en este libro, en el que se insertan las distintas comunicaciones que abarcan problemas de Criminología, Ejecución penal y Pedagogía, y también el tratamiento de jóvenes y adultos, y que son desarrolladas por distintos especialistas que analizan sucesivamente la actual situación de la Ejecución penal en Alemania, la llamada Pedagogía social, fundamentos de la educación en relación a la

pena, los tratamientos psicoterapéuticos, los problemas que plantea la formación de los adultos en las prisiones, la actual situación de la Pedagogía, la calificación de la personalidad de los jóvenes delincuentes, las cuestiones de orden psicológico y pedagógico del tratamiento penal juvenil, temas sobre pedagogía correctiva, investigación de la personalidad y clasificación de delincuentes adultos, reincorporación social y profesional de aquéllos, las experiencias de las prisiones «con puerta abierta» y la asistencia religiosa de los reclusos; terminando con el estudio sobre los distintos momentos importantes, de lo que se califica de camino del recluso hacia la libertad, como retorno a una disciplinada vida dentro de la sociedad.

V. S. M.

REVISTA DE REVISTAS

FRANCIA

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Julio-septiembre de 1962.

SCHEWIN, Jean: «Rèsidence et probation»; págs. 479 a 486.

La puesta en marcha del sistema de probation en Francia donde recibe el nombre de sursis avec mise à l'épreuve, que se corresponde con nuestra libertad condicional ha planteado ya a los Tribunales algún problema respecto a competencia. Uno de los primeros es el que expone y comenta el autor, juez de aplicación de penas, con propuesta ya de una reforma del Código de Procedimiento que la establece.

LAPLATTE, C.: «La détention d'armes en prison»; págs. 487 a 490.

La muerte a tiros de tres guardianes por tres detenidos en la cárcel de Chambéry y el recuerdo de un caso anterior, el de encontrarse en la de Colmar a un argelino una pistola que desde el exterior se le había suministrado, para que matase a otro, lleva al autor a deplorar la inexistencia en el Código de la infracción especialmente cualificada de tenencia de armas en prisión que fuese sancionada con reclusión.

Docteur BADONNEL: «Le sentiment de culpabilité»; págs. 491 a 495.

Es la accumbra crónica de criminología clínica a cargo, una vez más, de la infatigable jefe de los Servicios Médicos del Centro de Orientación Nacional de Fresnes.

Siempre se tiene indulgencia con los propios actos, la disculpa por su realización es frecuente tanto a nuestros ojos como a los de los demás, el miedo a la sanción es frecuentemente el origen de esta necesidad de disculparse, pero no es siempre así, reincidentes endurecidos no tratan de hacerlo, sólo sienten las consecuencias penales que su acto les acarrea.

Hay, sin embargo, detenidos en los que el sentimiento de culpabilidad se siente profundamente, siendo curioso observar que está más arraigado en autores de actos excusables, también en los autores de delitos pasionales, casi siempre engendrados por celos, cuando después de la exaltación que los llevo al delito caen en estado de abatimiento. El sentimiento de culpabilidad no está siempre unido al carácter reprehensible del acto sino a ciertas repercusiones de él, como las molestias que el conocimiento de su realización puede causar a sus parientes.

Otros delincuentes, aun no siéndoles necesario, invocan excusas para

sus actos, como las dificultades materiales a las que no pueden subvenir en un periodo de mala suerte, el ser su acto una especie de autoreparación de una injusticia, la dificultad de encontrar trabajo después de haber estado preso, el buen uso hecho de los productos del delito, como el dar estudios a una hija, aunque a tal destino se haya dedicado una escasa parte de ellos.

Finalmente para otros delincuentes, sobre todo juveniles, la delincuencia es un medio de satisfacer su sed de aventuras y exageran su participación en el delito, para hacerse importantes, empujados por su complejo de inferioridad.

* * *

Gran número de sus páginas están dedicadas a dar noticia de las reuniones de la benemérita Société Generale des Prisons et de Legislation Criminelle de 10 de marzo y 25 de mayo de 1962, dedicadas a las penas cortas de privación de libertad con cita de las opiniones de Cuello Calón y Rodriguez Devesa sobre nuestra institución del arresto domiciliario, de la celebración del II Congreso Francés de Criminología celebrado en Rennes del 26 al 29 de octubre de 1961, sobre el tema del «estado peligroso» y de la sesión celebrada en 6 de julio de 1962 por L'Unión des Sociétés de Patronage de France, en que se discutió sobre «La dinámica de grupo y de algunas de sus aplicaciones pedagógicas y terapéuticas en la reeducación y el tratamiento de los delincuentes».

De crónicas extranjeras sólo la filandesa a cargo de Valenín Soine.

Domingo TERUEL CARRALERO.

I T A L I A

Quaderni di Criminologia Clinica

Año III, núm. 4.º, octubre-diciembre 1961.

FERRACUTI, Franco: «La personalita dell'omicida»; págs. 419 a 456.

Este trabajo que fue una comunicación presentada al Congreso Internacional de Psicología aplicada, celebrado en Copenhague en agosto de 1961, ha sido ya traducido al español al publicarse en el número 7 (julio) de 1962 de la revista mejicana *Criminalia*, en la que con alegre desenfado se le rubrica «aspectos psicológicos del homicidio criminal». Esta doble publicación da ya idea de su interés.

El autor empieza señalando que el homicidio es un delito que a pesar de su infrecuencia en relación con otros, provoca las más fuertes reacciones publicas, quizá por ser el primer crimen, crimen original, crimen natural y que si bien está castigado en las legislaciones de todos los países, sus límites, clasificaciones y denominaciones son tan variables que hacen imposible comparar datos estadísticos de diversos países, a pesar de lo

cual señala las cuatro clases de homicidios existentes en la legislación anglosajona y su consideración en el Código Penal italiano.

De estas legislaciones considera homicidio y tema del trabajo todos los grados de asesinato y algunos tipos de homicidio casual del Derecho anglosaxon, mientras, sólo los culposos están excluidos del Derecho italiano, también en ambos por su distinta motivación y a pesar de su interés el infanticidio y el homicidio cometido por menores. En uno y otro la diferencia psicológica entre tentativa de homicidio y homicidio consumado es difícil de defender.

