

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XVI
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXIII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALÓN (†)

Directores:

JUAN DEL ROSAL
Catedrático de Derecho penal de la
Universidad de Madrid y de la Escuela
Judicial

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

Redactor-Jefe
DIEGO MOSQUETE
Profesor adjunto de Derecho penal de
la Universidad de Madrid

Secretario:
DOMINGO TERUEL CARRALERO
Magistrado

Vicesecretario:
MANUEL COBO
Profesor Adjunto de Derecho Penal de la
Universidad de Madrid

INDICE

Sección Doctrinal

	Páginas
<i>Don Eugenio Cuello Calón, caballero de la justicia</i> , por Antonio Beristain, S. J.	479
<i>Don Eugenio Cuello Calón, como monografista de Derecho penal</i> , por César Camargo Hernández	493
<i>Don Eugenio Cuello Calón, como Académico de las Reales Academias de Jurisprudencia y Ciencias Morales y Políticas</i> , por Federico Castejón	501
<i>El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal)</i> , por Manuel Cobo	509
<i>Don Eugenio Cuello Calón y los delitos de tráfico</i> , por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro	531
<i>Don Eugenio Cuello Calón y la moderna penología</i> , por Fernando Díaz Palos ...	543
<i>Don Eugenio Cuello Calón, como Juez de menores</i> , por José Guallart y López de Goicoechea	553
<i>Don Eugenio Cuello Calón y la Administración de Justicia</i> , por Enrique Jiménez Asenjo	561
<i>Don Eugenio Cuello Calón ante la problemática de la juventud inadaptada</i> , por José M ^a López Riocerezo, O. S. A.	567
<i>Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo</i> , por Jaime Masaveu ...	577
<i>Don Eugenio Cuello Calón, como Profesor de la Escuela de Estudios Penitenciarios</i> , por Diego Mosquete	595
<i>Don Eugenio Cuello Calón, hombre verdaderamente bueno y pedagogo insigne</i> , por Julián Pereda, S. J.	603
<i>Don Eugenio Cuello Calón, como contribuidor a la historia de la penología</i> por Lorenzo Polaino Ortega	611
<i>Proyección del pensamiento de D. Eugenio Cuello Calón en el ámbito internacional</i> , por Antonio Quintano Ripollés	621
<i>La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal</i> , por Gonzalo Rodríguez Mourullo	625
<i>Don Eugenio Cuello Calón, como Presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación</i> , por Juan del Rosal	679
<i>El profesor Cuello Calón, como maestro</i> , por Manuel Serrano Rodríguez	681

ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1963.

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

CORRESPONDENCIA

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

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

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.ª

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

ANUARIO DE DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

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



**MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO XVI
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXIII

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

Depósito Legal, M. 126.—1958

SECCION DOCTRINAL

ADVERTENCIA PRELIMINAR

Como ya se previno en el fascículo anterior, el presente se dedica fundamentalmente a evocar la personalidad de nuestro desaparecido Director y Fundador, Profesor Cuello Calón.

Se ha solicitado para ello la colaboración de sus más calificados discípulos y compañeros, que se han apresurado a rendir al maestro el tributo de su cariñosa admiración; todo a reserva de que con mayores dimensiones se le dedique el "Libro Homenaje" que su modestia siempre rehusó.

LA REDACCIÓN

Don Eugenio Cuello Calón, caballero de la justicia

ANTONIO BERISTAIN S. I.
Universidad de Deusto

La característica más importante del penalista es, a nuestro parecer, su recto sentido de la justicia. Pero, actualmente, en muchos penalistas este criterio se bambolea amenazante, y en algunos yace por tierra. En don Eugenio Cuello Calón, afortunadamente, nos llamó siempre la atención su maravilloso equilibrio jurídico, su amplitud y sensatez al interpretar y aplicar al caso concreto el *suum cuique tribuere* que dirigía toda su vida y su doctrina.

La primera vez que conocimos personalmente al eminente profesor fué en un acto académico, en la defensa de nuestra tesis doctoral. Una brevíssima ojeada sobre aquellas nuestras adolescentes páginas bastaba para caer en la cuenta de que don Eugenio no encontraría en ellas ninguna consideración digna de tenerse en cuenta. En varias de sus publicaciones hacía referencia a los puntos centrales de nuestra tesis y los desarrollaba con mucha mayor madurez que nosotros. Por esto, y por conocer sus muchas ocupaciones, esperábamos que su presencia en el acto de defensa de la tesis se limitase a una asistencia protocolaria, a la que, por desgracia, estamos acostumbrados. En el momento de empezar el acto académico nos extrañó grandemente ver en sus manos más de una docena de cuartillas escritas de su puño y letra, y oír que las recitaba con interés y detención. Había leído toda nuestra tesis y había redactado un juicio amplio y detallado de todos sus capítulos. Este nuestro primer encuentro personal no pudo ser más grato, ni más instructivo. El autor de tantas publicaciones científicas, que nosotros conocíamos y admirábamos anteriormente, aparecía ahora dándonos la más elocuente de sus lecciones: su total dedicación a las tareas docentes.

Esta primera impresión de entrega incondicional de su vida a los alumnos y a los problemas todos del Derecho penal, se ha confirmado después repetidamente en nuestra posterior relación personal con él. En muchas ocasiones hemos experimentado su dedicación sin reserva a la docencia y a la investigación, y siempre con el talante evangélico de quien al hacer esto no hacía más que cumplir con su deber de justicia.

Don Eugenio Cuello Calón, en su vida y en su doctrina, fué caballero de la justicia, modelo de recto criterio del Derecho. En esta nota indicaremos únicamente el aspecto doctrinal y, por razón de bre-

vedad, nos limitaremos a espigar en tres de sus publicaciones: *El problema penal de la eutanasia* (Barcelona, 2.^a ed., 1955), *El delito de abandono de familia* (Barcelona, 2.^a ed., 1948) y *La moderna penología* (Barcelona, 1958).

El señor Cuello Calón fué caballero de la justicia en toda su actividad científica. Fué fiel a la justicia en cuanto al método con que estructuró su doctrina, en cuanto al objeto que acotó para el Derecho penal, y en cuanto al fin que señaló a esta ciencia.

El Derecho penal avanza, a través de los siglos, fluctuante entre dos concepciones opuestas: utilidad y justicia. En nuestros días, la concepción pragmática va tomando tonalidades muy fuertes, amenazantes de verdaderas hecatombes sociales. En los puntos focales del Derecho penal domina hoy una orientación excesivamente utilitaria: el método empírico y sociológico pretende desterrar todo lo dogmático y normativo; semejantemente se acota como objeto propio de nuestra ciencia lo útil, con desprecio de lo justo, y como meta final la reeducación y resocialización, con olvido de la retribución y la justicia. Cuello Calón conocía todas estas tendencias y admitía lo que en ellas hay de acertado, pero rechazaba su tesis central e insistía constantemente en la preeminencia de la justicia.

Vamos a fijarnos primeramente en el problema de la metodología penal. Después diremos algo acerca del contenido y del fin de nuestra ciencia.

1. Actualmente el método del Derecho penal está en crisis. Crisis que, más o menos, padecen todos los penalistas, aunque algunos inconscientemente. No son muchos los que excepcionalmente, como Cuello Calón, han logrado integrar en síntesis armónica el desarrollo y el progreso de las ciencias.

Recordemos, muy esquemáticamente, la evolución histórica del método penal. Inicialmente, cuando la Teología era el *alma mater* de toda la cultura —*trivium* y *cuatrivium* medievales—, el Derecho penal se estructuró sobre rígidos axiomas de la revelación y principios inmutables de un Derecho natural perenne.

Después, al alcanzar la ciencia filosófica y jurídica cierta autonomía, la rama del Derecho se desgaja del tronco teológico. La secularización de la justicia cambia el método jurídico: la fuente del Derecho era antes la revelación, ahora la razón y el silogismo; la filosofía sustituye a la teología; no existe Derecho natural; el legislador es el creador del Derecho; la ley deja de ser reflejo de la justicia para convertirse, con el nombre de Código, en su fuente inicial e inapelable.

Posteriormente, con el avance de las ciencias naturales, éstas pretenden destronar a las elucubraciones filosóficas y normativas. La utilidad y el provecho pretenden sustituir a la licitud o ilicitud de las acciones. La sociología pretende ocupar el puesto de la filosofía. La estadística y el informe pericial psiquiátrico buscan desterrar al Código y al juez...

Esta evolución no ha llegado a su meta. La mayoría de los penalistas trabajan con un método todavía no maduro. Un método excesivo

vamente unilateral que en unos exagera el valor de la ley (con desprecio de la ética y de la ciencia empírica) y en otros, por el contrario, exagera el valor de la sociología (con abandono de la ética y de la ley). A los primeros los podemos llamar clásico-legalistas y a los segundos sociológico-naturalistas. Ambos grupos, y todos los penalistas actuales (salvo excepciones, como la que ahora recordamos), coinciden en un aspecto: su oposición, o al menos desprecio, por toda consideración proveniente del método clásico-teológico, fundado en la *philosophia perennis* y en la *sacra theologia*. Hoy los penalistas admiten, a veces sin saberlo, como base de su Derecho penal la concepción kantiana de la justicia, tan opuesta a la concepción ontológica de nuestros escolásticos (quizá el sistema que menos se apoya en imperativos categóricos sea el finalismo welzeliano). Buena prueba de ello la tenemos en las publicaciones dogmáticas de los países comunistas y, más cerca de nosotros, en los innumerables sistemas y autores que pretenden, si no desterrar, al menos olvidar toda aportación filosófico-ontológico-teológica, con el pretexto de que el Derecho penal debe mantener su autonomía.

Por encima de esta nota común (kantismo o antiontologismo), podemos considerar, como insinuábamos antes, a todos los penalistas adheridos a uno de estos dos métodos: el clásico-legalista o el sociológico-naturalista.

Los primeros, aferrados a los criterios tradicionales, más o menos exagerados, se amortizan ante el progreso de las ciencias; temen que el ingreso de la psiquiatría y pedagogía en la vida de la justicia dé al traste con los tribunales y las cárceles. Permítasenos una anécdota de hace muy pocos días. El diecisiete de diciembre, mientras el médico forense, doctor don Fernando Ferrán, pronunciaba una brillante conferencia en el paraninfo de la Universidad de Deusto, sobre "Aspectos médicos legales de los trastornos mentales", un ilustre abogado en ejercicio, que estaba entre los oyentes, interrumpió al conferenciante, cuando hablaba muy prudentemente sobre los derechos del médico forense a que el juez y el fiscal tengan en consideración sus informes. El abogado gritó con enfado: "Tales derechos no pueden ni deben existir". Esto nos prueba (además de que los espontáneos se dan también fuera de los toros), que muchos juristas de hoy siguen considerando al Derecho penal como una ciencia exclusivamente normativo legal, que, si admite la ayuda de algunas ciencias naturales, será únicamente en la condición de humildes siervas, cuando y cómo se le antoje.

Otros muchos autores, por el contrario, propugnan una metodología únicamente empírica, que se desentiende de sistemas y dogmas normativos. Podríamos recordar aquí a todos los defensores de la objetivación en los accidentes de tráfico, de la Nueva Defensa Social, del Derecho protector de los criminales, etc., movimientos y métodos todos ellos que tanto éxito (y tantos fracasos) han encontrado en Alemania, Francia, Italia, América.

Cuello Calón conocía todas estas metodologías y corrientes, como

lo prueba el hecho de que en sus monografías casi la mitad de sus páginas están dedicadas a exponer las opiniones de los adversarios; pero gracias a su sexto sentido de la justicia, logra avanzar entre ese Scyla y Caribdis del legalismo y de la sociología y llegar al puerto de lo justo, de lo ónticamente justo.

Pocos penalistas conocen tan ampliamente como Cuello Calón las transformaciones que a lo largo de los siglos ha ido experimentando el método del Derecho penal. Pocos han estudiado con tanta detención como él la historia del Derecho penal en general y de algunas de sus principales instituciones (como la pena de muerte) en particular. Pero él no se deja engañar por los atractivos novedosos de ninguna escuela extremista. No se entrega a ninguna. Las conoce a todas y las supera a todas. Y logra llegar a una armónica síntesis en el método penal, seleccionando los principales valores positivos del método clásico-teológico, del clásico-legal y del sociológico-naturalista. Para probar nuestro aserto vamos a extraer algunas citas de sus publicaciones. Por razón de brevedad nos limitamos a entresacar de sus páginas dedicadas a *El problema penal de la eutanasia* (Barcelona, 2.^a ed., 1955).

Como profesor de Derecho penal, Cuello Calón considera—frecuente y respetuosamente—la doctrina de la teología, de la filosofía y de la ética católica como ciencias naturales (prescindiendo de su dimensión sobrenatural). Quizá sus relaciones con Dorado Montero y algunos otros enemigos de la Iglesia que, bajo título de abertura científica, rechazan o desprecian todas las aportaciones científicas de la filosofía y de la teología católicas (“*catholica ignorantur*”), hizo brotar en su espíritu verdaderamente científico y leal esa noble consideración de las doctrinas y teorías católicas.

Son innumerables sus referencias en el texto y, sobre todo, en notas al pie de página. Como ejemplo citaremos lo que escribe después de exponer las teorías en pro de la eutanasia (p. 136 s.): “Contra estas ideas se oponen muchas y poderosas razones de muy variada índole. En el campo religioso se invoca el valor del precepto “no matarás”, mandato inflexible que obliga a todos. La eutanasia infringe abiertamente este divino mandato, vulnera la santidad de la vida, de la cual sólo Dios, Creador y Señor del Universo, puede disponer. Su Santidad Pío XII, dirigiéndose a un grupo de médicos de las tropas aliadas, el 13 de febrero de 1945, decía: “...”. La doctrina eutanásica tiene un íntimo sentido anticristiano, y sólo ha prosperado en tiempo y en países donde el cristianismo ha dejado de ser mentor y guía.” Y, a modo de nota, continúa:

“La doctrina de la Iglesia siempre se ha manifestado contra la muerte eutanásica por juzgarla contraria a los fines providenciales de la vida, al respeto que se debe a la muerte, al derecho que Dios posee sobre todos los seres y a la misión sobre natural del dolor, que purifica al hombre y lo eleva a más altos horizontes. (Dr. Peiró, *Manual de Deontología médica*, pág. 87.) Los moralistas, dando por supuesta su ilicitud, no abordan por lo común esta cuestión: sin embargo, los

Padres Noldin y Schmitt manifiestan que el empleo de morfina en dosis mortífera es una *directa occisio* que el moribundo no puede exigir, ni el médico aplicar, ni permitir el sacerdote." (*Summa Theologiae Moralis*, vol. I. Barcelona, 1945, 349 a)".

"A diferencia de otras confesiones cristianas que toleran o patrocinan la eutanasia, la Iglesia Católica siempre la condenó y combatió con vivo ardor. En Inglaterra, donde si ha sido rechazada por la Alta Iglesia anglicana, altas personalidades protestantes de otras sectas se cuentan entre sus adeptos, ha sido fuertemente impugnada por los católicos. La actitud católica la representa, en particular, el Padre Bonnar (*The Catholic Doctor*, 2.^a edic., 1939, cap. X), quien si considera permitida la atenuación de los sufrimientos humanos, reprueba la muerte de los enfermos incurables. Aun cuando no todas las vidas humanas sean de igual valor para la comunidad, dice, todas son igualmente sagradas, pues Dios se ha reservado el derecho de disponer de ellas. El Padre Bonnar manifiesta también su preocupación de que el proyecto presentado en la Cámara de los Lores, en 1936, presentado el primer paso "en la terrible danza de la muerte". Citado por H. Mannheim, *Criminal Justice and Social Reconstruction* (Londres, 1945, pág. 15)." (p. 137).

Esta consideración y estima de la doctrina moral de la Iglesia no lleva al eminente profesor a olvidar las divergencias entre ambas ciencias. Con frecuencia, lo tiene en cuenta. Por ejemplo, al estudiar la inseminación artificial, de cuya condenación moral ya ha hecho mérito en páginas anteriores (177 s.), se muestra enemigo de considerarla como delito, porque (p. 194): "Su represión penal la considero aún prematura en España. Para que un hecho sea castigado con penas criminales debe, de acuerdo con lo dicho ha poco, ser objeto de reprobación, si no universal, al menos de parte de amplios, de nutridos sectores de la colectividad, ha de repugnar fuertemente al sentido moral medio de la comunidad, ha de ser reprobado por "el hombre de la calle"... La ley que la sometiere a sanción penal correría el riesgo de ser mirada como odiosa o injusta, y sería, por tanto, posiblemente inobservada o eludida. El legislador, salvo en el caso de situaciones excepcionales y urgentes, debe evitar que sus leyes choquen con el sentimiento colectivo de justicia..."

Estas últimas frases nos muestran el segundo aspecto importante que domina en su método: el rasgo clásico-legal, el amor a la ley, el convencimiento de que en Derecho penal la ley es la manifestación normal de la justicia, a no ser que choque evidentemente contra los principios de eterna razón y preceptos inmutables de un orden moral obligatorio. Por eso dedica amplio espacio a la exégesis de los textos legales. Y los reconoce como vinculantes siempre (excepto los casos monstruosos de evidente crueldad) en la práctica, aunque como profesor exponga sus teorías "*de lege ferenda*". Por eso mismo que reconoce valor creador a la ley, se preocupa tanto de su exégesis y de su reforma. Las citas de este punto me parecen superfluas. Únicamente recordamos unas palabras de su conclusión acerca de la euta-

nasia: "Confiamos (p. 172) en que las legislaciones penales del porvenir... no llegarán a dar satisfacción a las demandas que hoy se formulan para conseguir la legalización del homicidio eutanásico. Es preciso, por razones de seguridad jurídica, que el más alto bien, el de la vida, se halle siempre fuertemente protegido y que no se amplíen las excepcionales a la norma moral y jurídica "no matarás", que tiene en el campo de la eutanasia vigor inquebrantable."

Por fin, indiquemos algo acerca de la dimensión sociológico-natural de su método. No es cierto que olvidase las lecciones de su profesor Dorado Montero. No. Aceptó sus teorías en todo en lo que un hombre amante de la justicia las puede aceptar. Por eso dió cabida en sus estudios a todos los hallazgos de toda clase de ciencias, aunque ello implicase grandes cambios en el Derecho penal tradicional. Para probarlo nos bastará citar su introducción al estudio de la eutanasia (página 123 s.): "El formidable progreso realizado en el campo de las ciencias biológicas y psicológicas penetra con más fuerza cada día en el ámbito del Derecho penal. El *jus criminalis* que durante largo tiempo se construyó de modo exclusivo sobre rígidos principios de eterna razón y preceptos inmutables de un orden moral obligatorio, forzado por el impetuoso avance de aquéllas, ha abierto sus puertas, hasta entonces cerradas a toda influencia extrajurídica, a nuevas enseñanzas naturalistas."

"De todos son conocidos los grandes cambios que la biología, la psicología y la psiquiatría criminales han aportado a la represión y a la prevención de la delincuencia y cómo han sido acogidos por los nuevos ordenamientos penales. Hace ya tiempo que el tratamiento de los delincuentes locos y anormales mentales, alcoholizados y toxicómanos se regula en los códigos y leyes con arreglo a las normas trazadas por aquellas ciencias. Pero en los últimos años, especialmente, su conexión con el Derecho penal se ha hecho tan íntima y penetrante que, como consecuencia de ella, problemas de carácter biológico, en particular médico, y de índole psicológica, que a causa del rápido desarrollo de estas ciencias van surgiendo cada día, requieren ser planteados también, y resueltos, a la luz de las enseñanzas jurídicas en el espacio penal."

"La difícil cuestión de la responsabilidad de los delincuentes sexuales, la de las medidas represivas y preventivas, a éstos aplicables, la de su internamiento, la de su tratamiento mediante extractos de glándulas, tema ha poco tratado en el segundo Congreso Internacional de Criminología (París, 1950), etc., son materias biológicas que poseen también un importante aspecto penal."

Otros muchos problemas biológicos y médicos han sido y son, asimismo, objeto de enjuiciamiento penal. El tratamiento médico y quirúrgico, la extirpación de órganos, los injertos de glándulas, la transfusión de sangre. Especial relieve poseen también la espinosa cuestión del aborto terapéutico, problema ginecológico y jurídico, a la par que grave asunto religioso; el discutido argumento de la esterilización de criminales y anormales, y últimamente, asunto que bulle más cada día,

el de las intervenciones psico-quirúrgicas como medio de tratamiento de ciertas formas graves de criminalidad.”

2. Otra faceta y prueba del extraordinario amor de don Eugenio Cuello Calón por la Justicia, y de su singular sentido jurídico, podemos verlo en su acertada delimitación del campo del Derecho penal. El tuvo siempre cierta predilección por los temas de contenido ético, cuya ubicación dentro del Derecho penal es hoy tan discutida. El siempre los consideró como temas penales y de los más importantes.

Hoy muchos juristas y hombres políticos sostienen y propugnan, con aplauso de las masas—y hoy las masas influyen en la sociedad y en los juristas más que hace unos años—, que el contenido del Derecho penal es, o debe ser, únicamente lo público, lo externo, sin poder ni deber introducirse en la esfera íntima de las personas de las familias. Esto va, dicen, contra la libertad y contra la dignidad del hombre.

Así, Hildegard Michaelis en su reciente libro *Recht muss Recht bleiben* (Düsseldorf, Viena, 1961), sostiene repetidamente, desde varios puntos de vista y confirmando su opinión con citas de eminentes juristas filósofos y sociólogos, que el objeto del Derecho penal debe prescindir más de los valores éticos. Para no alargarnos demasiado, vamos a limitarnos a indicar lo que dice en media docena de páginas (pp. 51 a 59), bajo el título “*Ist Unmoral stets kriminell?*”. Comienza con algunas referencias de eminentes autores, como Helmut Coing: “Los valores éticos, si son violados, no exigen pena alguna, sino únicamente arrepentimiento interno y voluntad de mejora... Aun cuando la violación de una norma ética fundamente metafísicamente la necesidad de una expiación o retribución, no por eso se puede concluir que el Estado esté llamado a decretar esta retribución y a ejecutarla. De otra manera no sería posible ver dónde están las fronteras del poder punitivo del Estado: éste debería entonces castigar toda conducta inmoral.” “El Estado, sigue Michaelis, no puede convertirse en un juez de lo ético... Hay que evitar que el Estado se entrometa en la esfera privada de las personas, lo cual acarrearía más daños que provechos.” Gustav Rabruch y Wolf Widdenforff son citados a continuación en prueba de la misma teoría. Opina Michaelis que el adulterio, para hablar ya de un caso concreto, no debe ser objeto de incriminación penal (contra la opinión de la Comisión encargada de la redacción del nuevo Código penal alemán), pues “¿se puede forzar a alguien a fidelidad y amor conyugal, llevando a él su consorte tras las rejas?”... Contra esta teoría incriminatoria del adulterio recuerda Michaelis algunas propuestas, más o menos extremas, de tendencia abolicionista. Especialmente interesante el fundamento que aducen quienes textualmente opinan que “según la concepción cristiana no es competencia del juez terreno castigar con penas al adúltero”. “Una cosa es cierta, concluye Michaelis: con pena de privación de libertad o con multa, no se puede forzar la armonía entre dos personas.”

Podríamos seguir citando otras muchas opiniones parecidas. Basta abrir cualquier revista de Derecho penal. Basta, también, leer cualquier

cualquier trabajo de Cuello Calón. Porque —y es otra señal de su instinto jurídico— tuvo el acierto de seleccionar, entre la inabarcable bibliografía que él manejaba, todo lo que en pro y en contra de la justicia se ha dicho y pensado con seriedad y que, por eso, ha de perdurar sobre la vida de sus autores. Nuestro profesor estudiaba todas las opiniones adversas a sus teorías, y, cuando su atinado criterio le decía que aquellas opiniones contrarias a la suya tenían cierto valor, las citaba en su trabajo, las exponía, las discutía...

Nos llevaría demasiado espacio la transcripción de las citas y comentarios que hace de sus adversarios en el problema que ahora tratamos: si el objeto del Derecho penal debe incluir o no ciertas facetas morales; si la justicia penal pueda o deba prescindir de lo moral.