La literatura criminológica ha producido muchos estudios sobre este delito, gran número de los cuales tienen escaso valor. La literatura psiquiátrica ha realizado grandes esfuerzos para analizar e interpretar los motivos de los asesinatos, publicándose el de gran número de casos, pero los datos coleccionados son dudosos y con pocas excepciones, limitados a unos cuantos casos, variando el porcentaje de homicidas, enfermos mentales grandemente complicando la determinación de este porcentaje la admisión en la legislación de algunos países de la existencia de enfermedad mental parcial.

Las explicaciones psicoanalíticas están fundadas en teorías no probadas y que a menudo alcanzan niveles interpretativos absurdos, así la intentada por la del llamado instinto de la muerte, o en la existencia de un instinto general de agresión, que no se ha probado que exista, o en la que lo explica como un equivalente al suicidio por tendencia al autocastigo o como un suicidio indirecto cuando con él se provoca la imposición de la pena de muerte a quien no puede suicidarse, siendo de esas hipótesis la más aceptable y al menos parcialmente comprobada la de que una persona puede cometer suicidio provocando a otra a que lo mate.

El grupo de los homicidas normales está formado por los que matan premeditadamente o los que lo hacen impulsivamente o cuando sólo tienen la intención de lesionar. De ello sólo un 5 por 100 corresponden a los primeros, y a veces son individuos que no han tenido ningún contacto con la Ley y de aquí la dificultad de que sean descubiertos, los otros están representados en todas las tipologías propuestas, son los criminales llamados agresivos, y entre ellos están los instintivos ocasionales y pasionales de Ferri.

Para el desarrollo de las tipologías es preciso: encontrar la mayor parte de la población de ofensores; discriminar la relación entre el tipo de agresor y cualquier punto de la vida de estos sujetos; describir su vida y prever una descripción etiológica de cada tipo; así como hacer posible una clasificación y recoger lo más detenidamente posible estos datos.

Desgraciadamente los estudios médicos y antropométricos no contribuyen grandemente a la solución del problema. Más interesantes son las investigaciones realizadas con medios electroencefalográficos mediante los cuales se ha llegado a determinar que un 55 por 100 de criminales agresivos tienen anomalías que indican su inmadurez cerebral.

No ofrecen grandes resultados las indagaciones de los aspectos psicológicos del homicidio por haberse despreciado el empleo de grupos de control, aunque sí se ha comprobado un nivel intelectual más bajo que el de los ladrones, no se ha conseguido una diferenciación de su personalidad y

solo datos sueltos para lograrlo. El autor expone que la conclusión a que llegó tras un estudio realizado por él juntamente con el doctor Rizzo, que esta personalidad está caracterizada por egocentrismo y ausencia de control emocional.

Examina después brevemente cuatro teorías socio-psicológicas para contrastar su utilidad con hipótesis adecuada para estudiar el mayor grupo de homicidas, esto es, el de los violentos pasionales; la de la frustración agresión; anomía de Durkheim; la de los contenedores de Reikless y la de la subcultura de la violencia.

Este es el denso e interesante trabajo del psicólogo de Roma que finaliza con una bibliografía exhaustiva —exactamente 361 obras— que no es el menor de sus méritos.

OREFICE, Anna María: «Problemi di interesse rieducativo e sociale relativi ad esperienze di servizio medico psicopedagógico»; págs. 457 a 494.

Como premisas la autora recuerda que la antisocialidad de la conducta de los menores es considerada como un problema clínico, lo que necesariamente supone la realidad de un diagnóstico, no pudiéndose, mientras éste no se realiza, hablar de tratamiento. La observación necesaria para ello debe ser realizada sobre todo en régimen ambulatorio, es decir, continuando el menor en familia, régimen cuya ventaja enumera, y debe comprender los extremos que también enumera, entre ellos el aconsejar sobre la medida de tomar con el menor, tratamiento a seguir con él y con su familia y prognosis de recuperabilidad con indicación de la duración calculada para el tratamiento.

Después anuncia que el trabajo es el resultado de las observaciones realizadas sobre 314 menores de conducta irregular, examinados en siete años por el Instituto Municipal para la aplicación de la Psicología de Florencia, y expone el método seguido para realizar la investigación y poner de relieve las ventajas del trabajo en equipo.

Los resultados estadísticos en relación al sexo, a la edad, a la naturaleza de los actos antisociales realizados, al grado de escolaridad, posibilidades de recuperabilidad según el tratamiento indicado, el éxito del examen clínico general, el cociente de inteligencia, perturbaciones de la efectividad, son indicados en gráficos que permiten al primer golpe de vista apreciar los resultados obtenidos. Otros de mayor complicación son consignados en tablas estadísticas que necesitan una mayor atención para su comprensión.

De los datos así expuestos deduce las siguientes conclusiones; respecto a las causas de irregularidad de su conducta: Que la proporción por sexo es de una cuarta parte de mujeres respecto a los hombres; que la edad en que es mayor su número es entre los quince y los dieciocho años; que el mayor número de los examinados ha sido considerado como recuperable; que se ha adoptado en la mayoría de los casos el internamiento en una institución adecuada; que el estado de salud es bueno en la mayor parte de los examinados; que su nivel intelectual es menor del medio respecto a los de la misma clase y edad; que predomina inmadurez afectiva en la

mayor parte de ellos; y finalmente que el mal ambiente tiene mayor influencia en las muchachas que en los muchachos.

El resto del trabajo es un examen y recuento de los medios con que se cuenta para lograr el fin propuesto de reeducación y adaptación de los jóvenes de conducta irregular.

TATSUO ENDO: «Gli stress psicologici negli istituti penitenziari»; páginas 495 a 505.

Primero una definición: stress psicológico es toda condición estimulante o cualquier factor causal antecedente que produce un cambio en la conducta de un individuo de tipo medio. A continuación la afirmación de que no puede haber situación más «stressante» que la producida por la encarcelación o detención.