Especialmente abundantes son sus referencias en los *Tres temas penales*. Pero ahora nos limitamos a recordar algunos de sus pasajes en su monografía *El delito de abandono de familia*. Estas indicaciones bastarán para hacer caer en la cuenta de su conocimiento del problema, de su respeto a la opinión contraria, de su curiosidad por conocer la verdad y la justicia, y de su acierto al decidir la opinión final incluyente entusiasta (aunque no extremista, sino justa) de lo ético dentro del objeto del Derecho penal.

Ya en las primeras páginas reconoce que en cuanto a la creación de esta nueva figura del delito de abandono de familia, “no han faltado opiniones contrarias que han combatido, o puesto en tela de juicio, su conveniencia o su oportunidad”.

“Se ha invocado en contra la necesidad de respetar la intimidad de la vida familiar, dentro de cuyo seno, se dice, han de resolverse sus desarmonías y diferencias, sin intervención del Estado, intromisión que, en cuestiones de tal delicadeza, se reputa más nociva que beneficiosa...” (p. 11), “... la intrusión del Derecho penal en la familia es anormal y ha de considerarse como un atentado contra la libertad” (página 20).

También recuerda las teorías dogmáticas y legislativas que limitan, o pretenden limitar, el campo del Derecho penal a lo meramente externo, material, con precisión absoluta de todo lo ético: “Las legislaciones que reprimen penalmente el abandono de familia se han inspirado en diversos criterios al perfilar esta figura de delito. Parten algunos de la base del daño material, económico, causado a la familia. En estas legislaciones el delito se halla constituido por la infracción del deber de pagar la pensión alimenticia impuesta por sentencia judicial... Tal concepción ha sido defendida por el prof. Hugueney: “El delito de abandono de familia, dice, consiste en la violación de las obligaciones pecuniarias, y no, como creen algunos legisladores extranjeros; en una simple falta a deberes de orden moral.”

“Otras legislaciones siguen normas de mayor amplitud: castigan el abandono material, el hecho de dejar sin medios de subsistencia a las personas a las que tiene el deber de prestar dichos medios... Algunos países siguen una orientación ecléctica, combinando este criterio

del abandono material con el del abandono económico, previendo y penando ambas formas de abandono"... (pág. 15).

Al insigne profesor no le satisfacen estas orientaciones restrictivas. El prefiere ampliar el contenido para dar cabida a una tutela moral, aunque sabe que muchos se oponen por creer que contradice al principio de legalidad.

"Con el abandono moral, se ha dicho, se entra en el dominio de los delitos innominados. El castigo del incumplimiento de los deberes morales inherentes a la condición de cónyuge, de padre o de tutor suponen la apreciación por parte del juez de estos deberes que las leyes, incluso la misma ley civil, no han determinado previamente de una manera completa. La incriminación del abandono moral parece poco compatible con el principio de legalidad de los delitos y de las penas que tanto arraigo conserva en las legislaciones."

"La noción del abandono moral se considera peligrosa para el mantenimiento del tradicional principio *nullum crimen nulla poena sine lege*. He aquí la razón de su repudiación" (p. 18).

Páginas después, escribe Cuello Calón: "Pero nuestros civilistas. (Manresa, Castán, Pérez y González, Valverde) limitan la supresión de nuestro Código civil (art. 56) "socorrerse mutuamente" al auxilio puramente material, a la prestación de los alimentos con arreglo a los artículos 143 y 144 del Código civil" (pág. 50).

Sería fácil aducir muchas otras citas similares, en las que muestra la erudición tan amplia que tenía de las opiniones adversas, y lo mucho que las consideraba. Sin embargo, creemos que basta lo transcrito para admirar su apertura de criterio.

Sí, estaba al corriente de todos los movimientos modernos de autonomía: "autenticidad", "deseticación"—y como quiera llamarse—del Derecho. Los observaba y los respetaba. Pero, sin embargo, se manifestaba decididamente contrario a sus postulados extremos. No negaba la autonomía del Derecho. Pero negaba que su objeto, su contenido, pueda o deba desvincularse más y más de la ética. Bastante materializada aparece nuestra civilización. Por eso, propugnaba como verdadera doctrina jurídica la contraria: la tutelante de los valores éticos.

Por eso, la orientación francesa y belga, que, como hemos recordado antes, incriminan únicamente la infracción del deber de pagar la pensión alimenticia impuesta por sentencia judicial, le parece "un sistema harto restrictivo limitado exclusivamente al abandono pecuario" (p. 15). Tampoco le agrada el sistema de mayor amplitud que castiga el hecho de dejar sin medios de subsistencia a las personas a las que tiene el deber de prestar dichos medios. Para él, debe darse entrada al aspecto moral: "La noción más amplia, y creo la más certera del abandono de familia, es la que considera constituida esta infracción por el incumplimiento de todos los deberes de asistencia familiar, tanto de los deberes de asistencia material como de las de asistencia moral" (p. 17).

Consciente, el eminente profesor, de las objeciones presentes y fu-

turas contra su doctrina, se adelanta a defenderla exponiendo sus razones: “Esta orientación —que alguien ha llamado *idealista* como opuesta a la realista, de base pecuniaria, del Derecho francobelga...—. Este parece el sistema más recomendable, pues ningún otro garantiza a la familia una protección más completa. Indudablemente, es de considerable importancia asegurar el cumplimiento de los deberes de asistencia material cuyo descuido origina gravísimos males individuales y sociales que no es preciso recordar, pero una asistencia exclusivamente material que provoea tan sólo la subsistencia del asistido, es una asistencia a medias, una asistencia incompleta, que si evita la miseria física es incapaz de prevenir la corrupción y la inmoralidad, especialmente tratándose de los hijos” (p. 17 s.).

Contra quienes, como indicábamos antes, repudian el abandono moral como contrario al principio de legalidad, responde:

“Pero la intangibilidad de este principio no parece amenazada en modo tan grave por la fórmula del abandono moral. Los deberes inherentes a la patria potestad, a la tutela y a la condición de cónyuge, y cuyo cumplimiento integra el delito, están determinados en la legislación civil, que generalmente los declara y enumera de modo preciso. Así que cuando se presente un hecho que aparezca constitutivo de esta infracción no será el juez quien declare, a su libre arbitrio, si aquellos deberes fueron o no cumplidos, tendrá que recurrir al texto de la ley que los declare, y contrastando con él la acción o la omisión realizadas, resolverá si han sido violados, en cuyo caso se habrá realizado la hipótesis delictuosa del abandono, o, por el contrario, que no han sido descuidados y que, por consiguiente, no ha hecho punible” (p. 18 s.).

Páginas más adelante, al hacer la exégesis del artículo 487 del Código penal, vuelve a desarrollar más concretamente este tema y escribe: “Tratándose de un delito contra la familia, la expresión “conducta desordenada” empleada en el texto legal, debe entenderse como conducta contraria al orden y a la moral de la familia, contraria a las normas morales y jurídicas que regulan su vida. Mas no toda infracción de los deberes morales familiares constituye este delito, sino tan sólo la de los deberes legales de asistencia familiar; por esto, “conducta desordenada” equivale a conducta opuesta a las normas jurídicas que regulan los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, o a la tutela, o al matrimonio. “Conducta desordenada” significa aquí conducta contraria al orden ético-jurídico de la familia” (p. 44).

Al referirse al Código civil español, añade: “La infracción del deber de mutuo socorro que el artículo 56 del Código civil impone a los cónyuges constituye, o puede constituir, el delito que examinamos. Tal deber de socorro mutuo entre los cónyuges, creo yo, no deberá entenderse, de modo restrictivo, en un sentido de pura asistencia material, sino también en el sentido de asistencia y ayuda moral y espiritual, de afecto y estimación recíprocos, de amparo y protección, especialmente por parte del marido al que la ley (art. 57 del Código civil) impone este deber” (p. 49).

Con estas frases, tan acertadas y tan de actualidad, queremos con-

chuir la segunda parte de esta nota en la que hemos podido insinuar cómo el eminente catedrático de Madrid, a pesar de conocer las razones contrarias y a pesar de considerarlas “inspiradas en apreciaciones de veracidad indudable” (p. 12), sin embargo, se muestra decidido partidario de incluir dentro de la tutela jurídica los valores éticos, e insiste en la necesidad de “una vigorosa actividad en el campo legislativo” (p. 7) encaminada a la tutela penal de la familia... para proteger “su moralidad y su pureza” (p. 8).

3. En esta tercera y última parte vamos a recordar, aunque muy brevemente (pues nos hemos alargado más de lo deseado), el amor de don Eugenio Cuello Calón a la justicia como meta suprema del Derecho penal. En oposición a todas las antiguas y modernas tendencias meramente defensivas, él insiste en señalar como fin último la realización de la justicia.

También en este punto conocía y reconocía las teorías y las razones de los adversarios. No en vano fué discípulo de Dorado Montero. En mil ocasiones, en todas sus obras, cuando llega el momento, expone objetivamente las corrientes unilateralmente defensistas y desarrolla sus argumentos; pero, a continuación, insiste siempre en proclamar la necesidad de mantener la primacía de la justicia, la reintegración del orden jurídico violado, la retribución.

Aunque alguien nos tache (y con razón) de excesivamente consisos, vamos a escoger nuestras citas de un solo capítulo —el segundo— de su obra *La moderna penología*, tomo I (Barcelona, 1958), en que directamente trata de los fines de la pena. Quizá en otra ocasión volvamos sobre el tema con la amplitud que se merece, pero ahora queremos mantener los límites que nos han sido señalados.

Ya desde sus primeras iniciaciones en el Derecho penal como “Protector de los criminales”, bajo la dirección de Dorado Montero, Cuello Calón advierte “la incesante y áspera campaña que contra ella (la retribución) mantienen las escuelas preventivistas” (p. 18), y el reproche que ciertas doctrinas sostienen contra las aspiraciones retribucionistas motejándolas de “ideales y abstractas” (p. 18).

Sabe también que la escuela positiva reaccionó violentamente contra la retribución como esencia de la pena y “proclamó como fin de aquélla la defensa social contra la delincuencia” (p. 20), y advierte que “la idea de la finalidad reformadora de la pena ha alcanzado en nuestro tiempo difusión amplísima entre los penólogos de la Europa occidental (Inglaterra, Holanda, Bélgica, Francia), Países Escandinavos y, particularmente, en Estados Unidos, donde se rechazan arduosamente los conceptos de retribución y castigo, que son sustituidos por el de *tratamiento* de los delincuentes fundado sobre el estudio de su personalidad y dirigido a conseguir su reforma y readaptación a la vida social...” (p. 21).

Sigue de cerca el movimiento de la Nueva Defensa Social, cuyos rasgos esenciales, “comunes a cuantos lo integran, a los radicales y extremistas, como a los que dentro de él mantienen una postura moderada, tal y como resulta del examen de su contenido, son: el predo-

minio de la prevención especial, la readaptación social de los delincuentes y su tratamiento *desprovisto por completo de sentido represivo* (el subrayado es nuestro). Es, pues, ésta, en su esencia y en su conjunto, una doctrina preventivista y antirretribucionista” (p. 28).

Como vemos por estas referencias, Cuello Calón está informado, y quiere que sus lectores lo estén también, de todos los movimientos antirretribucionistas. Todavía más, muchos de sus postulados le parecen acertados y propugna que sean admitidos y practicados.

En concreto, en cuanto a la teoría preventivista, escribe: “Mas la pena no limita su función a la realización del fin primordial de la realización de la justicia mediante la retribución del mal del delito, aspira también a la obtención de un relevante fin práctico, cual es la prevención de la delincuencia, aun cuando éste quede también, y en gran parte, encomendado a las medidas de seguridad” (p. 19).

Junto a la exposición y crítica de las teorías reeducadoras hemos de leer su conclusión: “Mas cuando se trate de sujetos necesitados de reeducación y reforma, si no son refractarios por completo a la actuación resocializadora, deben ser sometidos a ella hasta conseguir su readaptación a la vida social. Intentarlo es un deber moral y social, y al realizar esta función la pena cumple su misión más humana” (p. 22 s.).

Al enjuiciar la teoría de la Nueva Defensa Social, afirma: “Este movimiento o dirección contiene aspiraciones profundamente humanas que han de ser acogidas con viva simpatía; el respeto a los derechos de la persona, la arraigada finalidad de la resocialización de los delincuentes, su sentido curativo y asistencia...” (p. 28).

A un lector superficial que lea estos, y otros muchos textos, en los que se admite como fines de la pena la reeducación, la prevención, la resocialización, etc., y en los que se alaba tan sinceramente a todas las escuelas, aun a las más antirretribucionistas, parecerá quizá que Cuello Calón adopta, en cuanto a la finalidad de la pena y del Derecho penal, una postura pragmatista. Pero no es cierto. En este punto, más, si cabe, que en otros, él se manifiesta siempre como defensor y buscador infatigable de la justicia, o, como él decía, del Derecho natural y cristiano.

En el problema de los fines de la pena (y del Derecho penal), logra una *síntesis integracionista* de todo lo acertado y positivo de las más opuestas orientaciones. Síntesis, en cuyo centro, dando vigor y unidad a todos los fines secundarios, se encuentra la justicia, y la exigencia de su restablecimiento.

“La pena no puede aspirar, como estas doctrinas sostienen (las resocializadoras), de modo exclusivo a la reforma del penado” (p. 21).

“Esta postura ecléctica que asigna a la pena diversos fines, parece la más certera. No es posible eliminar por completo o casi por completo, como algunas doctrinas modernas sostienen, las ideas de retribución y prevención general que son bases fundamentales del Derecho penal. La justa retribución es la médula de la pena, sin ella no es posible hablar de justicia penal. Mas su naturaleza retributiva no es obstáculo para que sea aplicada con finalidad reformadora, a la que

debe aspirarse con el mayor empeño cuando tal fin deba y pueda ser alcanzado" (p. 20).

Los fines que persigue Cuello Calón son muy "amplios y elevados: mantener el orden y el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, y protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito" (p. 18).

Cuello Calón exige que "al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir, para la realización de la justicia" (p. 17).

He aquí la meta del Derecho penal para el insigne don Eugenio Cuello Calón, he aquí su contenido y he aquí su método: la realización de la Justicia.

Don Eugenio Cuello Calón como monografista de Derecho Penal

CESAR CAMARGO HERNANDEZ

Abogado-Fiscal de la Audiencia Territorial de Madrid

Cuando aún nos encontramos bajo el profundo dolor que nos produjo el fallecimiento del que fué nuestro maestro y entrañable amigo, somos amablemente invitados por la Dirección del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES para contribuir con estas modestas líneas al merecido homenaje que esta publicación tributa al que fué su fundador y director hasta que, para desgracia de la ciencia penal española, pasó a mejor vida el 11 de septiembre del año de 1963.

El profesor Cuello Calón fué el más eminente de nuestros penalistas en los últimos tiempos, de lo que se deduce que, tanto como profesor, tratadista, articulista o monografista, su figura adquiere unas proporciones inconmensurables.

Terminados sus estudios en la Universidad salmantina, el maestro pasa a ampliar sus estudios al Colegio de San Clemente de los Españoles, de Bolonia, en el que, desde su fundación por el Cardenal Albornoz, se han formado la mayoría de nuestros más destacados juristas.

Fruto de su estancia en Italia es que eligiese, como materia para su tesis doctoral, un tema entonces palpitante en aquel país: "La Mafia". Este estudio es después publicado y constituye el primer trabajo monográfico del insigne maestro.

La Mafia constituyó uno de los temas más apasionantes de aquella época, dando lugar a una serie de publicaciones, más de tipo informativo que científico, siendo esta monografía del profesor Cuello Calón el primer estudio jurídico-penal publicado en nuestra lengua sobre esta organización.

La Mafia es una sociedad secreta que nace en Sicilia y que tiene hondas raíces tradicionales y seculares, aunque su origen suele señalarse en la primera mitad del siglo XIX. En sus reglamentos figura la ayuda mutua, el no testificar ante ningún Tribunal, la protección de los perseguidos por la justicia y evitar el robo y el asesinato, a no ser que se trate de ejecutar las sentencias dictadas por la organización contra algún traidor. Para ingresar en la organización era imprescindible demostrar una gran valentía, lo que se ponía de manifiesto mediante la celebración de un duelo. Fué tanto el poder que, mediante el temor que inspiraba, llegó a adquirir la "maffia", que propietarios e industriales pagaban un canon para ponerse bajo su protección o

evitar sus desmanes, llegando el Gobierno de la nación italiana hasta servirse de esta sociedad secreta con fines políticos y electorales.

Dado el extraordinario poder adquirido por la Mafia, comienza una encarnizada persecución contra la misma en el año de 1875 por parte del Estado, sin que hasta la fecha se haya logrado su completa disolución, pero sí desorganizarla y disminuir su eficacia. El brote más reciente se produjo recién terminada la segunda guerra mundial, con Juliano, asesinado por orden de la "Maffia", siendo su ejecutor Pisciotta, quien, a su vez, fué envenenado en la cárcel por orden de la misma organización.

En la actualidad, más importancia que en Italia ha adquirido esta sociedad secreta en los Estados Unidos de Norteamérica (recordamos haber leído hace pocos días un artículo en el diario *Madrid* sobre sus recientes actividades), donde en la época de la Ley Seca casi todos los "gangsters", de Chicago eran sicilianos o italianos; habiendo derivado, en la actualidad, sus actividades hacia el tráfico de estupefacientes.

Este precioso y cuidado estudio monográfico, del que no se publicó nada más que una edición, es difícilísimo de consultar, ya que dicha edición hace mucho tiempo que está agotada.

Con la primera guerra mundial, la aviación, que hasta entonces había estado reducida a una serie de experiencias individuales de tipo heroico, se convierte en una espléndida realidad, estableciéndose, terminada esta contienda, las primeras líneas regulares de pasajeros. Esta realidad, como no podía ser por menos, planteaba una serie de problemas que afectaban el Derecho en general, y de manera muy especial al penal. Siempre atento a la más palpitante actualidad, preocupa la cuestión del desgraciadamente desaparecido maestro, y fruto del estudio que sobre la materia realiza es la aparición de su monografía titulada "La navegación aérea desde el punto de vista del Derecho penal", que se publicó en Barcelona en el año de 1915.

Con este trabajo, el profesor Cuello Calón expone la posición de los principales juristas sobre la materia, tales como Fauchille, Rivier, Holzendorff, Meili, etc.; examina las disposiciones contenidas en el proyecto de Código Internacional del Aire, aprobado en el Congreso celebrado en París en el año de 1911 por el Comité Jurídico Internacional de Aviación, y propone tan acertadas soluciones a los problemas planteados que puede prácticamente decirse que la vigente legislación sobre la materia (artículo 9 c. del Código de Justicia Militar y la Ley de Bases para un Código de Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947) está inspirada en los principios entonces formulados por el ilustre penalista.

Sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que uno de los problemas que más preocupó y apasionó a nuestro maestro fué el referente a la criminalidad infantil y juvenil y su tratamiento, y de aquí el que haya escrito varias monografías y artículos sobre el tema.

Encontramos el origen de dicha profunda preocupación en los estudios que sobre el tema realiza en varias capitales europeas, pensionado por la "Junta para la ampliación de Estudios e Investigaciones

“Científicas”, en el año de 1909, para “investigar los procedimientos experimentales de estudio de la psicología de los niños anormales y los problemas relativos a la infancia delincuente”. Terminada esta investigación, presenta una Memoria con el título: “Los procedimientos experimentales para el estudio de la psicología de los niños anormales”, que es publicada en el año de 1911 en los “Anales” de la expresada Junta (tomo III —Memoria 6.ª—).

Esta monografía tiene tanta importancia que los posteriores trabajos sobre el tema podemos considerarlos como desarrollo de las ideas en ella expuestas. En demostración de lo indicado y por su extraordinaria importancia, transcribiremos las conclusiones de este trabajo, que fecha en París el 22 de junio de 1909. Dice así: “*Conclusiones.*— Con el fin de reunir en un conjunto sintético las ideas que se encuentran esparcidas en las páginas de esta Memoria, y a la vez como resumen quintaesenciado del presente trabajo, voy a terminarle con las consideraciones siguientes: A) Relativas al estudio de la psicología de los anormales. 1.ª Los estudios relativos a la psicología de los niños anormales se encuentran hoy día en su comienzo; pero estas investigaciones son cada día más numerosas y muchas han permitido interesantes aplicaciones para la educación de estos niños. 2.ª Los métodos introspectivos no son aplicables al estudio psicológico de los niños anormales. La “extrospección” (el método objetivo) es el único útil. Los métodos objetivos hoy empleados son: los técnicos o constituidos por trabajos de laboratorio (cuantitativos y cualitativos), las investigaciones hechas mediante el empleo de tests mentales, y la observación directa del niño en sus manifestaciones objetivas. Estos métodos son insustituibles. El procedimiento de las informaciones (enquêtes) debe ser utilizado con gran precaución. La agrupación de trabajadores que persigan las mismas investigaciones (Comisiones de trabajo de la “Société pour l'étude psychologique de l'enfant de Paris”) es, por el contrario, muy recomendable. 3.ª La técnica de laboratorio aplicable al estudio de las funciones psíquicas de los niños anormales es, salvo muy raras variaciones, la misma empleada por la psicología general. Lo mismo puede decirse respecto del empleo de los “tests mentales”. 4.ª El fin de las investigaciones emprendidas sobre la psicología de los anormales es el suministrar datos precisos para organizar la educación especial a la que estos niños deben someterse. 5.ª Esta educación especial comprende: a) El tratamiento médico, único aplicable en los anormales profundos. b) El tratamiento propiamente educativo aplicable a los anormales menos graves. 6.ª La educación especial debe tener lugar: a) En establecimientos médico-pedagógicos, para los anormales graves. b) En escuelas especiales o clases especiales, anejas a las escuelas ordinarias, para los niños retrasados mentales. 7.ª La asistencia de los niños anormales es necesaria desde el triple punto de vista social, familiar y pedagógico. 8.ª Sería preciso organizar en España la asistencia y la educación de los niños anormales. Dicha organización comprende: a) La formación de un personal idóneo, constituido por maestros que hayan seguido cursos especiales y por médicos psi-

quiatras versados en psicología. *b*) La creación de establecimientos médico-pedagógicos para los anormales graves y escuelas especiales o clases especiales anejas a las escuelas ordinarias para los niños atrasados en su desarrollo mental. B) Conclusiones relativas a los niños delincuentes. 1.^a Las estadísticas criminales señalan en casi todos los países un considerable aumento de la delincuencia infantil y juvenil. 2.^a Entre los delincuentes jóvenes hay una considerable proporción de anormales descendientes de padres mentalmente disminuidos (alcoholizados, alienados, epilépticos, histéricos, etc.). 3.^a La mayor parte de los menores delincuentes han sido educados en un medio social y familiar de inmoralidad absoluta o abandonados, voluntaria o involuntariamente, por sus padres. 4.^a Las medidas de carácter propiamente penal van dejando de aplicarse respecto a los delincuentes infantiles. La tendencia actual es el emplear únicamente, cuando de ellos se trate, medidas de ortopedia moral cuyo conjunto ha sido llamado por algunos autores "pedagogía correccional". Este nuevo espíritu se manifiesta: *a*) En las modernas disposiciones legislativas referentes a la infancia y juventud delincuentes (abolición del examen del discernimiento, retraso de la mayoría penal, etc.). *b*) En la radical renovación del procedimiento penal, por lo que a estos delincuentes se refiere. Una de las manifestaciones más importantes y originales son los tribunales especiales para niños. *c*) En la creación de instituciones de educación correccional (colonias agrícolas, escuelas de beneficencia, reformatorios, etc.). *d*) En la organización de instituciones de patronato. 5.^a Sería muy de desear que la tan necesaria reforma del tratamiento jurídico de los menores delincuentes se hiciese en España con arreglo a las siguientes o análogas Bases: *a*) Reforma de las disposiciones del Código penal relativas a los menores, en este sentido: 1.º Retraso de la minoría penal absoluta hasta los catorce años; los tribunales siempre tomarían, respecto de estos menores, la medida educativa más en armonía con su interés. 2.º Supresión absoluta para estos niños de la prisión preventiva, que podría ser sustituida, como se practica en Gante, por la detención en un local escolar o por la entrega a persona abonada a institución benéfica. 3.º Organizar el procedimiento penal sobre la base de la colaboración del Juez y del Abogado defensor; se podría tomar por modelo el sistema belga. 4.º Las sesiones de los juicios donde compareciesen como acusados menores de dicha edad, tendrían lugar a puerta cerrada. 5.º Los mayores de catorce años y menores de dieciocho serían conducidos a casas de corrección que les estarían reservadas especialmente, y su prisión preventiva tendría lugar en locales alejados de los destinados a los detenidos adultos. *b*) Creación de establecimientos especiales para los menores; estos establecimientos serían de dos tipos: 1.º Escuela de preservación para los menores de catorce años; podría tomarse como modelo la Escuela Teófilo Rousset, en Montesson, localidad próxima a París. 2.º La casa corrección para los mayores de catorce años y menores de dieciocho; modelo, el cuartel disciplinario para menores de Gante. *c*) Formación de un personal idóneo para la educación y vigilancia de los menores inter-

nados en estos establecimientos. d) Y, por último, una racional organización del patronato.”

En el año 1917 publica, ya siendo catedrático de la Universidad de Barcelona, su notable estudio titulado “Tribunales para niños” (Victoriano Suárez. Madrid).

No obstante poder enorgullecerse nuestra Patria de haber poseído instituciones protectoras de la infancia delincuente y abandonada, como el famoso “Padre de los Huérfanos”, de Valencia (siglo XIV), o las “Toribias”, de Sevilla (1725), y de disposiciones tan humanitarias como las dictadas por Carlos III para conseguir la educación y amparo de los menores y vagabundos (Novísima Recopilación, Libro XII, Título XVI, Ley XI, y Título XXXI, Leyes VII, X y XII), la situación, cuando Cuello Calón publica su estudio, puede ser calificada de caótica, y era así por él descrita:

“El niño ha ejecutado un hecho que el Código penal castiga como delito: *ha delinquido*. Ya está bajo la acción de la justicia penal. En nuestro país, a pesar del relativo progreso en este orden, no es raro ver a pobres niños, a menores de doce o catorce años, autores de pequeños hurtos u otros delitos análogos que, atados y custodiados por guardias de Seguridad y, a veces, hasta por la Guardia Civil, son conducidos al Juzgado de Guardia. Este cortejo atraviesa las calles populosas de las ciudades y los niños son así expuestos a la vergüenza pública, infamados por esta exhibición corruptora.”

“Aquí, en España, los niños son encerrados en los calabozos del Juzgado de Guardia; puede darse el caso de que sean detenidos en estancias de aglomeración, en compañía de criminales endurecidos; pero aun cuando, por su fortuna, puedan verse libres de esta promiscuidad, como cuando se les aísla en calabozos o celdas, el hecho tristísimo es que son conducidos al mismo local que los criminales adultos” (págs. 21 y 22).

Este trabajo tuvo tal repercusión en el campo jurídico referente a la delincuencia infantil que podemos parangonarla con la alcanzada por las obras de Beccaria, Pacheco, Lardizabal y García Goyena, en el paso del bárbaro Derecho penal vigente en España a principios del siglo XIX al Derecho penal humanitario posteriormente puesto en vigor. Así, después de publicado este trascendental estudio, se formulan varios proyectos encaminados a la creación de los Tribunales Tutelares de Menores en España, llegándose a esta ansiada meta en virtud de la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, cuyo articulado desarrolló en su Ley de 25 de noviembre del expresado año.

Modifica la legislación referente a los Tribunales Tutelares de Menores, por Decreto de 3 de febrero de 1929, en la reorganización que, posteriormente, se lleva a efecto, es nombrado el ilustre penalista Presidente del Tribunal Tutelar de Barcelona, y fruto de la unión de su bagaje científico, con la experiencia adquirida en el desempeño de su función, es otra nueva monografía sobre el tema, que publica el año 1934 con el título: “Criminalidad infantil y juvenil”, siendo de destacar en este estudio el entusiasmo del maestro por la medida consis-

tente en la colocación del menor en ambiente familiar, “ya que la *práctica* ha enseñado que es uno de los medios más eficientes para la readaptación social del menor delincuente...”, siendo complemento absolutamente necesario de esta medida “la intervención del Delegado del Tribunal, vigilando la conducta del menor, su asistencia a la escuela, al taller, informándose de sus amistades, de sus diversiones favoritas, procurando conocer toda su vida lo más ampliamente posible y, en su consecuencia, vigilándole, aconsejándole y ayudándole...”. Estas ideas ya fueron expuestas por él dos años antes en el magnífico prólogo con que presentó la obra del Delegado del Tribunal de Barcelona Francisco Javier Isarte, titulada “La vigilancia de los menores y los Delegados de protección a la infancia”, publicada por la Sección de Publicaciones de dicho Tribunal en el año de 1932.

Cierra sus publicaciones sobre la materia, con broche de oro, con el profundo estudio que titulado “El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil” presentó como ponencia en el Primer Congreso Hispánico Luso Americano y Filipino Penal y Penitenciario celebrado en Madrid del 6 al 11 de julio de 1962. Esta “ponencia”, a nuestro entender, puede ser considerada como la más importante y enjundiosa monografía sobre el tema.

Terminada nuestra Guerra de Liberación, el profesor Cuello Calón pasa a ocupar la cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, y es nombrado Presidente de la Sección Segunda de la Comisión de Codificación.

Al igual que su intervención en la redacción del Código penal de 1928, dió origen a que escribiese varios interesantes trabajos sobre el mismo, el nuevo cargo que le hace asumir la tremenda responsabilidad de dirigir el más importante organismo técnico en la función legislativa en materia penal, crea en el maestro una serie de preocupaciones relativas a los más candentes problemas, y fruto de ellas son una serie de monografías encaminadas, unas, a señalar aquellos intereses jurídicos a los que, en la sociedad actual, era necesario proteger con la fuerza que sus poderosas sanciones dan al Derecho penal, y otras a comentar y, con el peso de su autoridad, aclarar disposiciones legales recientemente promulgadas. Al primero de los grupos indicados pertenece la titulada “La protección penal del cheque”. Obra que tuvo tal resonancia, que en poco tiempo llegó a tres ediciones. Apareció la primera en 1944, la segunda en 1949 y la tercera en 1959, siendo todas ellas publicadas por la Editorial Bosch de Barcelona. Corresponden a la finalidad seguidamente indicada: “El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar”. Doctrina científica. Comentario del texto legal (Ley de 12 de marzo de 1942 para la represión del delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) y “La Ley penal del Automóvil, texto y comentarios a la Ley de 9 de mayo de 1950. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Ambas monografías fueron publicadas en Barcelona por la Editorial Bosch, la primera en el año de 1942 y la segunda en el de 1950.

En demostración de lo indicado anteriormente y para poner de manifiesto la gran influencia que ejercía la opinión de este ilustre penalista en nuestro Derecho positivo, haremos una pequeña indicación en lo que se refiere a la protección penal del cheque.

Sostenía el maestro, ya en la primera edición de su estudio (año 1944), que una ley encaminada a este fin habría de prever las siguientes figuras de delito:

- a) El hecho de dar en pago cheques sin provisión insuficiente.
- b) El hecho de retirar el librador la provisión de fondos antes de que el cheque sea presentado al cobro.
- c) Siendo posible la comisión de las hipótesis delictivas mencionadas, no sólo intencionalmente, sino también en forma culposa, podría preverse, asimismo, la ejecución de todas ellas, por imprudencia o negligencia, sancionándola con pena pecuniaria. No consideraba necesario modificar nuestros textos legales en lo que se refiere a la falsificación de cheques, ya que la consideración de este documento como "de comercio" no ofrece duda alguna su tipificación en el artículo 302 del vigente Código penal.

De acuerdo con estos principios, propone el siguiente proyecto de texto legal:

"Artículo 1.º Serán castigados con la pena de ... 1.º El que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente a sabiendas de que en el momento de ser presentado a cobro no habrá en poder del librado provisión de fondos suficiente. 2.º El librador que, a sabiendas, retire del poder del librado, dentro del plazo de ... a contar de la emisión del cheque, toda o parte de su cobertura. 3.º El librador de un cheque que, con ánimo de perjudicar a tercero, diere al librado orden de no pagarlo."

"Art. 2.º Cuando los hechos antes mencionados se cometieren por imprudencia o negligencia, serán sancionados con la multa de ..."

En virtud de la Ley de 23 de diciembre de 1961, por la que se establecían las Bases para la modificación del Código de 1944, se efectuó una revisión parcial de este cuerpo legal, que cristalizó en la aprobación por Decreto de 28 de marzo de 1963, del nuevo "Código penal, texto revisado de 1963", en cuyo artículo 535 bis, se dispone:

"Art. 535 bis. El que diere en pago cheque o talón de cuenta corriente, a sabiendas de que en el momento de ser presentado al cobro no habrá en poder del librado provisión suficiente de fondos para hacerlo efectivo, será castigado con la pena de arresto mayor o multa del triple al décuplo del importe de aquél. El hecho realizado con negligencia del librador será castigado con multa del tanto al duplo. En ningún caso la multa será inferior a 5.000 pesetas. Cuando se emplearen medios engañosos con propósito de defraudar, se impondrá la pena en su grado máximo, salvo que correspondiere otra mayor, con arreglo al artículo 528, en cuyo caso se aplicará ésta solamente."

De la comparación de este precepto del nuevo Código con el proyecto anteriormente transcrito, puede fácilmente deducirse, como an-

teriormente afirmamos, el peso de la opinión de este insigne penalista en nuestro actual Derecho positivo.

Otras "monografías", como "El Derecho penal de las dictaduras" (1934), "El Derecho penal de la Rusia soviética" (1931) o "Tres temas penales" (1955), obedecen también al interés del maestro de estar siempre al corriente de la situación jurídico penal de todos los países del mundo o a su preocupación por los más candentes problemas de su tiempo.

Con estas cuartillas solamente pretendemos poner de manifiesto que Cuello Calón no solamente era el profesor que, con la claridad de sus lecciones magistrales, hacía comprender rápidamente a sus alumnos los más difíciles problemas que nuestra ciencia plantea o un gran tratadista, sino también el más insigne de nuestros monografistas.

DON EUGENIO CUELLO CALÓN como Académico de las Reales Academias de Jurisprudencia y Ciencias Morales y Políticas

FEDERICO CASTEJÓN

Académico numerario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Abrumado ante la pérdida que representa para el penalismo español la muerte del que fué su ilustre decano, el eximio profesor Cuello Calón, concurro a la llamada de este ANUARIO, en el que puso tanto amor, entusiasmo y trabajo, para participar en el homenaje que rinde a la memoria de su egregia figura y unirne a la voz amiga del director de esta publicación, el profesor Del Rosal, en el tributo de admiración y afecto al caro, extinto, recordando su actuación como miembro numerario de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas, en la que fué recibido el 6 de marzo de 1949, y de Jurisprudencia y Legislación, en la que ingresó en 24 de abril de 1951.

No se limitó la actividad académica del profesor Cuello Calón en las dos corporaciones aludidas a su discurso de ingreso, sino que tomó parte en toda una gama de cuestiones que, por lo que se refiere a la de Ciencias Morales y Políticas, han sido objeto de importantes consideraciones por el ilustre miembro representante de dicha Academia, profesor Ruiz del Castillo, en la sesión necrológica celebrada en homenaje a la memoria del profesor Cuello Calón en la Academia de Jurisprudencia, y en las que alude, entre otros temas, a intervención en la información deontológica médica practicada a petición judicial, y otros puntos.

Su discurso de ingreso en dicha Academia, sobre "La reforma penal en España", constituye, en cierto modo, la cima y compendio de su elevado concepto sobre lo que debía ser la nueva ley penal española. Después de pasar revista al ansia de reforma penal y los numerosos proyectos, y aun realidades, hasta el Código de 1944, expone la necesidad de una reforma que compaginase con las realizadas en el extranjero y en el último cuarto de siglo, que refiere con precisión de países y fechas y afirma que España permanecía ajena al movimiento general de reformas penales. Su vasto plan renovador comprendería:

1.º La reforma del Código penal español con vista de las transformaciones acaecidas en el campo del Derecho penal durante la última centuria, en el sentido de que no debe castigarse el hecho, sino su

autor, novísima postura en la que fué precursor el gran penalista Dorado Montero, y las nuevas aportaciones científicas al Derecho penal compatibles con el mantenimiento de sus postulados tradicionales, para llegar a la conclusión de que la reforma penal debe tener por base una transacción entre las diversas doctrinas.

Así, en la parte general se ha de mantener firmemente el principio de legalidad de delitos y penas, "nullum crimen sine lege", "nulla poena sine lege", en el título preliminar, la aplicación de la ley penal, tanto territorial como extraterritorialmente, y alude al artículo 8 del Código civil, y 333 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al Código de Justicia Militar, artículo 9, letras B y C, sobre delitos cometidos en aguas del mar o en el espacio aéreo, y la aplicación de la ley penal en el tiempo, retroactividad e irretroactividad, desplazada a los artículos 23 y 24 del Código vigente, y determinar el lugar de comisión del delito, como se encuentra en el Código italiano, artículo 6; suizo, artículo 7; polaco, artículo 3, núm. 2.º; Brasil, artículo 4.º, y proyectos francés y el checoslovaco, regular el concurso de leyes (art. 68) y declarar que las normas generales del Código penal común son aplicables a la legislación penal especial.

El problema de la culpabilidad, edificado sobre la creencia en el libre albedrío humano, las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad enumeradas sin orden ni método, los estados limítrofes entre la alienación y la salud mental, la fusión de las atenuantes de provocación y amenaza, vindicación próxima de ofensa grave y arrebató y obcecación, la eliminación de las agravantes de abuso de superioridad, auxilio de gente armada y alguna otra que poseen la esencia de la alevosía y la inclusión de móviles egoístas o antisociales, así como la admisión de la reincidencia internacional.

En la frustración y tentativa, la valoración en alto grado de la voluntad criminal, atendiendo más a la intención que al resultado del hecho, abandonando ideas decrépitas de que la maldad es distinta cuando puede ser la voluntad tan intensa y peligrosa en el frustrado como en la consumación, y así el centenario Código francés, artículo 2, y el proyecto austriaco, artículo 8, imponen a la tentativa y a la consumación la misma pena, aunque lo más certero sería el sistema suizo, artículos 21 y 22 del Código, que autoriza al Juez para atenuar la pena en la tentativa y en la frustración, a menos que la peligrosidad del culpable aconseje la imposición de la pena plena. Y la misma atenuación facultativa debería darse en el delito imposible por empleo de medios inadecuados o por falta de objeto, como hace el Código suizo en su artículo 23.

En el encubrimiento, defiende se le considere delito autónomo el cometido contra la administración de justicia, el encubrimiento de personas y de delitos, y como delito contra la propiedad, el encubrimiento de cosas u objetos provenientes del delito con ánimo de aprovechamiento de los mismos.

En el asunto capitalísimo del sentido y fin de la pena, que pertenece al ámbito de la penología y, más concretamente, al de la ciencia

y la práctica penitenciaria, la prevención especial basada en la reforma del penado y auxiliado por las enseñanzas de la biología y de la psiquiatría criminal, según los laboratorios y centros para estudio de los presos y condenados, a fin de determinar el régimen de pena más favorable a su reeducación y reforma, lleva a eliminar el sentido de expiación y sufrimiento de la pena y a concebirlos como un sistema de pedagogía correccional, concretadas las normas para el tratamiento de los presos de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, de Berna, acogidas por la Sociedad de Naciones. Y así, la nueva legislación penal debiera inspirarse en la reeducación y reforma de los delincuentes reformables y en la reclusión o segregación de seguridad para los ineducables o incorregibles.

En las medidas de seguridad que ganan el terreno que pierde la pena, para los casos de readaptación a la vida social mediante reeducación, reforma, curación, en casos de individuo necesitado de tratamiento médico o sometido a reclusión de seguridad, a los inadaptables y peligrosos, se comprenden, respectivamente, los delincuentes menores, los anormales psíquicos y enfermos mentales, los alcoholizados y toxicómanos, los vagabundos y refractarios al trabajo y los habituales e incorregibles, como se estableció por vez primera en nuestro país por el Código penal de 1928.

En la individualización de la pena, que corresponde a los juzgadores de los diversos grupos de personalidades delincuentes, como primarios, locos y anormales, enfermos, viejos, jóvenes, hombres y mujeres, se ha de aplicar un tratamiento adecuado a cada uno, debiendo durar la sanción tanto como dure la peligrosidad y cesar cuando la misma cese.

Las penas de privación de libertad, cuyo sistema actual no puede ser mantenido, deben reducirse a una sola, ejecutada en consideración a las condiciones personales del penado, con vigilancias psíquica, social y moral para alcanzar los fines de reforma o de seguridad propuestos, y principalmente resolver el problema de conservar las penas cortas de prisión o abandonarlas, otorgando a los tribunales amplias facultades para sustituir aquéllas por otros medios penales.

La extinción de la responsabilidad penal debe reformarse, cancelando el cumplimiento de la condena, señalando requisitos para el indulto de peligrosos, en particular los habituales, y completando la prescripción con normas para el delito continuado y permanente.

La rehabilitación ha de extenderse a la inhabilitación e interdicción civil, perdiendo su carácter de concesión graciosa por clemencia y asumiendo el carácter de derecho del penado adquirido por su vida y conducta irreprochables.

En la Parte especial del Código español, propugna como reformas la introducción, ya acogida, del delito de abandono de familia; en el Derecho laboral, las infracciones referentes a seguridad e higiene del trabajo y prevención de accidentes, y las relativas al trabajo de niños y mujeres, la regulación penal del automóvil y problemas análogos para aeroplanos y aeronaves, cuestiones, en parte, reguladas por el

Código de navegación aérea; la especulación financiera, la comunicación de informes y noticias falsas con propósitos defraudatorios por directores de sociedades, el título relativo a falsedades, singularmente documentales, exigiendo, como elementos integrantes, un dolo específico, ánimo de lucro, intento de perjudicar a tercero o a la causa pública. El profesor Cuello Calón, al hablar de la declaración de falsedad por imprudencia, la califica de absurda. En los delitos contra la salud pública debe ser castigada la propagación dolosa de enfermedades contagiosas y de epizootias para animales útiles al hombre o de gérmenes peligrosos para la agricultura o la defensa forestal, el uso ilícito de drogas y de estupefacientes, que van alcanzando el rango de "delicta juris gentium"; la protección de las comunicaciones y transportes terrestres, marítimos, aéreos, correos, teléfonos, telégrafos, radiocomunicación, los servicios públicos de suministro de agua, luz, energía, gas, etc. En los delitos contra las personas, pide abandonar el antiguo sistema de determinar la gravedad según el resultado de los mismos, constituyéndolo por una más amplia estimación de la voluntad del delincuente, exigiendo que el resultado grave sea específicamente previsto y querido por el autor, como es el sistema suizo, o establecer, como signo de intención criminal, el empleo de armas o instrumentos peligrosos, la incapacidad de la víctima para defenderse, etc., así como el contagio sexual.

Al abandono de niños y de familia debe añadirse el de incapacitados y desvalidos por los obligados a alimentarlos o sostenerlos, la malversación de bienes de hijos o cónyuges, el abandono de la soltera encinta por su seductor, como establece el artículo 218 del Código suizo, y el abuso de la situación angustiosa o de relación de dependencia o servicio de mujer honesta.

En los delitos contra la propiedad, el castigo de maniobras fraudulentas en el campo financiero, la calificación como apropiación indebida, y no como hurto, o como delito autónomo de la apropiación de cosas perdidas y la protección penal del cheque.

Por último, en materia de faltas, ha de estudiarse la separación de faltas delictuosas de las contravencionales, y llevar las de carácter administrativo al Código de faltas o de policía, como se observa en la diferencia, por ejemplo, entre la estafa y la celebración de espectáculos sin debida licencia.

"El problema jurídico-penal de la eutanasia" fué el tema de su discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestado por el académico profesor doctor don Eloy Montero Gutiérrez, tema que era objeto en aquel tiempo de vivas controversias, como dos lustros más tarde habría de serlo ante los tribunales belgas como motivo de un caso real, terminado con absolución, tan aplaudida entonces como antes lo fueron en Bridgeton (Conneticut) y Dewsbury (Yorkshire) la de dos mujeres que dieron muerte, respectivamente, a su padre y a su madre, cancerosos desahuciados, e igualmente en Detroit el padre que mató de un pistoletazo en la nuca a su hijita paralítica, y en Manchester (New Hampshire) el doctor Sander, que

dió muerte a una enferma cancerosa y con terribles dolores, inyectándole en las venas cuatro decímetros cúbicos de aire.

En su discurso, el recipiendario recuerda estos y otros casos de "muerte piadosa" y del "derecho a morir sin dolor", que se interesó de la ONU se incluyera en la Declaración internacional de los derechos del hombre.

En el curso de su documentada exposición, menciona muchos casos análogos, trata de la eutanasia lenitiva, que sin privar de la vida emplea medios mitigadores o eliminadores del sufrimiento y que estima no punible para el médico como ejercicio legítimo de su oficio (artículo 8, núm. 11, del Código penal español), y aun para persona sin título sanitario si la intervención, dado el estado del enfermo, estuviese indicada y se practicase con arreglo a las normas médicas. Mas, tanto en un caso como en otro, para su impunidad se requiere que medie el consentimiento del doliente y, en defecto de éste, el de la persona que por él pueda otorgarlo, pues una intervención contraria a la voluntad del enfermo podría constituir un delito de coacciones del artículo 496 del Código penal. Como modalidad de esta eutanasia lenitiva estudia el caso de que la mitigación del dolor, querida y lograda, acorte la vida, lo que no se quiere, pero se produce por una inesperada coincidencia; y en este punto adhiere a la opinión de Goetzeler de haber culpa inconsciente, o sea, que el agente considera como posible la muerte prematura, pero confía que no se causará por el narcótico o estupefaciente que administró. Mas para valorar la culpabilidad del hecho será preciso considerar, además de la letalidad de la dosis, la mayor o menor proximidad de la muerte, si el moribundo ha ordenado sus asuntos espirituales y temporales y otras circunstancias o situaciones que pueden concurrir. Pero si estas concomitancias nocivas no eran previsibles, no es posible la existencia de delito.

Más grave es el problema de la eutanasia en su estricto sentido, o sea, la practicada con ánimo de causar la muerte del paciente para poner fin a su dolor. Por su licitud se pronuncian muchos con variedad de argumentos. El profesor Cuello Calón mantiene vigorosamente la doctrina de la Iglesia, condenatoria de la muerte eutanásica como contraria a los fines providenciales de la vida, al respeto que se debe a la muerte, al derecho que Dios posee sobre todos los seres y a la misión sobrenatural del dolor, que purifica al hombre y lo eleva a más altos horizontes. Y tras afirmar que la doctrina eutanásica tiene un íntimo sentido anticristiano y aducir textos del Papa Pío XII, y su admisión como hecho lícito únicamente por el Código ruso de 1922, derogado por el de 1926, y como causa de posible impunidad en los Códigos del Uruguay y de Colombia y en el proyecto checoslovaco de 1927, o de atenuación de pena del homicidio genérico o simple en los Códigos alemán, italiano, suizo, polaco, húngaro, cubano, costarricense y portugués, sostiene su firme creencia de que la muerte eutanásica es ilícita ante la moral y el Derecho y debe ser sancionada penalmente. Pero otra es la solución en casos como el del cadete argentino Perry, casi moribundo, aprisionado entre hierros y maderas

del tren en que viajaba y chocó con otro convoy, y el fuego llega a él y pide con desesperación la muerte, y uno de sus jefes, que le amaba fraternalmente, le libra de la tortura disparándole un pistoletazo sobre la frente, mientras de los ojos del que así actuaba brotó un raudal de lágrimas y los sollozos de los testigos se mezclaron con la plegaria del oficial que cumplió tan triste misión. El profesor Cuello Calón estima que la muerte, aun en estos casos espantosos, no es justa ni lícita, pero excusable por ausencia de culpabilidad, y que el que pone fin a tan dolosa agonía sin esperanzas no debe responder de su acto ante la justicia humana, pues sólo es responsable ante Dios y ante su conciencia, solución que considera aplicable al Derecho español.