Esta situación ha sido estudiada por los psicólogos penitenciarios y el autor describe la impresión que produce en el detenido el hecho de su detención, las reacciones iniciales, las que se suceden desde esta impresión a la de adaptación y los varios factores que han reformado situaciones traumatizantes y originar episodios de evasión. Estas reacciones referidas a detenidos japoneses se han expuesto sintéticamente en tres tablas estadísticas que facilitan su comprensión y ponen de relieve su importancia.

* * *

La acostumbrada exposición de un caso de los observados en *Rebibbia* páginas 509 a 536, corre a cargo de los doctores Fontanesi y Ferracuti. Es el de un adolescente de dieciséis años que viola y después mata golpeándola en la cabeza con un trozo de tubo de hierro a una niña de once años, y que después se presenta sin ropa, que escondió, por habersele ésta manchado de sangre diciendo que un desconocido amenazándole con un fusil, le había despojado de ella.

D. T. C.

S U I Z A

Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique

Enero-marzo 1961

ZUMBACH, Pierre: «Protection de l'enfance et unité d'action»; págs. 31-38.

Los medios puestos en práctica para la protección de la juventud delincuente suelen ser heterogéneos y estar faltos de una indispensable unidad de acción de la que sólo pueden originarse y depararse perjuicios para los menores.

El funcionamiento de muchas instituciones depende de circunstancias a veces fortuitas, políticas, económicas y personales. El problema se complica por la acción unilateral en algunos campos del diagnóstico y tratamiento de menores y por la ignorancia de la psicología de los menores, la

rutina y falta de equipo adecuado de los organismos creados para la protección de la infancia.

Es ya hora de reunir todos estos elementos separados para ver qué es lo que puede construirse y obtener, por un esfuerzo de síntesis, los principios cuya aplicación permitiera colmar poco a poco las lagunas actuales, reunir los diversos elementos y situarlos lo mejor posible en relación con los fenómenos comprobados.

Sigue, el autor, exponiendo la situación y evolución de los servicios de protección a la infancia, los métodos modernos de servicio social (estudios casuísticos importados de América) y la noción de prevención, que debe ser entendida como lucha contra las causas de inadaptación social. Señalando como fin de la protección de la infancia el «mantenimiento o vuelta del niño a un hogar familiar mejorado».

Para superar la falta de unidad de acción, estima Zumbach oportuno lo siguiente:

1.º) La acción preventiva debería confundirse con la acción psicosocial desde el momento en que se estableciera el contacto individual entre el asistente social y el cliente.

2.º) La acción psicosocial no debería quedar interrumpida como sucede frecuentemente por causas como iniciación del proceso judicial, dificultades burocráticas, falta de formación de los asistentes sociales y de los jueces, etc.

3.º) Es necesario una reforma de estructuras que permita una mejor unidad de acción de los esfuerzos psicosociales de readaptación.

4.º) Es igualmente necesario informar más y mejor al público sobre los problemas educativos y de la inadaptación.

5.º) Hay que evitar que los métodos y técnicas del trabajo social carezcan de unidad de acción debido a multitud de causas, como el hecho de que rara vez sea la medida judicial un medio de tratamiento, en que esta sea interpretada como un fracaso por el asistente social responsable de la acción psicosocial, etc.

Para lograr la necesaria unidad de acción el autor propugna la continuidad en la acción psicosocial a través de relaciones interindividuales en el tiempo, métodos intercambiables, jueces con formación especializada, adecuado diagnóstico y tratamiento del menor así como un organismo coordinador de las diversas instituciones y personas que se ocupan de la protección de la infancia.

THELIN, Marc-Henri: «L'alcool, fauteur de crimes et d'antisocialité»; páginas 39-46.

El director del Instituto de Medicina Legal de la Universidad de Lausana pasa revista en este conciso, pero interesante artículo, a los problemas jurídicos médicos y sociales provocados por el alcoholismo.

Los nefastos resultados del alcoholismo empiezan ya a manifestarse con su forma menos grave, la embriaguez. Pero ésto no es más que un epifenómeno de una estructura tremendamente compleja constituida por un

alcoholismo colectivo cuyas raíces se pierden en el fondo de la Historia. En la actualidad conviene considerar:

1) *Aspecto jurídico del problema.*

Para el Código penal suizo el individuo gravemente intoxicado por el alcohol es un irresponsable (art. 10), o sólo responsable en parte (artículo 11). Pero la Jurisprudencia rara vez tiene en cuenta la acción formal de alcohol en la criminogénesis y en muy pocos casos admite la irresponsabilidad, aunque tampoco suele aplicar el artículo 44 del Código penal por el que se debería enviar al alcoholizado a un asilo de bebedores una vez cumplida la pena impuesta por delito relacionado con el alcohol.

La nueva ley federal sobre la circulación por carretera de 1958 prevé la retirada del permiso de conducir, diversas multas y hasta el encarcamiento del conductor que haya ingerido bebidas alcohólicas; también exige la famosa extracción de sangre.

Una ley del Canton de Vaud de 1949 aplica medidas terapéuticas a los alcoholizados que manifiestamente perjudiquen a su salud física o psíquica, comprometan su situación material o moral, o la de su familia, o resulten peligrosos para sí mismos o los demás.

El artículo 370 del Código civil señala al alcoholismo entre las causas de tutela.

2) *Aspecto médico.*

Una propaganda sin fundamento científico alguno pretende hacer del alcohol un alimento e incluso un medicamento. La realidad es que el alcohol por su constitución química actúa sobre el sistema nervioso como un narcótico que paraliza progresivamente sus funciones. La zona más sensible es el cerebro, la zona frontal, la que nos distingue del animal, que es la primera en paralizarse. Sin embargo, esta zona es la que condiciona nuestras inhibiciones, nuestro autogobierno. Su perturbación, provoca la excitación del ser primitivo, del salvaje que cada hombre lleva consigo por desinhibición. La excitación y la euforia debidas al alcohol no son pues una aportación constructiva sino el resultado de una disyunción y una parálisis de los centros superiores. Por ello, la repetición cotidiana de la intoxicación provocará poco a poco modificaciones duraderas de la personalidad, bien sea por la excitación seguida de depresión repetida varias veces al día, ya por la «habituaación» que no es más que una alteración adquirida y permanente de la personalidad.