En resumen, confía que las legislaciones del porvenir, y con ello no se refiere a la española donde la idea cristiana profunda arraigó, no llegarán a dar satisfacción a las demandas que hoy se formulan, entre ellas, por la Sociedad para la legalización de la eutanasia voluntaria, creada en Inglaterra en 1936, bajo la presidencia de Lord Moy-niham. Y pide que se proteja fuertemente por razones de seguridad jurídica el más alto bien, el de la vida, y no se amplien las excepciones a la norma moral y jurídica "no matarás", que tiene, en el campo de la eutanasia, vigor inquebrantable, pues sólo Dios es dueño y señor de nuestra vida.

Otras intervenciones académicas del profesor Cuello Calón han alcanzado singular relieve en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, como la relativa a si los acontecimientos desarrollados en los últimos días de enero de 1961 a bordo del trasatlántico portugués "Santa María" constituyen un delito de piratería "jure gentium", y en ella, con gran acopio de principios científicos y de precedentes legislativos y judiciales, manifiesta no inclinarse a considerar los hechos como actos de piratería, porque la índole de atentado por los piratas contra la seguridad mundial, hacen perder a estos sucesos el carácter de empresa pirática, como asimismo la finalidad política perseguida por los sediciosos que se apoderaron del buque "Santa María", si bien debe estimarse que los hechos perpetrados constituyen diversos y graves delitos.

Importantes actuaciones en la misma Real Academia de Jurisprudencia y Legislación fueron las relativas a "la inseminación artificial" en los debates sobre la ponencia defendida por el académico don Eloy Montero con el título de "los fines del matrimonio" y a las "reformas orgánicas y procesales" tratadas en la misma Academia en los años 1961 y 1962, en que formó parte de la Comisión dictaminadora respecto a la consulta y antecedentes de esta última, remitidos por el Ministerio de Justicia.

Las notas anteriores constituyen materia más que suficiente para ilustrar una vida preclara, dedicada al estudio y enseñanza del Derecho penal. Pero ha de advertirse que no se limitó a estos documentados estudios y a esta certera visión de los problemas de la delincuencia y de la lucha contra ella el trabajo del sabio profesor desaparecido,

sino que publicó tratados, pronunció conferencias, intervino en Congresos internacionales y, sobre todo, su dedicación absoluta, única, es decir, no mezclada con otras actividades, y profundamente vocacional, iluminan la vida gloriosa de uno de los más ilustres maestros que ha tenido la ciencia penal en nuestra patria.

El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código Penal)

MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: 1. Observación general.—2. Examen de la sistemática legal.—3. El honor del marido como bien jurídico. Crítica.—4. El adulterio como delito contra la familia. Distintas posiciones. Estudio crítico.—5. El bien jurídico protegido. Planteamiento. Distintos aspectos. Su concreción.

1. El examen del bien jurídico protegido contribuye, en gran medida, al tratamiento técnico del delito en particular (1), puesto que proporciona una fundamental razón incriminativa, de índole sustancial, inmejorable para su justa comprensión. Ofrece, pues, el nódulo —que dijera von Listz (2)—, una visión material, sumamente importante en la interpretación y construcción sistemática del precepto.

No obstante, se ha de reseñar, que si bien es cierto que no todo el delito se encuentra en el bien jurídico, ni su examen ha de agotar la labor interpretativa, no lo es menos que resulta indispensable a su noción, como asegura G. Bettiol (3). Mucho más en el presente delito, cuya objetividad jurídica infringida resulta difícil de concretar, proyectándose su virtualidad en un buen número de detalles técnicos del máximo interés, conforme se verá en su lugar.

2. Nuestro Código penal, al igual que otros cuerpos legales europeos, ha incluido el adulterio dentro del título de “delitos contra la

(1) El presente estudio es un título de un trabajo más amplio que versa sobre los delitos de adulterio y amancebamiento.

Se dedican estas páginas a la memoria del profesor Cuello Calón, participando de esa forma en el Homenaje organizado por la sección de Derecho penal y Anuario de Derecho penal y Ciencias penales del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

(2) FRANZ VON LISTZ, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6.^a y 7.^a ed., Berlín, 1908, pág. 295, con la que inicia el estudio de la Parte Especial. Bibliografía acerca del bien jurídico, en referencia con el estudio de los delitos en particular, en M. COBO, *Consideraciones técnico-jurídicas sobre la sustracción de menores*, en ADPCP, 1961, nota 6-10, págs. 209-211.

(3) Así, G. BETTIOL, *L'odierno problema del bene giuridico*, en Riv. it. di diritto e proc. pen., 1959, pág. 716.

honestidad" (4), siguiendo una actitud que no ha dejado de ser criticada por la doctrina española.

Así, Groizard, con acierto, se preguntaba: "¿Qué derecho ofende el adulterio? ¿La honestidad? La del culpable no puede ser. La lesión ha de ser de un derecho ajeno." Y continúa: "¿Será la honestidad pública la ofendida por los adúlteros? Tampoco. Lejos de pretender tal cosa aquéllos, todo su empeño, en esta clase de delitos, se suele cifrar en procurar que sus actos no lleguen a noticias de nadie, no por miedo de ofender el *pudor en general*, sino por no perder ellos su propia fama" (5).

En realidad, el legislador español no ha estado afortunado con la inscripción del adulterio en la rúbrica de "contra la honestidad"; pero cabe preguntarse: ¿en qué otra de las *existentes* podría ser incluido?

(4) Así, por ejemplo, el Código penal francés (arts. 377 y sigs.), de Mónaco (arts. 326 y sigs.), de Holanda (art. 241), de Portugal (art. 401). Vid. *Les Codes pénaux européens* (Publicados por el Centro francés de Derecho comparado), t. II, París, 1957, pág. 683; t. III, París, 1958, págs. 1248, 1426 y 1598. De interés la exposición de Mittermaier, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Bensond. Teil), t. IV, Berlin, 1906, páginas 90-91, en la que se plantea la cuestión de su distinta comprensión como delito contra la honestidad, contra la institución del matrimonio o contra la fidelidad conyugal, con consideraciones de Derecho comparado. También para los problemas de sistemática legal y exposición de las diferentes actitudes mantenidas por los diversos legisladores sobre este extremo, K. TOEBELMANN, *Angriffe auf die Ehe und Verletzung von Familien- und Unterhaltungspflichten*, en *Materialien zur Strafrechtsreform*, t. II (Bensond. Teil) (Rechtsvergleichende Arbeiten), Bonn, 1955, págs. 169 y 171.

(5) A. GROIZARD, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. V, Salamanca, 1893, pág. 6. En términos semejantes al antiguo comentarista: JIMÉNEZ DE ASÚA y ANTON ONECA, *Derecho penal, conforme al Código de 1928* (Parte Especial), 1.^a ed., Madrid, 1929, pág. 255. También Quintano Ripollés estima que se va abandonando la idea de su inclusión en dicha rúbrica. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, vol. II, Madrid, 1946, pág. 302. Del mismo, *Compendio de Derecho penal*, vol. II (Parte Especial), Madrid, 1958, págs. 229 y 261. Recientemente, el mismo autor, le inscribe como "delito contra las relaciones familiares en su aspecto sexual", aunque no desconoce que "vulnerando bienes de tan diversa dimensión como son el vínculo matrimonial y su carácter sacramental en lo religioso y la honestidad como valor abstracto, se comprende que unas veces se haya optado por referir la incriminación al fuero familiar, como ocurrió en las antiguas fuentes romanas y germánicas, y otras a la moralidad, buenas costumbres u honestidad, como es el caso en el derecho español vigente". (*Curso de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1963, página 383). Para Ferrer Sama, el adulterio si bien constituye un atentado contra la honestidad, "no puede desconocerse el hecho de que antes que un atentado a la honestidad se quebranta el orden familiar" (A. FERRER SAMA, *Adulterio*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950, pág. 424). En parecido sentido E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal conforme al Código penal texto refundido de 1944*, t. II (Parte Especial), 11.^a ed., Barcelona, 1961, págs. 574-575. La opinión de GROIZARD es también recogida por RODRÍGUEZ MUÑOZ y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, t. II (Parte Especial), Madrid, 1949, pág. 274.

Expresamente descartan, entre otros, la posibilidad de configurarlo como delito contra la honestidad, DIEGO VICENTE TEJERA, *El Adulterio*, La Habana, 1928, págs. 253-259, y JAGUSCH, *Strafgesetzbuch* (Leipziger Kommentar), t. II, 8.^a ed., Berlín, 1958, pág. 73.

La única que apenas pudiera rozar su *ratio iuris*, a excepción de la de “delitos contra el honor”, es la ya citada, puesto que nuestra legislación no ofrece lugar más idóneo para albergar el adulterio. De aquí que, en consecuencia, necesariamente se haya tenido que adoptar esa posición, desde el momento que recogíendolo en otros títulos a la sazón vigentes hubiera sido más impropio e impropcedente, pues los distintos legisladores españoles, a pesar de las innumerables oportunidades de reforma, parece que todavía no se decidieron a crear una rúbrica de delitos contra la familia, desoyendo, una y otra vez, las innumerables propuestas de la doctrina científica (6). Tampoco ha prestado la menor atención el texto revisado de 1963, que le ha mantenido en los delitos “contra la honestidad”, aunque es de esperar que en la tantas veces anunciada reforma total (7) se consagre, de una vez y para siempre, la expresa protección penal de la *familia*.

Por nuestra parte, debemos abundar en la tesis de que en forma alguna es la honestidad el bien jurídico protegido, sin que nos encontremos vinculados a la sistemática legal. Que el Código utilice una sistemática censurable, no significa que el intérprete deba someterse a ella, quedando su examen condicionado a lo que constituiría un auténtico prejuicio, pues no debe olvidarse que la investigación sobre el bien jurídico obedece más bien a instancias sustanciales que a las puramente formales (8).

Existe, por tanto, una cierta libertad en su busca, siempre y cuando la configuración del mismo sea extraída de los tipos penales —que no de la simple rúbrica—, que en verdad son los únicos que condicionan al intérprete, debiendo ser inexorablemente aceptados por éste.

No se desconoce, sin embargo, que existe una “íntima relación

(6) Extensamente sobre este extremo, M. COBO, *art. cit.*, págs. 223-227, y la bibliografía allí citada, así como para las pertinentes razones en orden al fundamento político-constitucional de su creación: “en nuestro más reducido campo, y prescindimos de otras consideraciones derivadas del mismo razonamiento, solamente podría liberarse nuestro Código del reproche formulado, creando, entre otras rúbricas, una que agrupe y contenga los diversos ataques contra la familia, conforme ha venido apuntando la doctrina española en más de una ocasión. De esta manera, sería normativamente lógico y consecuente comenzando a desaparecer el trasnochado individualismo que informa, las más de las veces, el Código penal vigente”.

(7) El preámbulo del texto revisado de 1963 alude de nuevo a ello, cuando dice: “la revisión parcial ordenada por la citada ley da a entender que anida la idea de emprender una *reforma completa*”. Vid., J. DEL ROSAL, *Esquema de un Anteproyecto de Código penal español* (Discurso), Madrid, 1964, págs. 9 y sigs.

(8) En el mismo sentido, aunque para diferente delito, J. M. NAVARRETE, *La omisión del deber de socorro* (Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal), en Rev. Fac. de Derecho de Madrid, 1959, págs. 422-423, en donde se indica expresamente que “el bien jurídico es algo *sustancial*, que tiene su naturaleza propia y que no puede ser desvirtuado por obra del legislador”. Recientemente, y con virtualidad para la estructura general del delito, se acentúa también el anterior aspecto por el prof. NAVARRETE en *Elementos racionales e irracionales en la estructura del delito*, Sep. de Anales de la Universidad de Valencia, C. III, vol. XXXVI, 1962-63, págs. 62 y 66.

entre la moralidad pública y la proporción de adulterios" (9), aunque tal afirmación no es suficiente para su construcción como genuino atentado contra la honestidad: que haya, en efecto, una relación, no significa aceptar su relieve como objetividad jurídica, en razón a que el adulterio no implica siempre, forzosamente, un quebranto de la moralidad pública, pues puede realmente verificarse el delito, sin menoscabo de esta última, careciendo, por tanto, de la nota de generalidad que ha de caracterizar el bien jurídico protegido.

3. Se han querido acentuar, por obra de algunos autores (10), otras vertientes interpretativas que, en cierta medida, caen por fuera del área estrictamente familiar.

Así, se ha dicho que, en realidad, aquello que se lesiona con el adulterio es, simplemente, el honor del cónyuge traicionado. El adulterio sería entonces, incluso antes que delito de adulterio, una injuria, en la medida que quebranta el anterior bien jurídico (11), y de acuerdo con las particularidades de su derecho positivo se ha planteado en la literatura alemana la hipótesis del concurso entre ambas entidades delictivas (12).

La anterior consideración no puede ser desconocida dado el decisivo papel que la protección del honor, o si se quiere de la honra, ha venido desempeñando en la legislación penal española.

En inmediata referencia con el adulterio, se ha pensado, que no

(9) Como expresamente dice, MIGUEL E. DE CARMONA, *El adulterio en Derecho civil, canónico, social, penal y procesal*, Barcelona- Madrid, s. f., pág. 251. También Rodríguez Devesa, recientemente, aun reconociendo que es opinión dominante aquella que ve en el adulterio una contradicción a los deberes familiares y a la fe conyugal y, por tanto, al orden propio de los derechos familiares, afirma que, "desde un punto de vista sistemático, siendo cierto cuanto decía Groizard, el legislador ha pensado, sin duda, en la moral colectiva que evidentemente se resiente con estas conductas" (RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte Especial), t. I, Valladolid, 1963, pág. 156).

(10) Vid DE CARMONA, *ob. cit.*, págs. 249-250. Sobre los extremos que a continuación se exponen, NIETHAMMER, *Lehrbuch des Besonderer Teils*, Tübingen, 1950, págs. 104-105. También la bibliografía recogida en la nota 13 de este trabajo.

(11) Vid. NIETHAMMER, *ob. cit.*, pág. 105. A juicio de De Carmona el ataque contra el honor del marido si bien "es lógico en la literatura, no es admisible como motivación de una sanción establecida por el Derecho" (*ob. cit.*, pág. 251). De interés la exposición de JOHANNES OBERMANN, *Der Ehebruch im Strafrecht*, Berlín, 1914, pág. 40. También, J. BASTERO ARCHANCO, *La protección jurídica del honor en el Proyecto de Código popular alemán*, Zaragoza, 1945, esp. págs. 7-8, para la concepción del honor en general.

(12) Vid., además de las ya cit., WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, (Eine systematische Darstellung), 7.^a ed., Berlín, 1960, pág. 362. MAURACH, *Deutsches Strafrecht* (Besond. Teil), 2.^a ed., Karlsruhe, 1956, págs. 361-362. MEZGER, *Strafrecht* (Studienbuch) (Besond. Teil), 4.^a ed., München-Berlín, 1954, página 277. SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 9.^a ed. München-Berlín, 1959, pág. 692. JAGUSCH, *ob. cit.*, pág. 75. KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 42 ed., Berlín, 1959, pág. 412. O. SCHWARZ-E. DREHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen*, 23 ed., München-Berlín, 1961, página 478, entre otros.

otra cosa significaba el suprimido artículo 428 (13), y con posterioridad, la expresada alusión al número 4 del artículo 8 del Código penal, entre otros, por la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 (14), en orden a la futura resolución de semejantes supuestos.

También cabría decir que la propia colocación sistemática —anterior al texto revisado de 1963—, que situaba al adulterio en el último capítulo de los delitos “contra la honestidad” e inmediatamente antes de los “contra el honor”, abonaba dicha interpretación, por si no fuere suficiente que la protección de la honra en nuestro Código adquiere tal prevalencia que, en algunos casos, disminuye el alto rango que corresponde al bien más cotizado, cual es la vida humana (15). Igualmente, se vería reforzada la presente forma de razonar, desde el momento que, cualquier mediano observador de la realidad social y cultural española concluiría, sin más remedio, que el adulterio es tenido por afrentoso en lo que al marido agraviado se refiere.

Todavía más, y cerrando el ciclo lógico de la argumentación —se diría—, que desde esta perspectiva es explicable perfectamente la prohibición que supone el párrafo segundo del artículo 450 del Código penal, cuando determina que nunca podrá deducirse querrela si se hubiere

(13) De interés, D. V. TEJERA, *ob. cit.*, págs. 185 y sigs. JOSÉ PECO, *El uxoricidio por adulterio*, Buenos Aires, 1929, esp. págs. 139 y 540 entre otras, en referencia con el honor entendido como bien jurídico. También el *Prólogo* de Jiménez de Asúa a la anterior obra (págs. VIII-XVI). Para las distintas posiciones mantenidas sobre el antiguo artículo 428, vid., entre otros, BASTERO-ARCHANCO, *La legítima defensa del honor*, Zaragoza, 1942, págs. 86-90. J. PEREDA, *El uxoricidio*, en ADPCP, 1951, págs. 518-546. QUINTANO RIPOLLÉS, *El uxoricidio como parricidio privilegiado*, en ADPCP, 1955, esp. págs. 7-8. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La protección al honor en el Derecho español*, sep. de Rev. Gal. de Legis. y Jurisp. Madrid, 1958, pág. 22. D. MOSQUETE, *La impunidad del uxoricidio legal*, en Rev. Esc. de Est. Peniten., número 150, 1961, págs. 2698-2708. SÁINZ CANTERO, *El uxoricidio por causa de honor y la reforma del Código penal*, separata de la Rev. del Colegio de Abogados de Granada, 1962, esp. pág. 4; y la bibliografía por ellos citada.

(14) Así se interpreta la citada Ley por Sáinz Cantero quien por esta razón la crítica (*art. cit.*, pág. 10). La base octava de la Ley de 1961, decía: “se suprimirá el artículo 428, ya que la finalidad que se propone en este precepto se logra a través del juego de los principios generales de las eximentes primera y cuarta del artículo octavo, o de las atenuantes quinta, sexta y octava del artículo noveno”. La doctrina científica ha estado de acuerdo en la supresión: Vid. E. RUIZ VADILLO, *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*, en Rev. de Dcho. Judicial, núm. 9, 1962, págs. 105-106. F. BUENO ARÚS, *La Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión y reforma del Código penal y otras leyes penales*, en Rev. de Est. Peniten., núm. 155, 1961, pág. 3384. QUINTANO RIPOLLÉS, *La reforma del Código penal*, en ADPCP, 1961, págs. 458-459. De gran interés sobre este extremo, pues refleja una disparidad de opiniones sobre la bondad de la entonces propuesta de reforma, el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (Sesión de 20-XII-1961), núm. 721, págs. 15247-15250, en donde se recogen las distintas actitudes de los procuradores a Cortes que propusieron enmiendas, y la contestación oral a las mismas.

(15) Vid., por ejemplo, en referencia con el infanticidio las razones ofrecidas en J. DEL ROSAL, M. COBO y G. R. MOURULLO, *Derecho penal español* (Parte Especial), t. I, Madrid, 1962, págs. 290-291.

consentido el adulterio o perdonado a los adúlteros, pues, en ambos casos, la honra, bien de tanta sensibilidad y fragilidad, ha quedado ya mancillada consintiéndolo o perdonándolos.

Sin embargo, las anteriores consideraciones *no* pueden agotar la problemática del bien jurídico, salvo que se peque de unilateral, y solamente deben resaltarse con la finalidad de poner de manifiesto una zona de interés en el entendimiento del presente delito.

Existen una serie de razones que se oponen a la tesis de que sea el honor el auténtico bien jurídico lesionado:

En *primer lugar*, la supresión en el Código penal vigente del antiguo artículo 428 supone un paso firme en la contemplación general del adulterio bajo prisma bien distinto. A pesar de la alusión de la Ley de Bases de 1961 a la legítima defensa (artículo 8, número 4), entendida como legítima defensa del honor (16), no puede concluirse que ello obedezca a la consideración de que el bien jurídico protegido sea, sin más, el honor del marido, por las siguientes razones:

a) Si así fuere, no hubiera sido menester aludir expresamente al número 1 del artículo 8, ni a las atenuantes 5.^a y 8.^a del artículo 9. Sería suficiente con hablar, siempre y únicamente, de legítima defensa del honor para conseguir finalidades incluso más beneficiosas que las previstas por el suprimido artículo 428. Si siempre se lesiona el honor, *todas* las hipótesis que pudieran inscribirse en el anterior artículo 428 serían, en principio, supuestos de legítima defensa del honor, sin necesidad de recurrir a otros preceptos que, empleando la terminología de nuestro Código, eximieran o atenuaran la responsabilidad criminal del marido.

La Ley de Bases, sin embargo, ha utilizado otra eximente y dos atenuantes, y la razón es fácilmente deducible: porque no era suficiente con la legítima defensa, porque ésta no podría ser empleada *siempre*, porque, en definitiva, no *siempre* se lesiona el honor del cónyuge inocente. Es decir: porque no ha afirmado que sea el honor el bien jurídico quebrantado por el adulterio.

b) La citada Ley, por consiguiente, lo único que expresa es, mediante motivación quizá superflua, su indeclinable decisión de suprimir el artículo 428, con vistas a la estricta justicia del caso concreto, recogiendo las *dos* razones que usualmente se han venido dando sobre la fundamentación del precepto, en aquellos singulares supuestos que efectiva y *realmente* (17) se dieran, pero no afirma, simplemente, que el adulterio sea un delito contra el honor. Esto último sólo podrá deducirse si única y exclusivamente se hubiera basado la supresión en la legítima defensa del honor.

c) Fundarse en la Ley de Bases, por lo que a este aspecto se

(16) Vid. Nota 14 de este trabajo.

(17) Así, J. DEL ROSAL, M. COBO, G. R. MOURULLO y B. F. CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid, 1964, pág. 520.

refiere, y llegar a la conclusión de que el honor *es* el bien jurídico del artículo 449, no parece correcto ni decisivo, desde el momento que aquélla, por su carácter instrumental, no vincula totalmente, y mucho menos en un problema de esta clase. Por lo demás, el texto revisado de 1963 se limita a suprimir el artículo 428 del Código de 1944, y ni siquiera en su exposición de motivos se lleva a cabo consideración alguna específica que justifique la actitud del reciente legislador.

En *segundo lugar*, difícilmente puede mantenerse que el adulterio se agote en una simple lesión del honor, pues surgirán una serie de inconvenientes que nacen de la especial naturaleza de un bien tan situacional y problemático, que no se corresponde con las exigencias del actual momento cultural y social, siendo más propio de antiguas concepciones sobre la citada figura delictiva, que vienen siendo abandonadas y silenciadas por la mejor doctrina (18). De ahí, pues, que esta fije su atención en diferente ámbito, para concretar la objetividad jurídica protegida, sin que sea necesario un mayor tratamiento acerca del presente extremo.

4. Es opinión generalizada que el adulterio constituye un genuino delito *contra la familia*. De forma concreta, se ha pronunciado en este sentido, en diferentes ocasiones, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (19).

La razón se ha de encontrar, en primer lugar, en el creciente desarrollo de los derechos *sociales* —especialmente los familiares—, en la moderna concepción del Estado (y, concretamente, del Estado social de Derecho) (20), que no cabe por menos que reconocer; en segundo lugar, la evidente realidad que muestra el adulterio, como verdadero ataque contra la familia, que no deja lugar a dudas, puesto que siempre implica, en principio, un trastorno, sea de la índole que fuere, del *status familiar*, desde el momento que un extraño al mismo se interfiere en relaciones exclusivamente conyugales.

Ahora bien: decir que es un atentado contra la familia no es decir todavía cuál sea el bien jurídico protegido, sino tan sólo acotar inicialmente el cuadro sobre el que se ha de mover su concreción. Es, pues, necesario individualizar, en la medida de lo posible, dentro del amplio margen que proporciona la familia, la objetividad jurídica in-

(18) También se critica sea la honra el bien jurídico protegido en la *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 521 y la bibliografía allí citada.

(19) Concretamente se alude a la fe o fidelidad conyugal, entre otras, en las siguientes SS. 12 de febrero de 1875, 28 de febrero de 1906, 11 de octubre de 1954; 30 de junio de 1955, etc. Ya VIZMANOS, a mediados del siglo pasado, decía claramente: "Que el adulterio es la violación de la fe conyugal, sábenlo todos" (*Comentarios al Código penal*, t. II, Madrid, 1848, pág. 367).