Falsa sensibilidad, ilusión de trabajo, melagomanía, desorden en los negocios, pérdida del sentido de lo moralmente correcto, desprecio a los derechos ajenos, tales son los efectos reales del alcohol que demasiado fácilmente se disimula en nuestras sociedades pueriles, bajo el disfraz de la tolerancia lo cual no es más que uno de los efectos de la falsa sensibilidad alcohólica.

Si se considera además la psicogénesis fácil es comprender los posibles efectos del alcohol sobre un psiquismo en evolución que laboriosamente se edifica primero en el embrión y luego en los dos primeros años de la vida

se manifiesta socialmente por la adquisición del «superyo» o sentido moral, de tan variable resistencia según los individuos.

Parece pues evidente, desde el punto de vista lógico, que si bien puede tolerarse el alcohol en pequeñas cantidades, su acción puede ser catastrófica en mayores proporciones, provocando entonces una verdadera toxicomanía, lo mismo que la cocaína, el opio y los agentes medicamentosos que se traduce en una modificación de la personalidad.

El tratamiento del alcoholizado es desgraciadamente objeto de falsas esperanzas e ilusiones: la buena voluntad, la predicación, las brutales medidas de coerción se suceden e intervienen muchas veces de manera incoherente. La introducción de la farmacología, y de los tratamientos bien dirigidos ha complicado aún más la situación.

El alcoholismo no es una enfermedad que se trata como la neumonía, sino como una verdadera toxicomanía, es decir, exige medidas arbitrarias, restrictivas o privativas de libertad. El consentimiento del enfermo al tratamiento es formal las más de las veces. Pero el obstáculo más difícil a vencer lo representa la personalidad profunda, patológica que tiende a la destrucción del individuo, en beneficio de una abolición de los sentimientos y reacciones dolorosas del mismo en su lucha con las dificultades del mundo.

Todavía hoy, es demasiado frecuente la improvisación tanto en la organización legal del tratamiento como en su realización práctica.

Las bases del tratamiento del alcoholizado se pueden resumir del modo siguiente: es preciso una intervención muy precoz del médico, desde el mismo instante en que los amigos o la familia perciban excesos, incluso pequeños. En la vida diaria se pierde muchísimo tiempo en dar consejos amistosos y pastorales a gentes que se convierten así, tranquilamente, en toxicómanos ya que no se les ha abordado suficientemente pronto con una técnica adecuada.

Los tratamientos medicamentosos son, desde luego, útiles, pero no tienen otro efecto real que el de apartar del tóxico al enfermo durante un tiempo limitado, que permite el acceso a la psicoterapia. Si descuidamos ésta última durante y después del tratamiento medicamentoso es inútil perder el tiempo intentando tratar a los enfermos. Después del tratamiento la abstinencia es una regla de conducta que debe ser respetada de modo absoluto. El ex alcoholizado que pretende beber sólo moderadamente, no es un alcoholizado curado sino un reincidente que se vuelve clandestino al comprender el beneficio de la simulación.

Termina su artículo el profesor M. H. THELIN proponiendo como remedio del mal social ocasionado por el alcoholismo, una simple limitación de la venta de alcoholes ante los inconvenientes que tiene la prohibición de raíz.

BERTRAND, C. M.: «La protection juridique des enfants des alcooliques»; páginas 47-51.

Demasiados niños son víctimas inocentes del alcoholismo de los adultos. Los niños que se encuentran en un medio alcohólico, incluso cuando no

sufren violencias, sufren en su fuero interno y no pueden desarrollar normalmente su personalidad; el hundimiento el menos moral de los padres bebedores les pone en peligro de hacerles muy pronto unos rebeldes que se vengarán de la falta de sociedad convirtiéndose en «blousons noirs».

La carencia de cuidados, de afección, de educación y seguridad de que sus padres no son capaces de darles, puede hacer de estos niños por lo menos unos inadaptados y unos inestables, que serán una pesada carga para nuestra sociedad.

Así pues, todos tenemos interés en protegerlos, bien cuando se haya producido una desgracia irremediable en su hogar o cuando hayan caído en la delincuencia.

Para ello, había que llamar la atención de los magistrados sobre las nuevas posibilidades de que disponen para salvaguardar a los jóvenes que se hallen en peligro debido al alcoholismo.

Desde el año último varios hechos favorecen esta protección, tales como el desarrollo del equipo sanitario, la creación de un clima adecuado, la reforma judicial de 1959 que ha dado nuevos y considerables poderes a los tribunales, etc.

Entre las normas vigentes que se ocupan de proteger a los hijos de los alcoholizados cita el autor los siguientes:

1.º Caso de alcoholizados peligrosos o de delincuentes.

Aquí distingue entre los bebedores violentos denunciados a las Direcciones departamentales del Ministerio de Sanidad y el de los padres alcoholizados perseguidos ante un Tribunal penal. A los primeros, según las circunstancias, les son aplicables los preceptos de la ley de 15 de abril de 1954 en virtud de los cuales puede ser tratado obligatoriamente el alcoholizado peligroso, aunque por falta de equipo sanitario adecuado no han sido todavía aplicados. También puede aplicarse lo dispuesto en la ley de 1938 acerca del internamiento de enajenados, y el artículo 312 del Código penal que autoriza al magistrado enviar a la cárcel al alcoholizado que haga sufrir y dé malos tratos a sus hijos, así como retirarle su guarda.

Los segundos, cuando son condenados pueden gozar de la «probation», institución implantada en Francia en 1958. El juez puede obligarles entonces a «someterse a medidas de control, de tratamiento y de cuidados, incluso bajo el régimen hospitalario, especialmente con fines de desintoxicación» (art. 58 del Código procesal penal).

También puede prohibirles «frecuentar los establecimientos de expedición de bebidas», e imponerles «abstenerse de todo exceso de bebidas alcohólicas».

Estos últimos alcoholizados tienen que responder a las convocatorias del juez de aplicación de penas o del agente de «probation», recibir sus visitas y someterse a su dirección. Si el condenado no observa una conducta satisfactoria, puede el juez ordenar el cumplimiento de la condena. Tales medios en manos del juez han dado buenos resultados en orden al tratamiento de los alcoholizados.

2.º *Los padres alcoholizados y la jurisdicción de menores.*

Según la ordenanza de 23 de diciembre de 1958 sobre «protección de la infancia y la adolescencia en peligro», los Jueces tutelares de menores y en caso de urgencia los Fiscales, pueden ordenar en todo momento, incluso cuando no se haya producido delito, medidas de «asistencia educativa» en interés de aquellos menores «cuya salud, seguridad, moralidad o educación esté comprometida» (nueva redacción del art. 375 del Código civil).

Los padres tutores, y el menor por medio del Fiscal, pueden solicitar la intervención del Juez que puede también actuar de oficio, y disponer «todos los medios de protección necesarios».

Los padres cuando comprometen «la salud, seguridad..., etc.» de sus hijos, el Juez tiene facultades para privarles de la guarda de sus hijos y con este medio obligarles a seguir una cura de desintoxicación.

Otro medio bastante eficaz, sin llegar a retirarles los hijos a los padres alcoholizados, es la «administración del subsidio familiar», pero en la práctica, no tiene todo el alcance que debiera.

Termina su artículo el autor con un anexo en el que incluye un «Programa para la protección de los niños, propuesto a los comités departamentales».

Alberto LAGUA ARRAZOLA.

NOTICIARIO

GRUPO ESPAÑOL DE LA A. I. D. P.

Conforme a lo ya anunciado anteriormente se procedió en el plazo con-
venido a la apertura de los sufragios emitidos para la constitución de los
cargos directivos del grupo español de la Asociación Internacional de De-
recho Penal, constituido en el seno de este Instituto Nacional de Estu-
dios Jurídicos.

Los resultados fueron los siguientes :

Presidente, D. Eugenio Cuello Calón.

Vicepresidente, D. Juan del Rosal.

Secretario General, D. Antonio Quintano Ripollés.

Vicesecretario, D. Diego Mosquete.

Lamentablemente, nuestro Director profesor Cuello Calón se ha visto
obligado a declinar el puesto de la Presidencia para que fue elegido, deci-
sión irrevocable que obliga a molestar a nuestros coasociados a una nueva
elección para cubrir la aludida vacante. Del resultado de la misma se in-
formará debidamente en su día.

NECROLOGÍA

En el momento de componer este fascículo recibimos la noticia del triste
fallecimiento del Decano de los criminalistas belgas, León Cornil, sobre
venida el 19 de noviembre pasado, a los ochenta años de edad. Sobradamen-
te conocida la personalidad científica del que fue alto Magistrado de la
Corte de Bruselas y promotor de tantas iniciativas científicas y legislati-
vas; el ANUARIO une su sentimiento al de los belgas por tan sensible pér-
dida.

ASOCIACION DE ANTIGUOS ALUMNOS DE LA ESCUELA DE PRACTICA JURIDICA

CURSO SOBRE PROBLEMAS JURÍDICOS DE LA CIRCULACIÓN DE VEHÍCULOS DE MOTOR

Directores del Curso :

Don Pedro Aragonese Alonso, profesor de la Escuela de Práctica Ju-
rídica.

Don Fernando Gisbert Calabuig, Abogado. Presidente de la Asociación de
Antiguos Alumnos.

Desarrollo del Curso :

Lugar : Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (Medinaceli, 6).

Fechas : Todos los martes, a las ocho de la tarde.

Duración : De enero a junio.

Matrículas : Bárbara de Braganza, 11, 2.º dcha. Teléf. 231 78 55 (de 7,30 a 9,30).

Plazas limitadas

Apertura de curso :

Enero, 10.—Por D. Rafael Fernández Martínez, Gobernador civil de Tarragona. De la Carrera Fiscal. Presidente de la Sección Española del Centro Internacional de Estudios Jurídicos de la Circulación. «El Derecho ante el fenómeno de la circulación».

Tráfico y circulación :

Enero, 15-22.—D. Carlos Muñoz-Repiso y Vaca, Jefe de la Sección de Recursos y Legislación de la Jefatura Central de Tráfico : Las infracciones de tráfico. Concepto. Incidencias en la esfera jurisdiccional. Estudio de las principales infracciones.

Medicina forense :

Febrero, 12-19.—D. Manuel Pérez de Petinto, Médico forense y Profesor de la Escuela de Medicina Legal : El accidente por vehículos de motor : I. El hecho : Consecuencias lesivas y mortales. II. El autor : El hombre y su conducta.

Mecánica y peritación de daños :

Febrero, 12-19.—D. Antonio Ramos, Ingeniero industrial. Catedrático de la Escuela de Aparejadores : I.—Partes esenciales de un vehículo. Su importancia y comportamiento en los choques y colisiones. Referencias del accidente que puedan aportar datos. Procedimientos que se sigan. Fotografías, huellas, indicaciones de aparatos de a bordo. Situación del vehículo en el lugar y de éste hasta su reparación. II.—Reconocimiento de vehículos averiados. Averías que afectan a la vida del vehículo. Averías del aspecto externo del vehículo. Criterio de valoración. Estado del vehículo en el momento del accidente y después de la reparación. Consecuencias.

Seguros :

Febrero-marzo, 26-5.—D. José Luis Vicens, Profesor de la Escuela de Seguros : Seguro de responsabilidad civil. El asegurado. El riesgo. Alcance del Seguro. Garantías Accesorias. El siniestro. Actuación del Asegurador. Arreglos amistosos. Defensa ante los Tribunales.

Seguros sobre el automóvil. Daños, incendio y robo. Alcance del seguro : Daño parcial y destrucción total ; las normas contractuales y la práctica. Recurso contra terceros.

Marzo, 12.—D. Francisco Martínez Fresneda, Abogado. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica : La carta verde : El convenio internacional de

carta verde. Concepto. Forma. Efectos en el extranjero y efectos en España. Examen especial de la Orden Ministerial de 14 de mayo de 1960.