(20) Vid. en inmediata referencia con la cuestión, aunque para diferente delito, M. COBO, *art. cit.*, págs. 223-226, y la bibliografía allí citada. De interés el volumen *Matrimonio fondamento della famiglia*, Quaderni di Iustitia, núm. 8, 1956, en donde se recogen las actas del VII Convenio Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, celebrado en Roma del 3 al 5 de noviembre de 1956 (esp. las ponencias de G. Lercaro, P. Gismondi y D. Barbero).

frinjida, es decir, delimitar qué derecho, o en su caso deber, es el que quebranta dentro del complejo que aquélla supone, o cuando menos, precisar la institución familiar que ha sido elevada a la categoría de bien jurídico, conforme han hecho otros autores.

Aquí es, precisamente, donde radica la disparidad de la doctrina, por cierto muy abundante, y a la que nos referimos de forma esquemática:

a) Antiguamente se sostuvo que la principal razón de incriminación consistía en la *turbatio sanguinis* que implicaba, o sea, que radicaba en la incierta condición de padre. Así, pues, se configuraba como delito que lesiona tanto derechos del padre como de los hijos legítimos, puesto que colocaba a éstos últimos en un plano de igualdad con los adúlteros (21).

Se ha criticado, con razón, fundándose en que, entendido de esa forma, nunca podrían castigarse aquellos casos en que uno de los adúlteros fuese estéril, o se pusieran los medios para evitar la concepción (22), y que, desde luego, no generarían de por sí *turbatio sanguinis* alguna.

El mayor reparo que pudiera formularse, abundando en la crítica, es el de su *unilateralidad*. Ciertamente la tesis comentada ofrece solamente una de las posibles consecuencias del adulterio —dejando a un lado otras muchas que también pudieran darse—, pero carece de la nota de generalidad que debe caracterizar la objetividad jurídica infringida. Muestra, por tanto, un aspecto, una vertiente del adulterio, que se proyecta sobre la prole legítima o sobre la condición de padre, y sin embargo, no comprende la constante que forzosamente debe darse en orden a la configuración del bien jurídico, pues en realidad puede verificarse el delito *sin* que se produzca la denominada *turbatio sanguinis* (23).

b) Un considerable sector doctrinal, principalmente radicado en

(21) Vid. PISAPIA, *Delitti contra la famiglia*, Torino, 1953, pág. 129, nota 1, en la que resume el pensamiento de Carmignani. Sin embargo, Carmignani, posteriormente, al versar sobre la conveniencia de dejar solamente al marido el derecho de acusación afirma textualmente que el adulterio lesiona solamente derechos del marido, lo que, en realidad, le hace ser inconsecuente con su formulación (Vid. CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, trad. italiana de la 5.^a ed. de Pisa de C. Dingli y 1.^a milanese revisada y anotada por F. Ambrosoli, Milano, 1863, págs. 430-433, que es la que hemos utilizado). De interés la alusión que hace GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 20. Exposición crítica en MAGGIORE, *Derecho penal* (Parte Especial), vol. IV, (trad. esp. de Ortega), Bogotá, 1955, pág. 187. DE GENNARO, *Dell'Adulterio*, en *Scritti Giuridici en Onore di A. Di Mársico*, vol. I, Milano, 1960, pág. 445. Exposición histórica en J. OBERMANN, *ob. cit.*, pág. 9-34. V. MANZINI, *Scelta di scritti minori*, Torino, 1959, págs. 20-22, 106-113.

(22) Así, MAGGIORE, *ob. cit.*, pág. 187. DE GENNARO, *art. cit.*, pág. 445, entre otros.

(23) Por lo demás dicha tesis ha sido abandonada por los autores, que han parado su atención en aquellos extremos que pueden ofrecer una sólida base para la construcción del bien jurídico.

la dogmática alemana, ha sostenido que el adulterio es un auténtico delito *contra el matrimonio*, con base en la peculiar regulación del Código penal alemán (24).

Así ha dicho, por ejemplo, Mezger que constituye un genuino delito contra el matrimonio (25). En la misma línea, Schönke-Schröder estiman que se protege el matrimonio como fundamento del orden de la familia (26). A juicio de Welzel, se lesiona el matrimonio como institución ético social, y de ahí su configuración como auténtico delito contra el matrimonio (27).

Parecida solución es sostenida por algunos autores italianos, sin duda influenciados por la doctrina penal alemana. Para Manzini, objeto de la tutela penal es el orden jurídico matrimonial (28). Maggiore cree que lo es el orden ético jurídico del matrimonio monogámico que se quebranta con las relaciones extramatrimoniales de uno de los cónyuges (29).

La presente dirección doctrinal supone un evidente desarrollo en la concepción del adulterio, pero no puede aceptarse plenamente si se tiene en cuenta el derecho positivo español, pues su adaptación implicaría un grave extravío metódico que a toda costa se debe evitar. Desde esta perspectiva no existe el menor inconveniente en suscribir las agudas críticas de Pisapia a algunos autores italianos que han configurado el bien jurídico de idéntica manera a la comentada (30).

La comparación entre la fórmula legislativa empleada por el legislador alemán (parágrafo 172) y la de nuestro artículo 449 mues-

(24) El parágrafo 172 que disciplina el adulterio en el Código penal alemán se encuentra enclavado en la rúbrica de "contra el estado civil, el *matrimonio* y la familia". El Proyecto de Código penal alemán de 1962 conserva la rúbrica aunque coloca al matrimonio en primer lugar, después a la familia, y en último al "estado civil" (Personenstand), vid. *Entwurf eines Strafgesetzbuches, mit Begründung* (Bundestagsvorlage), Bonn, 1962, pág. 347. Una visión de conjunto sobre el problema en la literatura alemana de principios de siglo en J. OBERMANN, *ob. cit.*, pág. 37.

(25) MEZGER, *ob. cit.*, pág. 274. También F. WACHENFELD, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, München, 1914, pág. 454. H. B. GERLAND, *Deutsches Reichsstrafrecht*, Berlin-Leipzig, 1922, pág. 387. Para OBERMANN se trata de un delito contra el matrimonio como institución estatal (*ob. cit.*, págs. 39-40).

(26) SCHÖNKE-SCHRÖDER, *ob. cit.*, pág. 690.

(27) WELZEL, *ob. cit.*, pág. 362.

(28) Textualmente dice: "es el interés del Estado de garantizar el orden jurídico familiar y más precisamente el orden jurídico matrimonial" (MANZINI, *Trattato di Diritto penale italiano*, vol. VII, nueva ed., Torino, 1951, pág. 670). En el mismo sentido, R. DOLCE, *Adulterio*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. I, Milano, 1958, pág. 625.

(29) MAGGIORE, *ob. cit.*, págs. 186-187. A juicio de Saltelli y Romano-Di Falco, el adulterio supone una "ofensa al vínculo matrimonial que impone la monogamia, sin el cual el matrimonio no podría conseguir los fines éticos y sociales que le son inherentes", aunque a continuación aluden, para justificar la actitud del legislador italiano en referencia con la punición establecida, a la "infidelidad conyugal" (SALTELLI y ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale* (Parte seconda), vol. II, 5.^a reimp., Torino 1931, pág. 835).

(30) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 522-524, esp.

tra claramente, y dentro de la presente consideración, la diferencia entre ambos: para nada tiene en cuenta el Código penal español la disolución del matrimonio en referencia con el adulterio, y mucho menos en la forma *condicional* del parágrafo 172. En nuestra legislación, el adulterio subsiste, y es punible con absoluta independencia de los distintos efectos civiles que pueda ocasionar (31). Todavía más: en derecho español el adulterio *nunca puede* implicar la disolución del matrimonio, su ruptura (32).

De aquí, pues, que "adulterio" no signifique ni en nuestro idioma, ni en nuestro Derecho, ruptura del matrimonio (*Ehebruch*), ni tampoco *constitutivamente* lesione el orden *jurídico monogámico* ni el orden *jurídico* matrimonial, y no cabe duda que también le asiste la razón a Pisapia, y a los que como él piensan, de acuerdo con la legislación italiana (33).

La argumentación se ve sensiblemente reforzada si se piensa que ni siquiera la *separación* significa una liberación de los deberes y derechos que dan razón al adulterio: puede existir la primera y *también* producirse el delito; y puede darse este *sin* que necesariamente se deduzca aquélla (34).

c) Constituye opinión dominante en la dogmática penal italiana que la objetividad jurídica se debe encontrar, de forma muy precisa, en la *fidelidad conyugal*, que supone un deber de fidelidad, que nace del artículo 141 del Código civil italiano, y al que corresponde un derecho a la exclusividad sexual, que se ven quebrantados con el adulterio. Fidelidad conyugal que se viene entendiendo específicamente, por los autores más recientes, como fidelidad sexual o genital (35).

(31) En modo alguno puede decirse en nuestro Derecho que la pena en el adulterio *depende*, por ejemplo, de la separación, y menos de la disolución del matrimonio.

(32) Sólo figura como simple causa de separación de acuerdo con el núm. 1 del artículo 105 del Código Civil, e igualmente el canon 1.129 del *Codex* le concede idéntico valor de causa de separación, indicando expresamente: *permaneciendo el vínculo*.

(33) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, págs. 522-523, esp. notas 1, 2 y 3, en las que critica las tesis de Manzini, Maggiore y Frisoli, con bastante éxito.

(34) Los efectos de la separación se encuentran formulados en los artículos 73 y 104 del vigente Código civil, y de ninguna forma pierde su vigencia el "guardarse fidelidad" del artículo 56 del mismo texto legal, pues solamente se proyecta su virtualidad en la suspensión de la vida en común (correlativamente al "obligados a vivir juntos" del artículo 56), y en los previstos por el artículo 73 (que no libera a los cónyuges de la recíproca obligación de guardarse fidelidad que queda subsistente).

(35) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 524. Del mismo, *Adulterio*, en *Novissimo digesto italiano*, T. I., Torino, 1958, pág. 327. G. Battaglini habla de fidelidad conyugal (sexual y genital) en *Fecondazione artificiale e adulterio*, en *Scritti Giuridici* in O. di A. Di Mársico, T. I, Milano, 1960, págs. 22 y 25. También lo fundan en la fidelidad: Carrara, *Programa del Curso de Derecho criminal, dictado en la R. U., de Pisa* (Parte Especial), vol. III, trad. esp. dirigida por S. Soler, Buenos Aires, 1946, pág. 249. Teucro Brasiello, *Il nuovo Codice Penale*. (Parte Speciale), Nápoli, 1932, pág. 188. De interés para las innovaciones introducidas en su día por el legislador italiano, el estudio crítico de

No han faltado críticas fundadas en muy diversos puntos de vista, sobresaliendo, por su importancia técnica, la formulada por Manzini y Maggiore—y contestada por Pisapia—, de que así entendido el bien jurídico, no se explica satisfactoriamente cómo puede éste infringirse por el *extraño* a la relación conyugal (36). En fecha reciente se ha dicho por De Gennaro, que supone una interpretación restringida e incompleta del artículo 559 del Código penal italiano, y que no son equiparables en modo alguno la fidelidad conyugal y la fidelidad sexual, que tienen diferente ámbito y contenido, con lo que, a su juicio, caería por tierra el argumento extraído del artículo 141 del Código civil italiano (37).

d) La tensión producida por las tesis explanadas en b) y c) ha generado una actitud intermedia que pretende salvar los puntos de vista irreconciliables entre una y otra, llegando a posiciones que pudiéramos denominar de integración, en las que se han tenido en cuenta ambas vertientes.

De esa forma se ha podido aludir por Maurach a una solución de compromiso en la que si bien se coloca en primer plano el interés público de la institución del matrimonio monogámico, se contempla también el deber de fidelidad de forma abstracta y general (38).

De parecida forma se dijo en la literatura italiana por Frisoli que

Gennaro Marciano, *Il nuovo Codice penale*, Napoli, 1932, págs. 359-366. También para Zuccalá existe una evidente infracción de la fidelidad sexual, aunque posteriormente se indicará en qué forma es ésta entendida por dicho autor, (Giuseppe Zuccalá, *L'infedeltá nel Diritto penale*, Padova, 1961, pág. 96). Para Antolisei se tutela la obligación recíproca de fidelidad y contemporáneamente el instituto de la familia contra las perturbaciones que normalmente se deriven de su infracción y el interés moral del cónyuge traicionado (F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale* (Parte Speciale), T. I., Milano, 1960, pág. 329). En la literatura alemana, vid. BINDING, *Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts* (Besond. Teil), T. I., 2.^a ed., Leipzig, 1902, págs. 220-221. ALLFELD, *Deutschen Strafrechts*, 8.^a ed., Leipzig-Erlangen, 1922, pág. 412 en la que se recoge interesante bibliografía al respecto. En nuestra literatura, Groizard afirmó que en el adulterio “los reos faltan al derecho y a la fe conyugal jurada y, por tanto, al orden propio de los derechos familiares, al quebrantar y menospreciar los deberes aceptados por la esposa o el esposo voluntariamente ante Dios y ante los hombres al celebrar el matrimonio y constituir una familia” (*ob. cit.*, págs. 6-7).

(36) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 525. La crítica en Maggiore, *ob. cit.*, pág. 187. Manzini, *ob. cit.*, pág. 670. De interés, J. Obermann, *ob. cit.*, pág. 39.

(37) DE GENNARO, *art. cit.*, págs. 442-445, entre otras, en cuyo trabajo se emplean una serie de consideraciones que tienden a descartar la fidelidad (conyugal o sexual) como fundamentadora del bien jurídico.

(38) MAURACH, *ob. cit.*, pág. 360. De interés Jagusch, *ob. cit.*, págs. 73-74. La dimensión social y pública de la tutela de la fidelidad conyugal, fue acentuada por von Liszt en su estudio *Die Privatklage in Osterreich*, recogido en el vol. I de sus *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlín, 1905, pág. 40. Debe tenerse en cuenta que dicho trabajo fue publicado en el año 1877 en la *Gerichtssaal*, T. 29, como reseña el autor al inicio del mismo (pág. 36). De gran interés las distintas razones ofrecidas por Sturm en el seno de la reforma penal alemana, recogidas en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, T. 8 (Besond. Teil), Bonn, 1959, esp., págs. 364-365,

se lesiona el *status* conyugal, sin que por ello se desconozca la violación de la fidelidad, o que infringiendo ésta, se quebranta igualmente un complejo de bienes que se encuentran implícitos en el matrimonio, como expusiera De Gennaro (39).

5. La delimitación del bien jurídico, a la vista de nuestro derecho positivo, adquiere singular interés en atención a que no existe una específica y expresa protección penal de la familia, y de ahí la necesidad de llevar a cabo, con precisión y rigor, la investigación sobre el mismo.

Puede observarse en el examen antes realizado que la discusión habida en torno a su concreción se ha planteado con un exceso de rigidez y formalismo, pues no debe olvidarse que si admitimos, en principio, que el adulterio lesiona la fidelidad—en la acepción que fuere—, estamos ya aceptando que queda quebrantado un orden, cual supone el matrimonio, en la medida que aquélla se encuentra enclavada dentro de éste.

De la misma forma se ha venido destacando, por los distintos autores, uno de los aspectos del matrimonio, público o privado, cuya acentuación, en detrimento del otro, ha condicionado la solución sobre el bien jurídico, perdiendo de vista que aquél, como institución familiar, goza de una particular naturaleza, mixta o intermedia si se quiere (40), debiendo coexistir armónicamente ambas dimensiones, si se pretende llegar a una justa comprensión penal de lo que es el adulterio.

Parece que está fuera de duda que será *en* la familia, y dentro de ella *en* el matrimonio, donde hemos de encuadrar el planteamiento del bien jurídico. En este sentido, el mérito de la concreción se debe atribuir a quienes centran en la fidelidad, con lo que ella implica, el eje sobre el que ha de girar la investigación, aunque quizá en detrimento, en algunas ocasiones, de la dimensión pública del matrimonio.

El Código civil español, en su artículo 56, impone a los cónyuges la recíproca obligación de guardarse fidelidad, y la jurisprudencia

referidas a la exigencia de querrela criminal. También el *Entwurf*, cit., páginas 348-349. A juicio de Vannini, se ofende con el adulterio "tanto el interés de la fidelidad conyugal como el interés relativo al orden jurídico matrimonial" (VANNINI, *Manuale di Diritto penale italiano*. (Parte Speciale), Nueva edición, Milano, 1951, pág. 250).

(39) FRISOLI, *L'oggetto della tutela penale nei reati contro il matrimonio*, Pola, 1942, pág. 63. Una crítica en Pisapia, *ob. cit.*, págs. 522-523, nota 3 y Dolce, *art. cit.*, pág. 624. De Gennaro, *art. cit.*, págs. 445 y 463, entre otras. Para Brasiello se quebranta la fidelidad que a su vez genera la destrucción del vínculo conyugal (*ob. cit.*, pág. 188). En realidad con tales afirmaciones subsisten, en gran medida, las objeciones que formulan los partidarios de la fidelidad conyugal que, sin duda, no quedan satisfechos con la presente concesión, pues aquella pasa a un segundo plano, ocupando un rango inferior. También se estima como delito pluriofensivo por S. SOLER, *Derecho penal argentino*, t. III, Buenos Aires, 1945, páginas 331-333.

(40) Una visión general del matrimonio desde la perspectiva canónica —especial en A. DE FUENMAYOR, *El matrimonio y el Concordato español* (Discurso), 1963, pág. 8 y ss., y la bibliografía allí citada.

no ha dudado en entender, como ya se ha puesto de manifiesto, que la fidelidad conyugal se ve radicalmente quebrantada con el adulterio (41).

Extraemos, por tanto, una conclusión de interés, y que no debe ser olvidada ni un solo instante: la fidelidad nace y tiene su razón de ser *dentro* de la institución del matrimonio, no pudiendo ser jurídicamente exigida por fuera de éste. Se trata, por tanto, de una exigencia con base normativa, que funciona a modo de necesario precedente de la infidelidad, o mejor, de la acción infiel (42).

El problema, sin embargo, será el de determinar hasta qué punto el artículo 56 del Código civil, y concretamente la fidelidad que él impone, se ve reflejada plenamente en el artículo 449 del Código penal, o si, por el contrario, se ha de operar con una idea diferente de la misma, quizá más específica.

El artículo 56 del texto civil ordena que los cónyuges han de guardarse fidelidad, es decir, que no deben traicionarse, y desde luego se trata de una fórmula amplia y genérica que comprende una serie de supuestos que pueden infringir el mandato civil (43).

Por el contrario, sólo se han estimado dignas de represión penal no todas las conductas que quebrantan la anterior fidelidad, sino solamente aquellas que adquieren la forma posiblemente más grave y dramática, como son las descritas por el artículo 449. Es acertada, en consecuencia, la opinión de Castán Tobeñas, cuando afirma que la protección de la fidelidad es por demás imperfecta, ya que la ley sólo toma en cuenta las manifestaciones externas y más graves de la infidelidad conyugal, encarnadas en el adulterio (44).

Ahora bien, si es cierto lo anterior, se está indicando claramente que el mandato civil es más amplio que el contenido en el artículo 449, a pesar de que *sólo* la lesión de este último sea relevante para el Derecho penal, pues la fidelidad del artículo 56 del Código civil supone un principio que ha de informar las relaciones conyugales, y no se limita exclusivamente a las hipótesis con significación penal.

Existen, pues, *dos* nociones que necesariamente deben distinguirse: una, la expresada en la declaración general y programática del artículo 56 del Código civil; otra, la específica idea de fidelidad que constituye la raíz del artículo 449 (45). Que la primera comprende la se-

(41) Vid. la doctrina jurisprudencial reseñada en la nota 19.

(42) ZUCCALÁ afirma que se trata de un estricto "concepto normativo", con validez para una comprensión de la "fidelidad" en general (*ob. cit.*, páginas 8 y 98).

(43) En el mismo sentido por lo que a la legislación italiana se refiere, Maggiore, *ob. cit.*, pág. 187.

(44) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, T. V. (Derecho de familia), v.l. I (Relaciones conyugales), 7.^a ed., Madrid, 1954, pág. 145. También RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte Especial), T. I., Valladolid, 1963, páginas 156-157, cuando afirma: "que la fidelidad conyugal encuentra muy pobre protección en la ley tal como están concebidas las conductas que se reputan punibles".

(45) En contra de la distinción por lo que al derecho italiano se refiere,

gunda, no se pone en duda, pero que ambas coinciden plenamente, es inadmisibile, pues nunca puede sostenerse que con el adulterio se protege el genérico mandato de que los cónyuges se guarden fidelidad, sino el más específico de que sean fieles, en un determinado terreno y de una determinada forma.

Es, por consiguiente, un deber sumamente especial, una muy concreta obligación, y correlativamente *derecho*, que dota de sentido al adulterio: el extraído a través de la selección que supone el artículo 449 del Código penal, que se encuentra dentro de lo declarado por el artículo 56 del Código civil, pero que adquiere autonomía desde el momento que es la *única* forma de atentar contra esa fidelidad genérica, que se sanciona con una pena. El artículo 449 del Código penal desempeña, pues, una función delimitadora y de concreción: precisa y selecciona la amplia declaración del precepto civil, en un concreto aspecto, cuya infracción tiene la relevancia requerida por el primero.

Será, en consecuencia, necesario encontrar el adjetivo que se ha de añadir al sustantivo "fidelidad" al objeto de que alcance la especialidad exigida por el tipo del artículo 449, pues ya expusimos al inicio que solamente éste condiciona la investigación sobre el bien jurídico, en la medida que constituye la descripción de conductas que se declaran prohibidas (46), es decir, que pueden quebrantar la objetividad jurídica protegida.

De ahí que estén más en lo cierto, en una primera contemplación del problema, aquellos autores que propugnan por el entendimiento de la fidelidad como fidelidad *sexual*, en lugar de la expresión, mucho más amplia, de fidelidad *conyugal* (47).

La anterior tesis puede sostenerse perfectamente de acuerdo con nuestro derecho positivo, e incluso de forma más clara que en otras legislaciones (por ejemplo, italiana y alemana), pues el legislador español ha descrito expresamente en qué consisten las conductas: cometen adulterio, dice el párrafo segundo del artículo 449, la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio. Es decir: únicamente mediante esa forma de actuar se verá lesionada la fidelidad, por parte de la mujer, que radicará simultáneamente en una especial fidelidad, en una vertiente de la fidelidad conyugal, que bien pudiéramos calificar, con un sector de la doctrina, de *sexual* (fide-

Pisapia, *ob. cit.*, pág. 524, nota 2. A su juicio, en el terreno jurídico, coinciden la fidelidad conyugal y la fidelidad sexual. Disentimos del autor citado en la forma expuesta en el texto.

(46) WELZEL, *ob. cit.*, pág. 48.

(47) Vid. la bibliografía citada en la nota 35 de este trabajo. También para Zuccalá debe entenderse como fidelidad *sexual* (*ob. cit.*, pág. 187). De interés la observación general que lleva a cabo al delimitar la doble vertiente del deber de fidelidad en derecho privado y en derecho penal: "el deber de fidelidad, cuya violación caracteriza la conducta típica, tiene ya operatividad por fuera del ordenamiento penal; pero es de forma *autónoma* como la norma penal configura esta hipótesis de infidelidad" (pág. 234).

lidad *genital* a juicio de otros, aunque usada indistintamente) (48), con lo que se centra a un aspecto de la genérica fidelidad implícita en la institución matrimonial.

Precisada en los anteriores términos la idea de fidelidad que informa el artículo 449 del texto penal, debemos distinguir entre su lesión y las *consecuencias* que puede generar la misma, con la finalidad de evitar algunos equívocos en que ha incurrido parte de la doctrina en la investigación sobre el bien jurídico.

La fidelidad, en la forma antes concretada, se quebranta inexorablemente con la verificación del adulterio, y proporciona la constante que ha de caracterizar el *encuentro* del bien jurídico protegido, que justamente suministra su valor técnico-dogmático. Ahora bien: existen, igualmente, una serie de consecuencias que *pueden*—pero sólo pueden—generarse de esa infracción, y que en modo alguno desempeñan o desplazan la función de éste, aunque sin duda fueron tenidas en cuenta por el legislador en la incriminación de la presente figura delictiva (49).

(48) BATTAGLINI, *art. cit.*, pág. 25 Pisapia, *ob. cit.*, pág. 524 y la bibliografía ya citada.

(49) ZUCCALÁ desarrolla una interesante y aguda tesis en la que niega pueda ser la fidelidad bien jurídico, en general para cualquier delito, y de forma particular (la fidelidad sexual) para el adulterio. A su juicio este es un típico y genuino delito “de infidelidad” (*ob. cit.*, pág. 188), pero no obstante el deber de fidelidad no puede constituir objeto de la ofensa. La fidelidad sexual sería, entonces, como tal deber, lo que caracteriza el hecho típico, en el sentido que da relieve a algunos actos que concurren a integrar la estructura del hecho mismo (pág. 245). Y no la objetividad jurídica infringida, puesto que el deber es una categoría formal que no puede emplearse como criterio idóneo para ofrecer al delito un contenido concreto, que necesariamente implica un *interés* y sería éste y no el primero quien proporciona el contenido al delito (págs. 245, 169, 170, etc.). Por último, estima que el problema del bien jurídico se deberá resolver caso por caso en los delitos de infidelidad (pág. 242).

Un diálogo con el autor italiano conduciría a una revisión de cuestiones generales que exceden de nuestro concreto estudio, tales como “deber”, “bien jurídico”, “fidelidad”, etc., conceptos que por lo demás se prestan a diferente entendimiento. Sin embargo, dentro del examen de la presente figura delictiva, debe tenerse en cuenta:

1. Que no resuelve el arduo problema del bien jurídico en el adulterio, a pesar de que así lo prometía (pág. 242). Cuando hace un elenco de las hipótesis examinadas alude a la “familia” (pág. 246), pero no dice la razón por la que sería el bien jurídico: en el estricto terreno lógico una afirmación, tiene, en verdad, muy escasa fuerza convincente. Que la familia sea el bien jurídico protegido supone una ambigüedad, y cuya real y efectiva lesión pudiera no darse, formulado tan genéricamente.

2. Hubiera sido interesante ver cómo el autor resolvía, por otra parte, el problema del sujeto pasivo, en la medida que éste es el titular del bien jurídico lesionado. Zuccalá quizá ha sido seducido, en este aspecto, por la facilidad con que se movía en delitos militares, contra la seguridad del Estado (según nuestro Código), etc., cuyo esquema general no puede ni debe aplicarse a los de índole familiar: la fidelidad tiene en aquéllos origen y función bien distinta; la posición de los sujetos ante quien *puede* exigírsela también. Nunca debe olvidarse que es en el ámbito *familiar* en donde se han de fijar las cuestiones referentes a los delitos que afectan a la familia, y a través de ella se han de contemplar

La principal nota distintiva entre ellas y la objetividad jurídica infringida, es su carácter *problemático*, al contrario de lo que sucede con esta última, que siempre ha de verse lesionada. Las primeras pueden o no verificarse, y su producción es irrelevante para la existencia del adulterio, que se agotará, satisfaciendo las exigencias del tipo, con la mera lesión de aquélla.

Muestran, en consecuencia, un aspecto más o menos importante del adulterio, pero carecen de la nota de generalidad que constitutivamente va implícita en el bien jurídico protegido. Ejemplos, los tenemos en la *turbatio sanguinis*, en la infracción de deberes asistenciales (también recogidos por el artículo 56 del Código civil), en la tan aireada alteración del *status jurídico*, o de su *orden jurídico* (50) (separación, etc.), y otras muchas más que pudieran pensarse. Sin embargo, no son otros tantos bienes jurídicos que harían del adulterio una figura pluriofensiva, como se ha pretendido (51), sino más bien *posibles*, sólo posibles, consecuencias que pueden producirse por la realización de la conducta delictiva, y que sin duda deberán ser tenidas muy en cuenta para una total comprensión del presente delito, pero que nunca pueden contumirse, ni menos sustituir, al propio y genuino bien jurídico.

los entrecruzamientos de las diferentes relaciones jurídicas existentes entre sus miembros en particular. Que el Estado tiene interés en la conservación y normal desenvolvimiento de la familia, nadie lo duda; que, desde luego, la protege, tampoco; pero afirmar que el bien jurídico protegido en el adulterio sea, sin más, la familia implica un largo camino que no recorre el autor en el discutir de sus razonamientos.

3. Desde otra perspectiva, tenemos: que el deber de fidelidad sexual como categoría formal, normativa, supone siempre un interés —como afirma Zuccalá— no es desconocido si se afirma que la fidelidad ofrece el *quid* para resolver el problema de la objetividad jurídica infringida. Sucede, sin embargo, que cuando se habla de fidelidad sexual conectada al bien jurídico del adulterio, se alude expresa o implícitamente no sólo a un deber (que incumbe a la mujer casada), sino también a un interés a esa fidelidad, que, reconocido jurídicamente, se transforma en un derecho a la exclusividad sexual que pertenece al marido. El quebrantamiento del deber genera inexorablemente la lesión de aquél y su correlatividad puede expresarse así: se infringe un deber de fidelidad sexual y un derecho a la misma, a que la mujer casada sea fiel, o si se quiere, a la exclusividad sexual. La expresión fidelidad, por lo que a nuestro examen interesa, proporciona una doble vertiente: un mandato personal y concreto, que se dirige a la mujer; un derecho que expresa, sin duda, un interés a que aquél se cumpla, y que se atribuye al marido. La fidelidad sexual implica, consecuentemente, la existencia de unas *relaciones* conyugales centradas en el área sexual, o al menos, su exclusiva posibilidad de verificación. Y en esta acepción, ¿no se dan perfectamente los requisitos que el propio Zuccalá exige para configurar el bien jurídico? Quizá el autor radicaliza concretamente la tesis de Pisapia y Battaglini (págs. 188, nota 181 y páginas 244, nota 48), ofreciendo una visión unilateral —sólo referida al deber de fidelidad—, para conseguir una mejor plataforma en la que fundar su posición general sobre el tema de su interesante y bien elaborado trabajo.

(50) De interés, Pisapia, *ob. cit.*, pág. 523, sosteniendo la misma posición cuando critica la tesis de algunos autores italianos.

(51) Así por ejemplo, expresamente De Gennaro, *art. cit.*, pág. 445, y Soler, *ob. cit.*, págs. 331-333; otros como se ha podido ver implícitamente.

Todavía es conveniente, en este proceso de delimitación de la objetividad jurídica protegida, precisar algunos extremos que ofrecen un indudable interés técnico y proporcionan un ángulo visual estimable en la contemplación del adulterio.

Debe tenerse en cuenta, una vez más, que la fidelidad así entendida supone la existencia de un matrimonio, de un *status* jurídico, en sentido amplio, del que nace ese deber y también el derecho a la exclusividad sexual, conforme ha precisado la doctrina (52). Pero adviértase que no es el matrimonio, el *status jurídico*, lo que, sin más, se quebranta, sino ese concreto deber y ese particular derecho en cuanto constituyen un aspecto de la relación conyugal. Más claramente: si el matrimonio implica una determinada situación jurídica, ésta puede verse lesionada, no porque se quebrante el primero, sino por existir una infracción evidente de *uno* de los derechos-deberes que irradian de aquélla, con independencia de las consecuencias jurídicas y alteraciones que puedan producirse con ese motivo.

Cuanto se viene exponiendo revierte con plena eficacia en el aspecto más importante y crucial del presente análisis. Ambos, derecho y deber, son estrictamente *personales*, lo que les hace tener un carácter radicalmente intransferible. Y, entonces, se preguntaría sin duda, como quedó señalado en anteriores apartados: si así es, ¿qué sucede con el extraño a la relación matrimonial?, ¿qué derecho o deber lesiona si no le afectan, dada su naturaleza puramente personal, las obligaciones matrimoniales?, ¿cómo se explica, en última instancia, que también sea declarada punible su conducta?

Las anteriores preguntas y las objeciones que llevan implícitas a la tesis expuesta han sido contestadas por Pisapia en la forma siguiente: de un lado, el extraño no lesiona la fidelidad y su conducta es punible de acuerdo con los principios generales del concurso de personas en el delito de la legislación italiana; de otro, el adulterio es un delito unipersonal, pero no pluripersonal (*plurisoggettivo*) (53).

Sin embargo, la argumentación de Pisapia no puede sostenerse con fundamento en el artículo 449 del Código penal español, de bien dis-

(52) Vid. PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 524 y la bibliografía allí citada. De interés la construcción del bien jurídico en la bigamia por M. Aldo Colacci, y su repercusión en el adulterio, puesto que a su juicio si la primera supone una ofensa al "vínculo monogámico del matrimonio", en cierta medida comprende también los específicos objetos de protección propios del concubinato y del adulterio. (Marino Aldo Colacci, *Il delitto di bigamia*, Nápoli, 1958, páginas 39-40.)

(53) PISAPIA, *ob. cit.*, pág. 525. Antes del mismo, *Unità e pluralità di soggetti nella struttura del reato*, en "Riv. it. di dir. pen.", 1952, fasc. 6, y cuya cita se recoge en la nota 1 de la pág. citada. De interés, Petrocelli, *Principi di diritto penale*, Nápoli, 1950, pág. 233. En apoyo de su tesis recoge Pisapia (pág. 511), la opinión de Petrocelli. Una fuerte crítica a la tesis de Pisapia en Rocco Sesso, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano, 1955, páginas 23 y sigs. También Renato Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano, 1956, pág. 183 y sigs. DOLCE, *art. cit.*, págs. 625 y sigs. La cuestión se desarrollará, extensamente, referida también a la doctrina española y alemana, en su correspondiente título.

tinta formulación al artículo 559 del Código penal italiano, y más adelante, al estudiar la naturaleza del adulterio desde el punto de vista de los sujetos, volveremos sobre el citado extremo. Por ahora, interesa apuntar que el precepto que funda la incriminación de la conducta del extraño al matrimonio se debe buscar en el propio artículo 449, y no en los principios generales del libro I del Código penal, y de ahí que subsistan con todo su rigor los interrogantes anteriormente formulados.

La explicación nace de la especial estructura del bien jurídico protegido y de la propia naturaleza del delito de adulterio.

Que el extraño no quebranta deber personal alguno de fidelidad, parece que está fuera de duda, pues se trata de una obligación puramente matrimonial, y de consiguiente, nunca podrá traerse a colación, en este sentido, el artículo 56 del Código civil en la forma que se proyecta sobre los cónyuges. El anterior deber existe y tiene razón de ser en atención a la situación personal e intransferible en que se encuentra la mujer casada.

Por el contrario, el varón distinto al marido, cuando tiene acceso carnal con aquélla, no respeta una de las *relaciones* que se originan de la institución familiar del matrimonio, siendo así que, a juicio del legislador, es tan importante que su infracción es elevada a la categoría de delito, incluso extendiendo éste a personas ajenas al estricto deber personal de fidelidad. Es decir: sobre el extraño al matrimonio no se reflejará la dimensión privada y personal de éste, en suma, familiar, sino más bien su aspecto *público*, ya que su situación se encuentra fuera del área matrimonial, única en la que puede hablarse de fidelidad (sexual).

Planteada así la cuestión, cabe preguntar: ¿qué es, en definitiva, lo que hace el extraño, desde la perspectiva deparada por las relaciones familiares conyugales?

La verdad es que cuando éste verifica la conducta descrita por el artículo 449 lleva a cabo una *interferencia* en uno de los aspectos de las relaciones conyugales. Se interfiere, pues, en esa relación matrimonial, en razón a que solamente es lícito para los cónyuges tener intercambio sexual, exclusivamente, entre ellos. La existencia, por consiguiente, de una interferencia, o si se quiere intromisión, es patente y el problema será el de saber en qué forma su actuación quebranta la objetividad jurídica protegida.

La razón *fundamental* no debe buscarse —como se apunta al inicio— en la legislación civil familiar (art. 56 del Código civil) —aunque sin duda informará, como es natural, el planteamiento y solución del problema—, ya que en un cierto sentido supondría un grave error de perspectiva. Por eso, cuando se pregunta, como hacen algunos autores, ¿qué *deber* de fidelidad une al extraño con el marido?, siempre habrá que contestar que absolutamente ninguno, pues, como hemos visto, aquél se mueve, pura y exclusivamente, en el ámbito matrimonial y afecta tan sólo a los que gozan de la condición de cónyuges, y, en consecuencia, de antemano se encuentra vedada al intérprete la mera formulación de la pregunta. Si se radicaliza el argumento, hasta tal

punto sería cierto lo anterior que, en hipótesis, suprimido el artículo 449 del Código penal, pero subsistiendo el artículo 56 del Código civil, el extraño no haría nada ilícito, no quebrantaría precepto alguno, cuando realizara la conducta descrita por el tipo penal. Lo anterior es correcto, en la medida que del ordenamiento civil no puede deducirse directamente, sin más, un mandato específico y personal que comprenda también al ajeno a la relación conyugal. Más adelante se verá en qué forma debe ser entendida esta afirmación.

Existe para la mujer, recogiendo la opinión antes apuntada, un deber concreto y personal de fidelidad sexual, cuya lesión sanciona penalmente el artículo 449, que si bien se encuentra comprendido en el más genérico del artículo 56 del Código civil, se especifica de forma muy precisa en su proyección penal. Funcionaria, por tanto, el precepto penal como sancionatorio de *una* de las formas más graves de lesionar *uno* de los componentes de la declaración general del artículo 56 del ordenamiento civil.

Sin embargo, por lo que al extraño se refiere, el artículo 449 desempeñaría no sólo una función sancionatoria, como es natural, sino también una función sustantiva, primaria, desde el momento que ofrece, por sí solo, la razón esencial y específica que ha inducido al legislador a castigar la conducta del extraño, además de la genérica, implícita en todo precepto penal, de no realizar aquello que con pena se prohíbe (54).

El artículo 449 presenta un doble aspecto, conectado a la mujer y al extraño, siendo el de este último expresión de un mandato que no se encuentra gravado expresamente en ningún otro precepto jurídico, cual es el de “no desear la mujer de tu prójimo”, que en atención a la posición cultural y religiosa, aceptada por el legislador de 1944, y mantenida por el de 1963, no debe resultar extraño (55). Es decir: el artículo 449 dicta un mandato dirigido genéricamente a todos los que no gozan de la condición de “marido”, en el sentido de que deben respetar un derecho, *juridicamente* reconocido: el de la exclusividad sexual en la forma ya expresada. El legislador ha concedido relevancia penal a aquellas conductas que supongan una negación a ese derecho, en suma, a quienes lo contradigan, desde el punto de vista del ejercicio del mismo.

El artículo 449 presenta, por tanto, una vertiente en la que se consagra *normativamente* la prohibición de no inmiscuirse, de determinada manera, en el normal desenvolvimiento de las relaciones conyugales, o dicho con más exactitud, un mandato de respetar el derecho a la exclusividad sexual que únicamente corresponde al marido. El extraño, en consecuencia, *no debe* interferirse en esa concreta relación

(54) El razonamiento es empleado por Pisapia para el supuesto de la bigamia (art. 556 del Código penal italiano) (*ob. cit.*, págs. 421-422). En el texto del presente estudio se hacen las correspondientes correcciones al mismo, desde nuestro punto de vista.

(55) Vid. en referencia con este extremo, DEL ROSAL. *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, 2.^a ed., Valladolid, 1953, págs. 168-169. Recientemente, Del Rosal, Cobo, Mourullo, *ob. cit.*, pág. 108.

conyugal, compuesta de un determinado deber de fidelidad por parte de la mujer y de un derecho a la exclusividad sexual del marido, pues su intromisión implica una grave contradicción de este último.

No es, en resumen, que exista un deber de fidelidad que le vincule con el marido, sino más bien que se atribuye, aunque sea momentáneamente, la realización de un derecho que exclusivamente corresponde a éste, haciendo imposible, por su propia naturaleza, el cumplimiento del deber personal de fidelidad sexual que incumbe a la mujer.

Las anteriores consideraciones ofrecen fundamento para obviar, en lo posible, las objeciones (56) que se han hecho a la tesis que fundamentalmente veía en el adulterio un atentado contra la fidelidad sexual, en la medida que se subrayan *otras vertientes* conectadas no exclusivamente a la mujer casada, sino al marido.

Así, puede concluirse de un análisis de la cuestión lo siguiente:

Que el artículo 449 del Código penal no tiene simplemente una función sancionatoria de la declaración de derechos y deberes contenida en el artículo 56 del Código civil, puesto que:

a) La fidelidad que en este último se expresa no coincide exactamente con la que interesa a los efectos del artículo 449 del Código penal. Este, como veíamos, desempeña una función de selección, en cierto sentido autónoma, desde el momento que no tiene idéntico contenido, sino que es mucho más específico. La fidelidad conyugal (del artículo 56 del Código civil) no es idéntica a la fidelidad sexual (del artículo 449 del Código penal): se opera con dos ideas diferentes. Sin embargo, no significa (57) que el deber que comporta no sea calificado de deber *jurídico*, pues la infidelidad que supone el adulterio es *una forma* de ser infiel, pero no la única manera de incumplir el artículo 56 del Código civil, que, consiguientemente, también la comprende. El deber de fidelidad sexual se individualiza como tal deber, y adquiere su destacado lugar, en gracia precisamente al precepto penal que eleva a delito su infracción (58).

b) Exactamente igual acontece con el derecho a la exclusividad sexual, que correlativamente corresponde al marido: el artículo 449 lleva a cabo idéntica función. No coincide, pues, el citado derecho con los derechos dimanantes del pertinente extremo del artículo 56 del Código civil, que, como hemos visto, desde el ángulo de la fidelidad es paralelamente mucho más amplio.

c) Interesa precisar, por último, la relación existente entre a) y b),

(56) Vid. las notas 36 y 37 de este trabajo.

(57) Vid. la nota 37 de este trabajo.

(58) Cuanto venimos exponiendo en orden a la diferenciación, cobrará mayor claridad y evidencia al referirnos en posteriores capítulos al delito de amancebamiento del artículo 452 del Código penal, que en atención a sus particularidades, tratamos en título aparte. Sin embargo, no se extrae por ahora ningún argumento proveniente de dicha figura delictiva, y sí tan sólo de la prevista por el artículo 449.

así como las conexiones que se dan con la situación del extraño en la concreción y solución del problema.

Puede afirmarse, con fundamento en lo expuesto, que en el instante en que la mujer es infiel, en la forma exigida por el artículo 449, deja de ser *exclusivo* el derecho que al marido corresponde. La infidelidad de la mujer casada es incompatible con la existencia de un derecho a la exclusividad sexual: si se verifica la primera, no puede afirmarse el segundo.

Partiendo de la anterior premisa, tenemos:

a') Que la mujer casada, desde su situación personal-familiar lesiona un deber de fidelidad sexual que le une al marido, y que a ella le incumbe únicamente. La infracción de ese deber comporta, simultáneamente, y por la propia naturaleza de la misma, la negación del derecho a la exclusividad referido al marido.

b') Lo expuesto en a'), sólo es posible en la medida que un varón distinto al marido se atribuya *no* un derecho de exclusividad sexual, sino la simple realización de una conducta que, de forma relevante, le contradiga. Es decir: no es necesario que el extraño se atribuya ese derecho con la pretensión de exclusividad que lleva implícita, como si fuera el marido —que supondría cosa distinta—, sino que es suficiente con que, por una vez, lo quebrante real y concretamente. Sobre él pesa el mandato de no verificarlo, dirigido por la norma penal, que subraya y *protege el desenvolvimiento de esa específica relación matrimonial*.

c') El marido, desde su situación personal-familiar ve lesionado el derecho de exclusividad sexual, en la forma ya concretada, como consecuencia de la infidelidad de su mujer y de la interferencia, antes precisada, de un extraño.

De la anterior forma se recoge la doble proyección de los distintos problemas que encierran los delitos denominados “contra la familia”, que tienen un aspecto *privado*, familiar y personal, referido a quienes se encuentran entre sí unidos por el vínculo de parentesco, que genera recíprocos derechos y deberes; y también un aspecto *público* con el que se expresa la terminante protección estatal en orden a la realización de aquellos, sancionando, incluso penalmente, las conductas que significan un grave atentado a los derechos familiares y un obstáculo al cumplimiento de los deberes que específicamente tienen asignados cada uno de los miembros.

El proceso de *concreción*, necesario e indispensable en los llamados “delitos contra la familia”, para la determinación e individualización del bien jurídico, obedece, en resumen, al siguiente esquema (59):

a) El adulterio puede enmarcarse dentro de los auténticos delitos

(59) La presente investigación ha puesto de manifiesto la posición que es mantenida por nuestra legislación, sin hacer alusión, por ahora, a consideraciones de *lege ferenda*.

contra la familia. Es, precisamente en ella, donde se han de delimitar los concretos derechos y deberes que se ven infringidos.

b) Dentro de la familia será en las *relaciones conyugales* o, por mejor decir, *sexuales*, existentes en el *matrimonio*, donde se lleva a cabo la labor de precisión.

c) Más concretamente, el eje sobre el que ha de girar la investigación es el proporcionado por la *fidelidad sexual*, que ofrece sólidos fundamentos para el concreto entendimiento del artículo 449 del Código penal. De esa forma se especifica en:

a') *Deber de fidelidad sexual*, que afecta a la mujer casada y que le vincula al marido.

b') *Derecho a la exclusividad sexual*, que corresponde al marido y que se proyecta sobre la mujer. El citado derecho no es respetado por el ajeno al matrimonio, que indebidamente lo contradice, interfiriéndose en la *relación sexual conyugal*.

c') La anterior *relación*, y su distinta proyección en los sujetos de la misma, como se concreta en a') y b'), ofrece la constante que debe darse en el genuino bien jurídico del delito.

d) Las sucesivas etapas del examen han mostrado, igualmente, que no se desconoce la proyección externa y pública del presente delito, y de sus consecuencias, que, sin embargo, no pueden ser tenidas como otros tantos bienes jurídicos protegidos.

Don Eugenio Cuello Calón y los delitos de tráfico

CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO

Quienes se han acercado a los escritos de don Eugenio CUELLO CALÓN han podido apreciar sobradamente las condiciones excepcionales de su espíritu de jurista. Deja tras sí una obra pareja a ese espíritu de la que destaca su personalidad integral como penalista, al que no era ajena ninguna de las facetas de la ciencia que cultivaba, ni ninguno de los aspectos del Derecho: la creación formal de las normas, a través de su labor como presidente de la Sección de Derecho Penal de la Comisión General de Codificación; la construcción de los sistemas jurídico-científicos, a través de sus estudios doctrinales, y la transferencia de los principios básicos de las disciplinas del Derecho penal, a nuevos juristas en formación, a través de la Cátedra. Preciso en la exposición de los conceptos, hábil para la síntesis, llano en la exposición, sus trabajos tenían la doble cualidad inherente a toda obra con aspiraciones pedagógicas: corrección técnica y claridad expositiva.

Pero, además, destaca en CUELLO CALÓN algo que suele fallar en los cerebros creadores: la persistencia en la labor, aun después de aquella época de máximo florecimiento y madurez del intelecto, que suele languidecer con el paso de los años. Cuando en otros se cierra ya el ciclo productor y creacional, no sólo continúa él su obra escrita, sino que se adentra en nuevos campos jurídicos para dejar en ellos su impronta. Tal ocurre con el Derecho penal de la circulación rodada, cuyos nuevos problemas criminológicos y penales despiertan su inquietud, y a los que, superada ya en mucho la edad de la madurez, dedica Cuello Calón sus afanes como inspirador de nuevas normas y como estudioso de las ya positivadas. Y así, su intervención en el Proyecto de la Ley de uso y circulación de vehículos de motor, que sería promulgada en 9 de mayo de 1950, fué trascendental por el puesto que ocupó en la Comisión General de Codificación (1), y apenas publicada la Ley, la exposición y comentario de sus preceptos hecha en su libro *Ley penal del automóvil* (2) será decisiva para la interpretación y aplicación de aque-

(1) Objeto de un especial estudio en este mismo fascículo la labor de don Eugenio CUELLO CALÓN, como Presidente de la Sección 2 (Derecho penal) de la Comisión de Codificación, dejamos a su autor, con más méritos y autoridad que nosotros, el detalle de esa labor.