Aspectos fiscales. Régimen general :

Marzo, 20.—D. Narciso Amorós Rica, Inspectos del Timbre. Profesor de la Escuela de Práctica Jurídica : La licencia del impuesto industrial. Cédula de identificación fiscal. El impuesto de timbre y derechos reales sobre transmisión de vehículos. El impuesto de lujo sobre tenencia y disfrute de automóviles. Tasas por identificación y valoración de automóviles.

Contrabando y defraudación :

Marzo-abril, 26-2.—D. Fernando Arozarena Poves, Jefe de la Sección Central del Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación : Infracciones de contrabando y defraudación cometidas en relación con vehículos automóviles. Distinta calificación jurídica que puede corresponderles : contrabando o defraudación. Infracciones de defraudación por violación del régimen especial de importación temporal de automóviles. La Ley de 31 de diciembre de 1941 : sus distintos supuestos de infracción. Examen de las principales disposiciones complementarias de aquella Ley y evolución sufrida en el tratamiento jurídico de alguna de estas infracciones.

Infracciones de contrabando ; su distinta naturaleza y más grave sanción : supuestos más frecuentes de comisión. El comiso de los automóviles, no como objeto, sino como «instrumento» de la infracción. Resoluciones de los Tribunales Administrativos y jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia.

Aspectos administrativos :

Abril, 9.—D. Teodoro Rodríguez Prieto, Jefe de la Sección de Conductores y Sanciones de la Jefatura Central de Tráfico : «El procedimiento sancionador en materia de tráfico».

Ordenamiento penal :

Abril, 16-23.—Don Antonio Ferrer Sama, Abogado. Catedrático de Derecho penal : I. Estudio de los tipos delictivos : Conducción temeraria. Culpa con infracción de Reglamentos. Influencia de bebidas, drogas o estupefacientes. Omisión de socorro. Falsedad o alteración de matrícula. Hurto de uso. II. Circunstancias agravantes. III. Las penas y su graduación. IV. Efectos de la sentencia.

Ordenamiento procesal penal :

Abril-mayo, 30-7.—D. Carlos Viada López-Puigcerver, Catedrático de Derecho procesal. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación : I. Líneas generales de la reforma. II. Órgano jurisdiccional : Competencia. Personal auxiliar. III. Las partes : Rebeldía. IV. Procedimiento : Diligencias preparatorias. Juicio oral. Ejecución de sentencial.

Ordenamiento civil :

Mayo, 14,21.—D. Antonio Hernández-Gil, Catedrático de Derecho civil. Vocal permanente de la Comisión general de Codificación : I. La responsabilidad civil : El resarcimiento de daños y perjuicios. II. El Seguro obligatorio : Ambito. Acciones. Obligaciones del asegurador. La facultad de repetición. III. El Fondo Nacional de Garantía de la Circulación. Constitución y Funciones.

Ordenamiento procesal civil :

Mayo-junio, 28-4.—D. Pedro Aragonés Alonso, Juez municipal. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación : Delimitación de las acciones para el resarcimiento del daño. El ejercicio de la acción civil ex delicto. El ejercicio de la acción por culpa. El ejercicio de la acción nacida de la existencia legal del seguro obligatorio. Concepto. Naturaleza. Requisitos. Procedimiento. Efectos.

Junio, 11.—Clausura del Curso.

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

CÁTEDRA DE DERECHO PENAL

Profesor Encargado: DR. M. BARBERO SANTOS

*Ciclo de Conferencias sobre problemas de Medicina Legal, Psiquiatria
Forense y Política Criminal*

Doctor Bonifacio Piga Morante, Catedrático de Medicina Legal de la Universidad de Salamanca, *El trastorno mental transitorio, aspectos jurídicos y médicos* (14 noviembre 1962).

Don Fernando Alamillo Canillas, Tenientes Fiscal de la Audiencia de Salamanca, *Derecho Penal y Derecho Procesal* (28 noviembre 1962).

Don Juan Francisco del Valle García, Médico Forense de Salamanca, *El alcoholismo en Medicina Legal* (30 noviembre 1962).

Don Francisco Muñoz Zatarain, Teniente Fiscal de la Audiencia de Zamora, *Uxoricidio honoris causa* (5 diciembre 1962).

Don José María González Serrano, Fiscal Jefe de la Audiencia de Salamanca, *Reflexiones de un fiscal sobre personalidades criminológicas* (25 enero 1963).

Doctor Alonso Ledesma Gimeno, Médico Psiquiatra, *Mecanismos del cerebro y delincuencia* (30 enero 1963).

Don Fernando Bravo y Bravo, Director de la Prisión Provincial de Salamanca, *La libertad condicional y la redención de penas por el trabajo como factores de reeducación* (1 febrero 1963).

Doctor Angel D. Borreguero, Director del Hospital Psiquiátrico Provin-

cial, *Consideraciones generales sobre la peritación psiquiátrica en el Derecho penal* (5 febrero 1963).

Doctor Enrique Freijo Balsebre, Catedrático de Psicología de la Universidad Pontificia de Salamanca, *Aspectos psiquiátricos y morales de la responsabilidad penal* (8 febrero 1963).

Doctor Vicente Paniagua Comendador, Profesor Adjunto de Medicina Legal de Salamanca, *Investigación de la paternidad* (13 febrero 1963).

D. Jeremías García Sánchez, Médico Forense de Salamanca, *Aspectos médico-legales y sociales de la homosexualidad* (15 febrero 1963).

Doctor Francisco Llaveró Avilés, Catedrático de Psiquiatría de la Universidad de Salamanca, *Libertad y Determinismo* (20 febrero 1963).

LA ASOCIACION INTERNACIONAL DE JOVENES ABOGADOS

El año 1962 vió nacer la Asociación Internacional de Jóvenes Abogados, que ha quedado legalmente constituida de acuerdo con la Legislación de Luxemburgo, en cuya capital se celebró con entusiasmo la Asamblea general constitutiva el día 1 de julio de 1962, y tiene su sede la nueva asociación forense.