(2) *Ley penal del automóvil*. Texto y comentario de la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor, con un Apéndice que contiene la más reciente jurisprudencia del T. S. en materia de delincuencia automovilística. Bosch Casa editorial. Barcelona, 1950.

llos y fuente obligada de meditación y cita para quienquiera que se viera obligado a adentrarse en su estudio, lógica consecuencia de la compenetración del autor del libro con la materia en él expuesta y las directrices y preceptos de la Ley objeto de estudio, que previamente había inspirado en lo más fundamental. De ahí también que examinar y exponer las directrices dogmáticas de la Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor equivalga a develar el pensamiento penal de CUELLO CALÓN sobre tal materia, pensamiento que encuentra su desarrollo y complemento en los estudios y comentarios contenidos en el citado escrito sobre la "Ley penal del automóvil". A través de una y otro puede reconstruirse ese pensamiento y el enfoque que de los problemas del Derecho circulatorio había hecho la mente de CUELLO CALÓN. Y eso es lo que intentaremos nosotros en una breve exposición dedicada a resaltar esos nuevos aspectos penales de la circulación rodada y el tratamiento preventivo y punitivo que para ellos se había arbitrado en la Ley de 9 de mayo y el libro que ella había inspirado a la pluma de don Eugenio CUELLO CALÓN. De las líneas que siguen, póstumo homenaje a nuestro llorado penalista, creemos que resaltaré aquella de sus cualidades que fué siempre la más sobresaliente: la ponderación de sus criterios y el acierto en la elección de las fórmulas legislativas más adecuadas para satisfacer las necesidades de la prevención penal sin incurrir en los fáciles excesos del dogmatismo o la inexorabilidad punitiva.

* * *

1. El desarrollo del mecanicismo constituye un hecho de gran trascendencia social, no ya en el sentido económico, sino también en el jurídico-penal, pues con él aparece un nuevo factor criminógeno que transforma no sólo el aspecto estadístico de la producción de hechos generalmente antijurídicos, sino incluso el aspecto dogmático de las concepciones en torno a la estructura del delito y la culpa. La delincuencia dolosa, que hasta épocas recientes tenía la primacía en la esencia penal, va siendo igualada y hasta superada por la delincuencia culposa (3), y ello trae a primer plano la necesidad de revisar hasta qué punto era adecuado el tratamiento jurídico que tradicionalmente venía dándose a los hechos ilícitos, con arranque culposo o negligente,

(3) Las estadísticas de las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo señalaban en el período correspondiente a 1945 de 78.552 sumarios incoados en toda España 3.435 correspondientes a imprudencias; en el año 1957 de 106.117 sumarios, 16.370 correspondían a imprudencias y 4.526 a delitos de la ley especial de 9-V-1950. A su vez las *Estadísticas judiciales de España*, publicadas por el Instituto Nacional de Estadística, señalaban que si en 1953 de 23.666 sentencias condenatorias 1.288 correspondían a delitos de imprudencia y 253 a delitos de la ley de uso de vehículos de motor (mientras, por ejemplo, los delitos dolosos contra la propiedad ascendían a 14.872); en 1959 de 20.995 sentencias (cifra ligeramente inferior) 3.174 corresponden a imprudencias y 2.549 a delitos de la ley de 1950 (mientras los delitos contra la propiedad se reducen a 9.101).

cuya punición venía siendo subordinada a la existencia de un resultado material lesivo de un bien jurídico (4).

En una época en la que las posibilidades o riesgos de lesión provenientes de la realización de actos ejecutados con culpa eran remotas, resultaba no sólo lógico, sino hasta justo que fueran penalmente menospreciadas, dada su escasa trascendencia social. Los componentes del grupo no se sentían amenazados por la ejecución de acciones faltas de la diligencia debida, ya que su experiencia les dictaba que normalmente de tales acciones no se derivaba un daño, y sólo excepcionalmente una de tales acciones, faltas de atención o cuidado, provocaban un resultado lesivo. Por ello se consideraba suficiente para asegurar la tranquilidad social el imponer una pena tan solo a aquellas conductas en los casos infrecuentes (5) en que se causaba un daño, cuya reparación a la par se exigía. De ahí el carácter *excepcional* de los delitos culposos, casi reducidos en la legislación comparada a los tipos de mero resultado: homicidio culposo, lesiones culposas, estragos o incendios culposos, etc. En muy pocos Códigos penales llega a adquirir la forma culposa del delinquir el carácter general y subsidiario que adopta en el artículo 565 de nuestro Código penal; y aun aquí, sabido es que en la práctica sólo se admite la posibilidad de sancionar la imprudencia temeraria respecto a aquellos tipos del Libro II en que existe un resultado material y ausencia de un elemento subjetivo del injusto, con lo que la pretendida fórmula general tiene menos generalidad de lo que "a priori" parece.

Ahora bien, a medida que los medios mecánicos se van introduciendo en la vida social y desarrollándose y extendiéndose en su uso

(4) Creemos que no ha sido suficientemente realizado este origen de la responsabilidad penal culposa que explica entre otras cosas, el excesivo papel que al resultado se le ha venido otorgando en la culpa. Ha sido puesto de relieve por la doctrina cómo en la acción culposa coexisten dos cadenas causales: una, la querida, muchas veces reducida a un papel puramente ideal o potencial y otra, la no querida, pero materialmente provocada, que es la que ocasiona el resultado. El papel preponderante que el azar tiene en la producción de los resultados culposos —idéntica acción negligente, provoca o no un resultado, por causas ajenas al sujeto y aun a toda previsión— se explica por aquel origen que anuda la responsabilidad a la existencia de un resultado. Ese origen unido al carácter preponderante que el llamado dogma causal obtuvo en el Derecho penal hasta épocas bien recientes, con su evidente influencia en la teoría de la acción delictiva y en la construcción de los tipos de la Parte especial, explica igualmente, a nuestro entender, las dificultades que se presentan a los intentos de construir una doctrina de la acción que, prescindiendo de la clásica escisión entre el querer y el contenido de ese querer, abarque en su ámbito las modalidades dolosa y culposa del obrar ilícito penal.

De ahí también que la doctrina de la culpa se haya desarrollado fundamentalmente en torno a los delitos de lesión material y más específicamente el homicidio. La culpa, inicialmente, se reconoce sólo en la causación involuntaria de lesiones jurídicas a virtud de una acción deficiente. Sólo muy tarde se llega a hablar de culpa, sobre la base del error, en lesiones voluntarias provocadas en una errónea, pero negligente creencia de legitimidad de la acción (exceso en las eximentes, por ejemplo).

(5) Nada recoge tan bien ese carácter infrecuente y excepcional de los resultados culposos, como la expresión del Rey Sabio: "a las vegadas" (Leyes IV y V, tit. VIII, Partida 7).

socialmente aceptado, aumenta el peligro latente en la vida de la comunidad y el individuo va sintiendo cada vez más la necesidad de protegerse contra ese peligro y contra las posibilidades de riesgo que la realización descuidada de acciones peligrosas, pero toleradas socialmente, encierra. El resultado lesivo que pueda provenir de la negligente ejecución de una acción de tal clase ya no es improbable ni infrecuente, sino que, al contrario, la experiencia enseña cómo el “vivir peligrosamente” no es hoy una poética actitud D’annunziana, sino la prosaica necesidad del cotidianismo existir. El individuo ya no se siente protegido por la sanción de los hechos culposos que causan un daño, sino que exige otras medidas para reducir las probabilidades del daño en su propio arranque, esto es, en la ejecución de la acción peligrosa de que aquel daño trae causa.

De ahí que, conforme aumenta la utilización de instrumentos mecánicos peligrosos, se perfecciona el conocimiento estadístico de las probabilidades del daño, y el resultado de los estudios criminológicos permite conocer mejor las conductas de que pueden derivarse lesiones para los bienes jurídicos penalmente protegidos, comienza a aparecer y proliferar en los ámbitos legislativos la fórmula de los delitos de peligro, con los que pretende vetar no ya la causación de resultados antijurídicos, sino la ejecución de las acciones que podrían causarlo. Con ello trasládase el acento de la antijuricidad de la objetividad del resultado, elemento hasta entonces prevalente, a la subjetividad de la conducta, que es en definitiva lo que se estima debe ser objeto de represión. Inténtase así, además, obstaculizar la causación de resultados dañosos, interponiéndose en su mecanismo de producción mediante una anticipada prohibición de la acción desencadenante del proceso causal (6).

Con esa sobrevaloración de las tipologías de peligro, que van extendiendo su imperio a toda la serie de acciones con una dirección final lícita, pero de ejecución defectuosa y en que antes señoreaba la técnica de la culpa, con su esclavitud a la existencia de un resultado material lesivo, aunque aparentemente se está produciendo una transformación de la naturaleza de los delitos culposos, si bien se mira, lo que realmente está ocurriendo es que se está develando y trayendo a un primer plano punitivo aspectos que siempre fueron inherentes al concepto de culpa y que aparecían oscurecidos por razones de su origen y evolución histórica y de la influencia prevalente que en la técnica legislativa de incriminación de la culpa tuvo ya el trasnochado dogma causal.

Pero, pese a esa prevalencia del resultado material en los delitos por imprudencia, el contenido de peligro propio de la acción culposa es algo que va insito a la propia esencia de tales delitos y que permanece latente en toda la evolución de la doctrina de la culpa. Recuérdese

(6) De ahí la gráfica expresión de delitos obstáculo utilizada para designar esa forma de tipificación penal. P. BOUZAT, *Rapporto tra colpa generale e colpa vicule in materia di circolazione stradale* in III Corso di Diritto della circolazione Strad. Montova, 1960, pág. 113. HERZOG, B., *La prevention des infractions contre la vie et l'integrité de la personne*. París, 1956, pág. 234.

la doctrina del "crimen culpae", defendida por KOSTLIN (7) o BAUER (8), y que se consagra en el artículo 64 del Código bávaro (precisamente sobre la base de la necesidad de omitir los actos que creen peligro: "cada súbdito es responsable de la omisión o comisión de actos susceptibles de peligro, quedando obligados a actuar con la debida diligencia y cuidado, con el fin de no lesionar a otros o infringir inintencionalmente las leyes patrias. Quien por acción o por omisión no se comporte así e infringiere alguna de las disposiciones de este Código, será penado por imprudencia"). Recuérdese el enciclopedista FILANGIERI, que centra en el peligro el objeto jurídico del delito culposo (9), o al técnico jurídico ROCCO (10), y al subjetivista GRAMMATICA (11), que también hacen del peligro el núcleo de sus doctrinas sobre la culpa. Y ya más actualmente, el grupo de penalistas que tanto en Italia (12) como en España (13) han venido afirmando no sólo que la esencia de la culpa radica en el contenido peligroso del acto, sino, más aún, que lo único que interesa de la acción culposa es su peligrosidad o, como dice CECCHI (14), "la posibilidad de daño en ella contenido". Vemos así cómo si bien es hoy día cuando la tesis alcanza más extensión, nunca han faltado tratadistas que hayan fijado su atención en ese elemento esencial del delito culposo, que hace precisamente que la conducta negligente o imperita sea reprobada, más que por la causación de un resultado lesivo, por haberse colocado el sujeto al ejecutarla en condiciones de poder provocarlo, esto es, por haber creado con ella un peligro para los bienes jurídicamente protegidos. Por

(7) Cfr. KOSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, 1845, pág. 232, y *Sistem des deutschen Strafrechts*, 1855, vol. I, pág. 177. Claramente se refiere en este último a la acción culposa como a aquella creadora de un peligro.

(8) Cfr. BAUER, *Abhandlungen aus dem Strafrecht und Strafprozesse*, 1840, volumen II, págs. 292 y sigs.

(9) *Scienza della legislazione*, Florenzia, 1820, t. III, cap. 37.

(10) Cfr. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, 1913, página 330.

(11) F. GRAMMATICA, *Principii di Diritto penale Soggettivo*, Turín, 1934, página 386. Lo único que se le puede reprochar a este autor es apartarse de su tesis subjetivista al referirse a la peligrosidad no del autor, sino del acto, pero nunca cabe hablar de "galimatias" como hace ASÚA (*Tratado*, vol. V, pág. 744), pues Grammatica claramente expresa que "el término de peligrosidad se usa para señalar la acción u omisión de la que puede derivarse un resultado dañoso, sin confundirla con el concepto más amplio que atribuye a la peligrosidad la Es cuela positiva". La censura de Asúa se explica tan sólo por su propio confusio nismo entre la "peligrosidad del sujeto" y la "peligrosidad de la acción".

(12) CAMPILLI, *Condizione e limiti della punibilità della colpa*, Turín, 1903, págs. 145 y sigs.; CORSONELLO, *La colpa penale*, Nápoles, 1905, págs. 56 y 178 y sigs.; CECCHI, *Per una nuova teoria sulla colpa*, Riv. pen., 1940, *Recenti teoria sull delitto colposo*, Archiv. pen., 1949, I, e *Il delitto colposo*, 1950.

(13) Cfr. LUZÓN DOMINGO, M., *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, Barcelona, 1960, t. I, págs. 222 y sigs. Anteriormente, aunque con menos precisión el P. MONTES, *Derecho penal español*, San Lorenzo del Escorial, 2.ª ed., 1929, vol. II, págs 100 y 101.

(14) Cfr. CECCHI, *Il delitto colposo*, págs. 233 y 234.

ello puede afirmarse, con CECCHI (op. cit., pág. 63), que la "ratio legis" del reproche que el legislador hace a una conducta tachada de imprudente está en que ese legislador ve en ella una eventual causa de daño, una posibilidad notable de un resultado lesivo, un peligro, en fin, para los bienes jurídicos tutelados.

Pero es que incluso en las demás doctrinas de la culpa está implícita la idea del riesgo de la acción ejecutada sin la diligencia debida: Así, la previsibilidad del resultado lesivo como posible no es otra cosa, como ya intuía BRUSA (15), que la conciencia de la probabilidad de producción de ese resultado, es decir, la peligrosidad de la acción capaz de producirlo. E incluso cuando esa previsibilidad se convierte en un concepto normativo o tipo, sobre la base del patrón de "lo previsible para la generalidad", al estilo de FEUERBACH (16) y demás seguidores, resulta obvio que esa posibilidad de prever de modo general el resultado provocado solo puede establecerse a través de una experiencia centrada en el riesgo que análogas conductas anteriores han provocado. Ese lazo entre la previsibilidad y el contenido de peligro de la conducta se pone de relieve cuando se recuerda que precisamente el reproche que se hace a las doctrinas que, cual las antes citadas, prefieren centrar la esencia de la culpa en la peligrosidad de la acción, es precisamente que al definir la "peligrosidad" como posibilidad o probabilidad del resultado se vuelve a la teoría de la previsibilidad, equiparándose así peligrosidad y previsibilidad.

Y también el patrón de la diligencia exigible, tan invocado por quienes recurren a la idea normativa del deber incumplido, se toma desde el punto de vista de las conductas a las que es precisamente la prestación del cuidado debido lo que las ha privado de todo contenido de riesgo intolerable socialmente. E incluso en las tesis de sentido axiológico, como la de EXNER (17), que recurren a un sentimiento de indiferencia o menosprecio del valor de los bienes jurídicos, para basar en él la esencia de la culpa, puede encontrarse la idea de peligro, si se observa que ese desprecio hacia los bienes jurídicamente protegidos se hace patente y suele afirmarse precisamente porque la conducta culposa ha creado un riesgo para ellos, que no se actualizaría de haber sido aquéllos debidamente valorados.

Las propias normas de experiencia, conforme a las que los Tribunales determinan el contenido de culpa o negligencia en una acción, no son otra cosa que la expresión de intuitivos o experimentales criterios establecidos a partir del conocimiento de que acciones análogas a la tachada de culposa suelen provocar resultados dañosos que no

(15) Recuérdese su célebre definición de la culpa como omisión voluntaria de la diligencia para prever y prevenir un resultado penalmente antijurídico, posible, probable y previsible (Cfr. BRUSA, *Saggio di una dottrina generale del reato*, Turín, 1884, págs. 90 y sigs.).

(16) Cfr. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Recht*, 14 ed., 1847, págs. 76 y sigs.

(17) Cfr. EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, 1910.

formaban parte de la finalidad de la acción, esto es, que tales acciones encierran por su ejecución una probabilidad de peligro.

Por todo ello no puede extrañar que la evolución de los delitos culposos culmine en la tendencia a resaltar el contenido de peligro de la acción culposa, que se hace patente en el señalado aumento del catálogo de los delitos de peligro a base de conductas que, de no ser penadas "per se", serán normalmente consideradas como base para un delito de imprudencia cuando provocaran un resultado lesivo. De esta forma, en la progresión criminal que va de la acción al daño, se fija la atención en el momento en que la acción se exterioriza en un mudamiento exterior de las condiciones del medio ambiente, en forma que se crea la probabilidad de producción de un daño y sin esperar a que esa probabilidad se convierta en una efectiva causación, eligiendo ese momento como el integrador de la acción típicamente antijurídica.

Pero como, además, hoy la imprudencia punible se nos aparece casi totalmente acaparada por la imprudencia circulatoria, es en este terreno de la criminalidad del tráfico donde más necesario se hace la utilización de ese nuevo instrumento penal representado por las tipologías de peligro y donde antes se consuma esa evolución del tratamiento penal de la criminalidad culposa, que paulatinamente va transformando los tipos objetivos de resultado en tipos subjetivos de peligro, en un intento de satisfacer tanto los principios represivos —realmente lo reprochable es la ejecución defectuosa de la acción base, y no el resultado provocado, ya que es la acción y no el resultado lo que depende de nuestra voluntad— y preventivos —al eliminar por la intimidación de la pena las acciones defectuosas se reducen los daños del tráfico— propios del Derecho penal.

2. A esa evolución responde la citada Ley de 9 de mayo de 1950 sobre uso y circulación de vehículos de motor, que no sólo pretende la represión de conductas de peligro, antes prácticamente impunes, con el fin de tutelar la seguridad del tráfico con la prevención de los actos más abocados a causar accidentes, sino que pretende complementar el tratamiento jurídico de la culpa, hasta entonces limitado al reducido juego del artículo 565 del Código penal. Todos esos puntos son destacados por CUELLO, que ya nos advierte que aquella Ley "tiene como fin principal la protección de los peatones y viandantes contra la conducta peligrosa de los conductores de vehículos de motor", aunque "aspira también al amparo de la seguridad de los conductores y ocupantes de dichos vehículos" (18), por lo que los delitos definidos en aquella "son en su mayoría delitos de los denominados de peligro, delitos que no causan un daño directo y efectivo a bienes e intereses jurídicos, pero crean para ellos una situación de peligro" (pág. 23).

Destaca igualmente CUELLO cómo "hasta la promulgación de esta Ley los hechos atentatorios a la seguridad de la circulación de los vehículos automóviles constituían meras transgresiones del Código de

(18) CUELLO CALÓN, *Ley penal del automóvil*, págs. 20 y 21.

la Circulación de 1934. Sancionaba y sanciona, éste, dichas infracciones con escaso rigor, en general de modo blando y suave, y salvo en casos de gravedad extrema impone multas de poca monta que actualmente, a causa de la gran desvalorización de la moneda, resultan de benignidad tan desmedida como peligrosa: Incluso hechos de marcado carácter criminal, como poner maliciosamente obstáculos a la circulación en las vías públicas (art. 39), el abandono de la víctima atropellada (art. 49) y algún otro, se corregían y corrigen por aquél con multas de tan baja cuantía que en el Código penal constituirían penas leves, y si bien es cierto que en tales casos graves se señalan sin perjuicio de otras responsabilidades en que el infractor pueda incurrir, es lo cierto que como en la mayoría de las veces tales hechos no están previstos en la legislación criminal no pueden ser objeto de castigo más severo" (19).

Pero no se crea que con ello se pretende la penalización de todas las conductas infractoras de las reglas del tráfico. Antes, al contrario, se procura destacar la necesidad de subordinar siempre la ilicitud penal a una lesión efectiva o probable de un bien jurídico, y, aun esa probabilidad, en términos de gravedad y contenido esencial de riesgo socialmente intolerable. A este respecto se afirma por CUELLO que no se pretende castigar "todos los hechos peligrosos para la circulación automovilista, sino tan sólo los que encierran un peligro grave para la seguridad colectiva, pues otros muchos que constituyen un riesgo para aquélla quedan, y en gran número, relegados en cuanto a su regulación y sanción... al Código de la Circulación" (20).

Es decir, que no se abusa de la conminación penal y persiste el carácter administrativo de la sanción en la mayor parte de las infracciones del tráfico. La pena no pierde su contenido axiológico, al no prodigarse, y el aspecto preponderante de la organización administrativa del tráfico continúa persistente.

El criterio de selección de las conductas creadoras de un riesgo que son objeto de incriminación se basa en una estimación subjetiva de las actitudes defectuosas del tráfico más abocadas a engendrar un daño: La conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas, de drogas tóxicas o de estupefacientes (art. 1), cuya peligrosidad destaca CUELLO con una cita de Luis VERVAECK (21); y la conducción con velocidad excesiva (art. 2), que CUELLO califica de "infracción reglamentaria elevada justamente a delito. Las velocidades homicidas a que con gran frecuencia se lanzan los automovilistas exigen para la protección del público una sanción adecuada al peligro que aquellas encierran" (op. cit., pág. 37).

El elemento de peligro constituye también la "ratio legis" del delito de conducción sin habilitación legal (art. 3) y "en el mismo delito de

(19) CUELLO, Op. cit., pág. 20.

(20) Cfr. CUELLO, Op. cit., pág. 24.

(21) VERVAECK, L., *L'examen systématique au point de vue de l'ivresse des auteurs d'accidents graves de roulage*, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, 1937, págs. 476 y sigs., citado por CUELLO, pág. 31.

abandono de la víctima del atropello (art. 5) hay también un elemento proveniente del desamparo en que se deja a aquélla". Y por último, conductas de peligro, que en la legalidad anterior sólo serían punibles a través del mecanismo de la culpa, si causaren un daño, constituyen los tipos del artículo 6 (quitar, cambiar, simular, alterar o dañar las indicaciones o señales establecidas en la vía pública para orientación o seguridad de la circulación); del 7 (poner obstáculos a la circulación de vehículos de motor) y del 8 (lanzar objetos contra un vehículo).

"Sólo las infracciones definidas en los artículos 4, 9 y 10 escapan —afirma CUELLO— a esta categoría de delitos" (op. cit., pág. 23) (22).

En suma, en el texto legal se "pena principalmente hechos que encierran un peligro capaz de perturbar gravemente el sentimiento de seguridad en la vía pública, en particular la de las personas, sentimiento que en todo Estado civilizado debe ser eficazmente protegido" (op. cit., pág. 24). Para CUELLO y los demás autores de la Ley es, pues, la intolerancia social de la ejecución peligrosa de una acción, que de ser realizada normalmente sería aceptada, la que determina el criterio en que se debe asentar su reproche penal.