Sentida su necesidad desde hace tiempo, se afrontó su constitución durante el Congreso de la Federación Nacional (francesa) de Uniones de Jóvenes Abogados, celebrada en Toulouse en el mes de abril de 1962, durante una reunión de sus directivos con los de entidades análogas extranjeras, que fueron invitados al Congreso de los Jóvenes Abogados franceses. Un Comité provisional quedó constituido bajo la presidencia de G. P. Langlois, ex-presidente de la Federación de Uniones de Jóvenes Abogados de Francia con los siguientes miembros: Joseph Belpaire (Bélgica), Madame Christiane Bergougnan (Francia), Alain Caille (Francia), Laurent Coßmann (Suiza), Roger-Olivier Dalcq (Bélgica), Henri Itörd (Francia), Daniel H. Meinertzhagen (Bélgica), José-Pascual Meneu Monleón (España); como Secretarios generales actuaron G. Poullé y F. Probst (Francia y Luxemburgo).

La Asamblea general constitutiva celebrada en Luxemburgo debatió y aprobó los estatutos sociales y eligió directivos. Presidente: G. P. Langlois (Francia); Vice-Presidente, F. Probst (Luxemburgo), y Secretario General, G. Poullé (Francia). Entre las vicepresidencias nacionales y para desempeñar la española fué elegido nuestro colega José-Pascual Meneu Monleón.

El objeto de la Asociación es estudiar los problemas que conciernen a los Jóvenes Abogados, promover sus soluciones, tomar una parte activa en la evolución de la profesión y armonización de las normas profesionales y ayudar a la creación de grupos o asociaciones de Jóvenes Abogados en los países donde aún no existan. Para realizar tales fines se señalan principalmente en el artículo 2.º de los estatutos los siguientes medios: Organización de reuniones, conferencias y congresos, relaciones tan estrechas como sea posible con las corporaciones forenses y asociaciones de

Abogados existentes en el ámbito nacional o internacional y publicaciones. Queda proscrita toda actividad o discusión de carácter político o religioso.

La Asociación tiene miembros de honor, bienhechores y activos, pueden ser miembros activos de la asociación las personas físicas que tengan menos de cuarenta y cinco años de edad, sean Abogados en ejercicio o en la lista de pasantes o formen parte de una institución semejante en los países donde no existan Colegios de Abogados. La cotización anual la fijó la Asamblea en doscientos francos luxemburgueses.

El primer Congreso y Asamblea General de 1963 se celebrará en Ginebra (Suiza) los días 5 y 6 de octubre, siendo algunos temas de estudio «El Abogado en la vida económica», protección internacional de la propiedad industrial, arbitraje, etc. y los problemas planteados en Europa a los Abogados por el tratado del Mercado Común.

Las adhesiones y correspondencia pueden dirigirse al Secretariado de la Asociación, 206 Bd. Pereire, París 17 (Francia).

XII CURSO INTERNACIONAL DE CRIMINOLOGIA

Jerusalén, Israel, 2 al 20 de septiembre de 1962.

Organizado por la Sociedad Internacional de Criminología, el Estado de Israel —Ministerios de Asistencia Social, Asuntos Exteriores, Justicia— y la Sociedad de Criminología de Israel, se ha celebrado en la Universidad Hebrea de Jerusalén el XII Curso Internacional sobre «Las causas y la prevención de los delitos en los países en vías de desarrollo», bajo la dirección del Profesor Dr. Israel Drapkin S.

RESOLUCIONES :

I. PROGRAMA GENERAL.

En la mayoría de los países, especialmente en los países en vías de desarrollo, debe existir un orden de prioridad en las medidas básicas relativas al control del delito y de la delincuencia. Un sistema jurídico y de policía eficaz, que reconozca los derechos humanos y los problemas del individuo, necesita ser establecido.

La educación, asistencia social y economía deben estar coordinadas como medio de prevención de la delincuencia juvenil.

En estos países se debe prestar atención al establecimiento de Centros de tratamiento especial de delinquentes juveniles. Estos Establecimientos deben tener en cuenta no sólo la seguridad social, sino también la reeducación de los delinquentes juveniles con vistas a su reintegración a la sociedad.

Un sistema penitenciario, un sistema de libertad vigilada, e Institutos que se ocupen de ellos después de salir de la Prisión, tan reales y prácticos como sea posible, deben desarrollarse.

(Se debe llamar también la atención a la creación de Institutos para la

reeducación y tratamiento de jóvenes y adultos para completar el sistema penitenciario.

Para asegurar la aplicación de estas resoluciones, cada país debe organizar cursos de estudios profesionales para el personal que se encargue de la prevención del delito y tratamiento de los delincuentes.

II. CENTROS COMUNALES.

Se recomienda que los países en vías de desarrollo adopten el sistema actualmente existente con éxito en Israel, para la formación del personal que trabaje en Centros comunitarios.

En este sistema de Centros de entrenamiento en régimen de internado, el personal se selecciona de estos Centros y son entrenados en la comunidad donde trabajarán; esto es, salen de la comunidad, trabajan en la comunidad y trabajan para la comunidad.

III. ENSEÑANZA E INVESTIGACIÓN.

El XII Curso Internacional de Criminología reconoce la importancia de colaboración internacional para mejorar la política y práctica en la prevención del delito y en el trato al delincuente; sobre todo, en países en desarrollo.

Conociendo con detalle en este Curso los Institutos regionales en Asia y América latina para la preparación e investigación en este campo, que se desenvuelven con la ayuda de las Naciones Unidas y teniendo en cuenta las resoluciones adoptadas en los Congresos de la Sociedad Internacional de Criminología (Londres, 1955), (La Haya 1960), particularmente con referencia a la creación de un Instituto Internacional de Criminología y también la creación de Institutos Regionales de Criminología, especialmente en países en vías de desarrollo.

Teniendo en cuenta la resolución 731 F del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas que pide un reforzamiento de la ayuda técnica de este campo, particularmente a los países menos desarrollados.

Tenemos esperanzas para la creación en estos países de Institutos Regionales de Criminología.

Teniendo en cuenta que se necesita tiempo para el establecimiento de tales Institutos, esperamos que los ya existentes Institutos Nacionales, además de sus actividades normales desarrollen programas y servicios aplicables a los países en desarrollo y que estos Institutos recibirán también el apoyo de las Naciones Unidas y otros Institutos Internacionales.

Observando el alto nivel técnico alcanzado ya por la Universidad Hebrea en la enseñanza de sus estudiantes.

Expresa la esperanza de que el Instituto de Criminología de esta Universidad, con ayuda exterior apropiada y bajo los auspicios de la Sociedad Internacional de Criminología, será capaz de extender sus actividades para facilitar entrenamiento y práctica para los estudiantes de otros países en desarrollo que lo deseen.

Y, para este fin, sugiere que este Instituto, a través de los cauces comunes israelitas; explore con las Naciones Unidas, la Sociedad Internacional de Crimonología y otras Organizaciones Internacionales los medios posibles para extender sus programas y facilidades haciendo frente a dichas necesidades.

Particularmente estas facilidades incluirán la enseñanza tanto en inglés como en francés.

CLAUSURA DEL CURSO.

El día 20 de septiembre a las dieciocho horas, tuvo lugar la Sesión de Clausura en el «Canada Hall», de la Universidad Hebrea. El Secretario General de la Sociedad Internacional de Criminología, M. J. Pinatel, hizo la entrega de Diplomas a los participantes en el Curso.

JOSÉ ARANDA.
Asistente al Curso.

CURSO DE INVESTIGACION CRIMINAL

La Escuela de Medicina Legal, en cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, convoca el XXV Curso de Investigación Criminal en su aspecto médico-jurídico, que tendrá lugar el día 1.º de febrero al 28, ambos inclusive, siendo el Curso de plazas limitadas.

Según está previsto en las citadas normas legales, al final del Curso se expedirá a los asistentes que hubiesen cumplido los requisitos establecidos en las disposiciones legislativas de referencia el correspondiente diploma.

Inscripciones y programas en la Escuela de Medicina Legal (Atocha, número 106) todos los días laborables, de diez a una de la mañana, cerrándose el plazo de admisión el día 31 de enero.

INDICE GENERAL

TOMO XV

Fascículo III

SECCION DOCTRINAL

Culpabilidad real y culpabilidad presunta, por SEBASTIÁN SOLER	477
Eduardo Livingston y la sistematización del Derecho penal, por JOSÉ SÁNCHEZ OSÉS	507
La causalidad en Derecho penal, por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG	543

SECCION LEGISLATIVA

Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor	581
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1961, por FERNANDO ALAMILLO CANILLAS	598
Jurisprudencia procesal penal.—La legitimación activa en los delitos semi-públicos, por CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER	615
Jurisprudencia procesal penal (Sala segunda del Tribunal Supremo). Primer cuatrimestre de 1962, por FERNANDO GIBBERT CALABUIG	620

REVISTA DE LIBROS

CARRANCA TRUJILLO, Raúl: "Derecho penal mexicano, Parte General", por Antonio Quintano Ripollés	661
CONVEGNI DI STUDIO "ENRICO DE NICOLA", PROBLEMI ATTUALI DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE: "Pene e Misure di sicurezza, modificabilità e suoi limiti", por Pascual Meneu	663
GIGER, Hans: "Kriminologie der Entweichung", por Valentín Silva Melero. LA SELECTION DES DELINQUANTS A METTRE EN PROBATION. Nations Unies, New York, 1959, por Pascual Meneu	664
LOEWE, Rosenberg: "Die Strafprozessordnung und das Gerichtovfassungsgesetz mit Nebengesetzen", por Valentín Silva Melero	665
MAURACH, R.: "Tratado de Derecho penal", por José Cerezo Mir	666
MENDOZA, José Rafael: "Curso de Derecho penal venezolano", por Antonio Quintano Ripollés	669
MORISHITA, Tadashi: "The Recet State of Correctional Institutions in Japan", por Antonio Quintano Ripollés	670
PETERS, Karl: "Grundprobleme der Kriminalpädagogik", por Valentín Silva Melero	671
RIVACOBA, Manuel de: "El centenario del nacimiento de Dorado Montero", por Antonio Quintano Ripollés	672
TABIO, Evelio: "Criminalogía", por Pascual Meneu	674
WOLFGANG, Heinrich: "Meister der Kriminalistik", por Antonio Quintano Ripollés	676
WURTENBERGER, Th.: "Kriminologie und Volzug der Freiheitsstrafe", por Valentín Silva Melero	676

REVISTA DE REVISTAS

F r a n c i a

REVUE PÉNITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Julio-septiembre 1962, por *Domingo Teruel Carralero* 678

I t a l i a

QUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Octubre-diciembre 1961, por *Domingo Teruel Carralero* 679

S u i z a

REVUE INTERNATIONALE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE.—Enero-marzo 1961, por *Alberto Laguía Arrazola*. 682

NOTICIARIO 688

recho penal venezolano", por *Antonio Quintano Ripollés*; MORISHITA, Tadas-
hi: "The Recent State of Correctional Institutions in Japan", por *Antonio Quintano Ripollés*; PETERS, Karl: "Grundprobleme der Kriminalpädagogik", por *Valentín Silva Melero*; RIVACOBÁ, Manuel de: "El centenario del nacimiento de Dorado Montero", por *Antonio Quintano Ripollés*; TABIO, Evelio: "Criminología", por *Pascual Meneu*; WOLFGANG, Heinrich: "Meister der Kriminalistik", por *Antonio Quintano Ripollés*; WURTENBERGER, Th.: "Kriminologie und Volzug der Freiheitsstrafe", por *Valentín Silva Melero*.

Revista de Revistas 678

Francia: *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, julio-septiembre 1962, por *Domingo Teruel Carralero*; Italia: *Quaderni di Criminologia Clinica*, octubre-diciembre 1961, por *Domingo Teruel Carralero*; Suiza: *Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique*, enero-marzo 1961, por *Alberto Laguna Arrazola*.

Noticuario 688

Suscripción anual: España, 170,— pesetas
Extranjero, 275,— pesetas

Número suelto: España, 80,— pesetas
Extranjero, 100,— pesetas