Ese tono de ponderación y sumisión a los primordiales principios de la dogmática jurídica aparece no sólo en la elección de conductas peligrosas que deben ser incriminadas y que, como hemos visto, no se prodigan en absoluto, sino incluso en la propia construcción de los

(22) El automóvil como factor criminógeno no reduce su papel a ser causante de males para terceros, sino que a su vez puede ser objeto de delito o instrumento favorecedor de graves crímenes. CUELLO hace referencia al delito de fuga, a la alteración o cambio de matrícula y a los atracos y demás depredaciones, en las que el uso de modernas armas y potentes automóviles permiten la huida y rápida disposición del botín conquistado (Op. cit., págs. 11 y sigs.). De todos esos delitos en que el automóvil es ocasión o instrumento, la ley de 9 de mayo de 1950 tipificó la falsedad o alteración de la placa de matrícula (art. 4); el abandono de la víctima (art. 5); y el hurto de uso (art. 9), este con una forma agravada cuando la utilización del vehículo ajeno tuviere por objeto la comisión de un delito o procurarse la impunidad (art. 10). También se sancionó específicamente el quebrantamiento de la condena o sanción de privación del permiso de conducción (art. 12). Pero las más de esas figuras no son otra cosa que modalidades de delitos comunes, tipificados en el Libro II del Código, sin otro requisito especializante que la naturaleza del objeto en torno al que se desarrolla la conducta, hasta el punto de haberse discutido si esa especialidad del objeto justifica la especialización tipificada de la conducta (Cfr. QUINTANO, *Derecho Penal de la culpa*, Bosch. Barcelona, págs. 536 y 577). Pero concretamente, respecto a la Ley de 9 de mayo de 1950, no cabe olvidar que fue pionera respecto a las omisiones de auxilio, que sólo más tarde, por Ley de 17 de julio de 1951 son introducidas en el Código Penal; el quebrantamiento de condenas se extendía también a las sanciones administrativas; y que la utilización de un vehículo de motor ajeno, sin animo de apropiárselo, de ser penado conforme a las normas generales, aparte la discutibilidad del carácter típico de los hurtos de uso, no encontrarían la sanción adecuada, dada la ínfima cuantía en que suele valorarse el lucro obtenido por aquel uso. Por ello tal reproche no cabe hacerlo a la Ley de 1950, aunque pudiera ser válido contra otras posteriores que conservan la especialidad de la omisión de socorro y quebrantamiento de condena, que hoy en nada difieren de sus homónimos definidos en el Código penal.

tipos de peligro, cuya mayoría sigue el camino de la exigencia efectiva del riesgo en el caso concreto y la valoración de la conducta y el peligro creado por el arbitrio judicial. Ello destaca especialmente en el tipo de conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas (art. 1.º), en cuya construcción se ha elegido, de los caminos posibles, el más apto para incorporar al tipo de modo efectivo la exigencia de un peligro real y apreciable, en el que se encierre la antijuridicidad del acto. Prescindiendo del práctico, pero formal sistema, de la determinación por vía legislativa del grado de contenido de alcohol en sangre que determina la existencia del delito (23) y del grosero y primitivo de la simple apelación a la "embriaguez" (24), se establece que "para la existencia de esta infracción es preciso que el conductor se encuentre bajo la influencia de drogas tóxicas o de estupefacientes en grado tal que esté incapacitado para conducir el vehículo con seguridad para las personas, peatones u ocupantes del automóvil o con seguridad para las cosas". De ahí que ni la cifra de alcohol en sangre ni la propia embriaguez sean "per se" suficientes a satisfacer el tipo, sino que éste se cumple con la situación de incapacidad que la ingestión del alcohol o la administración de la droga haya provocado en el conductor. Así, el peligro, como hecho real y concreto que se ha dado en la acción penalmente ilícita, se nos presenta en un primer plano esencial.

Primer plano que se descubre también en el tipo del artículo 2, en el que *modo peligroso para el público* es esencial; como lo es el *peligro para los ocupantes* del vehículo, en el artículo 7; el *peligro para las personas*, en el 8; y la alteración de la *seguridad* de la circulación, en el 6. Sólo el tipo del artículo 3, construido de modo formal como delito de pura desobediencia, escapa a esa influencia que el peligro concreto tiene en los tipos de la Ley, y sabidas son las derivaciones perniciosas que para la aplicación de ese precepto tuvo esa construcción del delito de conducción sin permiso (25), y la rígida interpretación que fué su consecuencia, y que inició el propio CUELLO CALÓN al distinguir entre la habilidad material y la habilitación legal para conducir (Cfr. op. cit., pág. 44).

Con ello se hace núcleo esencial de la antijuridicidad material de los

(23) Criterio seguido por las Legislaciones Alemana, Americana, Sueca y Suiza, por ejemplo.

(24) Criterio seguido por las leyes belga y danesa.

(25) Lo que nos llevó a defender con motivo del Proyecto de nueva Ley de uso y circulación de vehículos de motor, que se desprovistara al precepto de todo matiz formal y se conectara con una idea de riesgo a través de una presunción "juris tantum" de impericia en quien condujere sin haber obtenido la habilitación legal necesaria, y dejando relegado al plano de las infracciones de policía el hecho de conducir sin permiso, cuando se demostrara que la falta de inhabilitación legal no representara en el caso concreto, un peligro para la circulación o los bienes jurídicos ajenos. Cfr. CONDE-PUMPIDO, *Las leyes españolas sobre accidentes de circulación. El nuevo proyecto de ley sobre uso y circulación de vehículos de motor. Notas críticas*. En Rev. de Derecho Español y Americano, 1962, núm. 31, pág. 188. Cfr. en análogo sentido y citando nuestra postura DÍAZ PALOS F., *Licencia de conducir y delito de conducción ilegal*. Separata de la Revista Jurídica de Cataluña, abril-junio 1963, págs. 17 y 18.

nuevos delitos de tráfico *al peligro*, que aparece valorado como un acontecimiento real, apreciable en el hecho a enjuiciar y exigible como elemento constitutivo de la penal ilicitud del mismo. El peligro aparece así como algo perteneciente al mundo físico, como una alteración de la situación natural preexistente en el sentido de una alteración de las probabilidades favorables a la causación de un daño, que de no existir la acción reputada peligrosa serían inferiores a las probabilidades contrarias a esa causación. El peligro como concepto objetivo, apoyado en el cálculo de probabilidades, se nos ofrece como un ente real, valorable jurídicamente, esto es, como una expectativa de lesión que no se desea, en virtud de un acto que aumenta la posibilidad de que tal lesión se produzca y que, por ello, deviene antijurídico. Y consecuentemente, con ese concepto del peligro como un ente real y jurídicamente valorable, se exige que en cada caso el Juez aprecie su existencia a través de la prueba y declare su trascendencia a través de un juicio de valor para reputar típicamente ilícita la acción en que concurre.

3. Pero nada hay tan peligroso como confiar toda la eficacia preventiva de una ley a la amenaza de la pena. Existe la tendencia a resolver los problemas por el drástico camino de la comunicación de severas sanciones, desorbitando el ámbito de las conductas acreedoras de incriminación y la propia función de la pena. Mas no es la severidad la mejor muestra de política criminal, pues suele provocar fines opuestos a los buscados: cuando el Juez se ve enfrentado con la necesidad de imponer una pena que excede de la medida de la antijuridicidad del acto juzgado, suele buscar la solución a su conflicto de conciencia por la vía de la absolución por defecto de prueba.

No era CUELLO CALÓN de los que pudieran caer en tal error, ni su experiencia le permitía confiar en exceso en la sanción penal como remedio a los problemas del tráfico rodado. Por ello expresamente señala cómo “para combatir el constante aumento de la delincuencia automovilista, y en especial el terrible incremento de los homicidios y lesiones de que son víctimas los viandantes, no bastan los preceptos sancionadores de una ley penal por severa que sea. No está el mal sólo en los conductores imprudentes, indudablemente estos son los culpables en la mayoría de los casos, pero los peatones y viandantes no se hallan por entero libres de culpa... Es preciso una educación más refinada del viandante e incluso su sanción en caso de temeridad” (op. cit., pág. 25).

Igualmente insiste en la necesidad de que los niños que, “víctimas de su natural imprudencia, sucumben todos los años en verdaderas hecatombes”, reciban la enseñanza adecuada que les permita eludir los peligros de la circulación automovilística. Ciertamente, como recuerda CUELLO CALÓN, el artículo 7.º del Código de Circulación dispone que en las escuelas y colegios se enseñe a los educandos “las reglas generales de la circulación y la conveniencia de su observación, advirtiéndoles los grandes peligros a que se exponen al jugar en las calzadas de las vías públicas, salir atropelladamente de los centros

docentes, etc.". La inobservancia del precepto le hace recordar "aquella otra cándida disposición del artículo 2.º de la Ley de 19 de diciembre de 1896 para la protección de los pájaros insectívoros, reproducida en el artículo 33 del vigente Reglamento para la Aplicación de la Ley de Caza, que ordena que en las puertas de las escuelas se pondrá un cuadro en que se lea: "Niños, no privéis de la libertad a los pájaros; no los marticéis y no les destruyáis sus nidos. Dios premia a los niños que protegen a los pájaros, y la Ley prohíbe que se les cace, se destruyan sus nidos y se les quiten sus crías". Y concluye con gracejo: "La ingenuidad estatal no cambia con el correr de los años" (op. cit., pág. 26).

Sin embargo, CUELLO CALÓN habrá podido conocer complacidamente antes de su muerte, cómo la Jefatura Central de Tráfico promovía sus campañas educacionales para adultos y las más especiales, para niños, siguiendo las directrices antes señaladas. Como igualmente habrá constituido para él una satisfacción la publicación de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el procedimiento de urgencia, y el aún más sumario procedimiento del título II de la Ley de 24 de diciembre de 1962, que pretenden cumplir otras de sus aspiraciones: la de un procedimiento rápido que permita el pronto castigo de los infractores. "Si entre la comisión del hecho y la sentencia condenatoria ha de transcurrir como de ordinario un largo espacio de tiempo, la nueva Ley perderá toda su posible eficacia —dice (op. cit., página 26)—. Es absolutamente necesario completarla con un procedimiento de la mayor ligereza que permita la condena de los culpables a los pocos días y, mejor aún, a las pocas horas de cometido el delito."

Ese "desideratum" de CUELLO CALÓN no se ha cumplido y, mucho nos tememos, no se cumplirá nunca. Pero sí se ha acelerado notablemente la tramitación y reducido el plazo entre el hecho y su castigo, en forma que la intimidación penal "a los temerarios, a los negligentes y a los inhumanos egoístas", se ha visto claramente incrementada en su eficacia, como él quería (26).

Pontevedra, diciembre 1963.

(26) En las *Estadísticas judiciales de España*, correspondientes a 1959 se señala que de 2.451 en que recayó sentencia condenatoria por delitos de la Ley de 9 de mayo de 1950, 2.209 fueron dictadas antes de los seis meses (período mínimo a que se contrae la estadística).

Don Eugenio Cuello Calón y la moderna penología

FERNANDO DIAZ PALOS
Doctor en Derecho
De las Carreras Judicial y Fiscal

La noticia de la muerte de don Eugenio nos llegó cuando su último libro sobre el Código penal de 1963, "anotado y concordado", aguardaba paciente en la mesa de trabajo nuestro estudio recensivo. Al hojear este libro cuasi-póstumo lo hemos hecho con la nostalgia de su autor ya ido, viajero de la eternidad. Porque don Eugenio CUELLO CALÓN era, sí, decano del penalismo español por edad y sabiduría y sabíamos también de sus achaques de salud, pero lo veíamos como a distancia, nimbado de una especie de aureola de aparente inmortalidad, de la que su constante laborar era la prueba fehaciente. Su continuada e inagotable producción de artículos, monografías y libros, mantenida a igual ritmo durante sus últimos años, era una conmovedora expresión de quien no quiere renunciar a los fueros de la vida activa y vigente, por encima de jubilaciones profesoras y de convencionalismos oficiales. Y esta su laboriosidad, creemos, ha sido la tónica del profesor CUELLO CALÓN, unida a una innata bondad de corazón aliada de la justicia que siempre le impelió a obrar según los dictados de la conciencia. Lo refleja muy bien la anécdota que vamos a consignar, de la que fuimos testigos muy próximos, y que nos permitimos relatar en gracia a la ocasión que se nos brinda.

Nuestro primer contacto personal con don Eugenio data de las oposiciones a la Carrera Fiscal, primera promoción de postguerra, cuando aún no se había creado la Escuela Judicial; de modo que el ingreso en el Ministerio Público y en la Judicatura se hacía por separado. En el "Tribunal de Fiscales" figuraba CUELLO CALÓN como catedrático de Derecho penal. Huelga decir que si no todos habíamos sido alumnos suyos en la cátedra, sí lo habíamos sido a través de su libro, que lo era de texto en la mayor parte de las Universidades españolas de los años treinta, por lo menos de la Cesaraugustana, donde cursamos los estudios de la Licenciatura.

Volviendo a los ejercicios de la oposición, éstos se iban desarrollando con la monótona regularidad de esta clase de pruebas, apenas perturbada por tal o cual pequeño incidente que, tal vez nuestro ner-

viosismo y ánimo tenso de opositores, agrandaba y exageraba. Recuerdo a este propósito que en el primer ejercicio de Judicatura nos sorprendió actuando el primer apagón de luz, precursor de las molestas restricciones eléctricas que se habían de prodigar por aquellos años. Los ujieres de la sala no tenían aún prevista la contingencia, y a requerimiento del presidente del Tribunal hubieron de localizar en la oscuridad, con la consiguiente tardanza, los candelabros, magníficos por cierto, que hacía ya tiempo no prestaban servicio activo en las Salesas. Los minutos transcurrían interminables entre las sombras del apagón y nos creímos obligados a dirigirnos a la presidencia, a fin de continuar nuestra peroración, pese a la falta de luz. No queríamos que se creyese que aquella dilación significaba una adventicia e inesperada ventaja sobre el resto de los opositantes, pero el presidente, aun comprendiendo nuestra actitud, declinó muy cortésmente la oferta y no consintió en reanudar el ejercicio hasta que los candelabros de plata, ya emplazados en las respectivas mesas, comenzaron a destellar su parpadeante luz. La anécdota, como se ve, es minúscula e insignificante, pero sirve para ambientar la que me proponía referir por haber sido don Eugenio uno de los protagonistas.

Esta vez la actuación opositoril se desarrollaba en la saleta de divorcios, del Supremo también. Sus proporciones, más reducidas que las de la Sala Segunda, que nos intimidaba con su grandiosidad hasta el punto de hacer resbalar en su brillante "parquet" a más de un azorado compañero, hacían más íntima y familiar la escena. Como de costumbre, algunos opositores, más por razones de amistad o paisanaje que de presencia censora y desconfiada, contemplábamos la actuación del de turno. Era ya el segundo ejercicio, prácticamente decisivo, que en aquel entonces comenzaba con dos temas de Derecho penal. El actuante, entrañable amigo y paisano y hoy destacado miembro del Ministerio Público, había desarrollado con gran brillantez uno de los temas y acometía la exposición del segundo, versante sobre los delitos de escándalo público que en aquella época, continuada hasta la última y reciente reforma del Código, abarcaban también los relativos a la prostitución de mayores de veintitrés años. Al entrar en ellos el opositor, uno de los miembros del Tribunal creyó, infundadamente, que la materia correspondía a la corrupción de menores, de fácil confusión y objeto de otro tema, y así lo advirtió al ejercitante. Este quedó vacilante y confuso, pero con la íntima convicción de estar en la cierto. La situación no podía resultar más desagradable, pues la réplica en contrario del opositor, ya que no descalificarle reglamentariamente al asistírle la razón, podía dar al traste con su serenidad, lo que, por otro camino, comprometía el éxito final. Don Eugenio, miembro, como se ha dicho, de aquel Tribunal censor, no vaciló y, rápidamente, salió en defensa del aspirante a Fiscal, afirmando en alta y resuelta voz que estaba desarrollando correctamente el ejercicio. Aquella intervención del profesor salvó la situación y restableció como por ensalmo la calma del actuante y del mismo Tribunal, no menos alterado con el inesperado incidente, y hoy, tal vez, deba el querido compañero su meritoria ac-

tuación en la Carrera Fiscal al justiciero espíritu de independencia de don Eugenio. Este no olvidó jamás a sus discípulos, y si alguno se extravió por las torcidas sendas de este "baxo mundo", aún en aquel trance extremo intervino paternalmente nuestro querido maestro para interceder por el descarriado, como tuvimos ocasión de comprobar desde nuestro observatorio profesional, al que, más de una vez, llegaron los bondadosos requerimientos del profesor CUELLO.

No hemos de insistir en realzar tantas facetas humanas como se daban en el fallecido maestro, pues otras plumas más autorizadas que la nuestra lo harán sin duda en este homenaje póstumo que le tributa tan mercedadamente el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

Sí queremos destacar, entrando ya en la fecunda obra de don Eugenio, su sano y eficiente pragmatismo que viene a ser como el *lei motif* de su producción más avenida con las acuciantes necesidades de la *praxis* que con los altos vuelos de la pura especulación. Ello explica sin duda el éxito editorial de sus producciones, siempre esperadas con avidez por cuantos de un modo u otro intervienen en la vida profesional del Derecho, no menos que su fácil asimilación por el alumnado. Ello compensaría con creces el reproche que se le hizo, aún en vida, de carecer de un sistema ideológico y de una metodología propios y originales. No siempre el profesor debe ser riguroso y exclusivo investigador para cumplir a satisfacción plena su función docente. Las numerosas generaciones de universitarios, hoy profesionales del Derecho, pasaron por el aula de CUELLO CALÓN en las Universidades de Salamanca, Barcelona y Madrid así lo atestiguan. Por otra parte, no puede decirse que el maestro no haya dejado escuela. Un selecto plantel de penalistas españoles que están en la memoria de todos se formaron a su vera, sin sofocar por ello su propia personalidad, tal como debe pretender el auténtico forjador de discípulos y continuadores para que la obra no quede estancada en la simple rutina y repetición infrecuenda. Un último alegato del éxito excepcional de la obra del profesor CUELLO, en especial de su conocido *Derecho penal*, que tan copiosas tiradas ha alcanzado, lo constituye las ediciones piratas que del mismo se han hecho allende los mares. El plagio anónimo y delictivo es el mejor reconocimiento de las excelencias que adornan aquella producción.

Lo dicho explica perfectamente las inquietudes que CUELLO CALÓN sintió siempre por la penología. A fin de cuentas, toda la dogmática jurídica y la perfecta construcción de la teoría del delito, quedan sin base y objetivo si la solución penal, sancionadora y correctora a la vez, no se imponen con eficacia. Los que intervenimos directamente en la aplicación de la justicia penal, nos damos cuenta cabal de la importancia de la "ejecutoria". Todo el discurrir procesal y sustantivo de códigos y leyes, de instrucción y plenario, de acusación y defensa, converge a la postre en aquel momento ejecutivo de la sanción. Aun cuando la misma no se imponga por la intercesión de un beneficio penal como la condena condicional o el indulto, será preciso la valoración de cada caso. Por ello somos enemigos acérrimos de aplicar san-

ciones o beneficios, de manera automática y global. Se ha repetido hasta la saciedad que la pena es preciso individualizarla al máximo, desde los planos legal, judicial y administrativo o penitenciario. Tanto como lo permitan las técnicas modernas, cuyo progreso se hace al respecto cada vez mayor. Y tanto o más que de *case law*, es preciso hablar en justicia penal de casos personales; de *case history*, para emplear términos del penitenciarismo norteamericano, uno de los más avanzados, no obstante la decrepitud y arcaísmo de sus leyes sustantivas y procesales, lo que viene a demostrar la enorme trascendencia práctica de la ejecución penal, cualquiera que sea la perfección técnica del ordenamiento jurídico invocado en el fallo.

Pues bien, la actividad del profesor CUELLO CALÓN recayó de nuevo sobre la penología. La que fué obra de su juventud volvió a reclamar su atención recogiendo la última noticia sobre el tema durante los cuarenta años que transcurrieron desde que dió a la estampa su inicial aportación al tema. Las novedades, en tan considerable lapso de tiempo, son tantas que el primer tomo de *La Moderna Penología* bien puede considerarse como obra rigurosamente nueva y de grandes proporciones. Lo acreditan bien las setecientas páginas del volumen, de denso contenido, así en su texto como en sus notas, tan abundantes y extensas, según habitual presentación del autor. Sólo hemos de lamentar que la muerte del profesor trunque la obra e impida la aparición del volumen segundo, cuya preparación estamos seguros de que iría muy adelantada. Si ello fuera así, ¿no sería el mejor homenaje a la memoria de don Eugenio Cuello Calón el recoger y componer los materiales acopiados por el maestro para su publicación póstuma? Quede ahí nuestra sugerencia en espera de más altos valedores que la lleven a realización.

Si del lado del *delito* la ebullición doctrinal en los últimos tiempos ha sido considerable —de la que son paradigmáticas la teoría del finalismo y la concepción normativa de la culpabilidad—, del lado de la *pena* las mudanzas no son menos considerables, a fin de adaptar la sanción a las renovadas corrientes de pensamiento y a las nuevas conquistas del penitenciarismo actual. Baste pensar en los avances de la sentencia indeterminada y en los progresos de las medidas de seguridad y de corrección. Todo ello dentro de un clima de creciente humanitarismo y de respeto a la persona del reo, reflejo, a su vez, del general ambiente jurídico que transfunde la última postguerra, con el norte puesto en la rehabilitación del delincuente. Los extravíos totalitarios de uno y otro signo han sido aleccionadores, y la repercusión no se ha hecho esperar en el campo penal. Por de pronto, la libertad ha surgido como *ave fénix* de sus cenizas y vuelve a estar en la base de la imputabilidad, sin cuyo fundamento no es nada, y por otra parte, es unánime la condenación de las “técnicas de envilecimiento” de la persona de que nos hablara Gabriel MARCEL. La saludable reacción alcanza a los mismos criminólogos, no obstante el cientifismo naturalista de que siempre hicieron gala. He aquí la confesión de uno de ellos: “Creíamos, por nuestras investigaciones, poder mostrar al hom-

bre en su limitación, sujeción a institutos, estado anímico, herencia, constitución física y medio ambiente, presentarlo como producto de predisposición hereditaria y mundo circundante, de carácter y educación, de constitución somática y enfermedad, y lo que ante nosotros surge tras los esfuerzos de años, entre el polvo y las cenizas de la segunda guerra mundial, es el cuadro de su libertad" (1).

En definitiva, vuelve a ponerse de manifiesto la ascendencia ética de la culpabilidad y, con ella, del Derecho penal, concepción que bien podemos calificar de *española* y que entre nosotros ha resaltado con gallardía el profesor DEL ROSAL (2). Lo ha dicho también de modo indirecto, pero expresivo, Jean PINATEL cuando, recientemente, hablaba en Madrid de "esta España apegada a la dignidad de la persona humana" y ponía el estado de libertad como meta a conquistar por encima de los determinismos biológicos, psicológicos y sociológicos (3).

Algo semejante ha acontecido del lado de la sanción penal. En este mismo ANUARIO, el ilustre profesor y magistrado de la casación española QUINTANO RIPOLLÉS reivindicaba los valores que pese a todo conserva la denostada retribución de la pena, no menos que el carácter espiritualista y normativo del Derecho penal que si ya una vez hubo de ser salvado frente a las fieras fauces de la Criminología que amenazaba con "tragarlo", también hoy día ha de ser resguardado frente a las corrientes más sutiles pero no menos deletéreas del nuevo defensismo social (4).

En lo estrictamente penológico la corriente reformadora la sintetizaba muy bien CUELLO CALÓN con estas palabras que figuran en el prólogo de su citado libro: "El régimen disciplinario se atenúa y legaliza, la asistencia médica realiza grandes progresos, se acentúa la necesidad del tratamiento psiquiátrico, se crean prisiones abiertas, se da un fuerte impulso a la actuación reformadora de los jóvenes delinquentes, nacen nuevas directrices para el tratamiento de los criminales habituales y peligrosos y el tratamiento en libertad, la gran esperanza del porvenir, asume cada día organización más completa y se difunde

(1) STUMFFL, citado por MAURACH, *Tratado Derecho Penal*, versión española y anotaciones de CÓRDOBA RODA, I, Barcelona: Ariel, 1962, pág. 41.

(2) DEL ROSAL, Juan, *Derecho penal español*, I, Madrid, 1960, págs. 385 y siguientes. El mismo, *Sulla imputabilità*. Ponencia oficial del primer tema del Congreso Internacional de Estudios Jurídicos, sección de Derecho penal, celebrado en la Universidad de Perugia en septiembre de 1956. *Archivio Penale*, enero-febrero 1959, fasc. I-II.

(3) *Los delinquentes mentalmente anormales*. XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología celebrado en Madrid (23 de febrero a 20 de marzo de 1962). Universidad de Madrid, Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio. Madrid, 1961-1962. Discurso inaugural de M. Jean PINATEL, Secretario permanente de dicha Sociedad.

(4) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Modernos aspectos de las instituciones penitenciarias iberoamericanas*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, V (1952), págs. 306 y ss. El mismo, *La evolución del Derecho penal moderno* ("contra corriente"), en *Anuario cit.*, X (1957), págs. 283 y ss.

por gran número de países” (5). Con todo, el maestro CUELLO, con toda su sabia y dilatada experiencia, no se deja ganar fácilmente por la última novedad refulgente en esta materia tan fértil en toda clase de experiencias. Comprensivo con las nuevas prácticas penitenciarias, no transige, en buena hora, con declinar el fin primordial de la pena: la retribución, compatible, por otra parte, con los demás fines de prevención —general y especial— y de enmienda. Este ecuaníme sincretismo de fines penales está incluso presente en el subtítulo de la obra: *represión del delito y tratamiento de los delincuentes*. Y en virtual correspondencia con tales objetivos: *penas y medidas*. La ambivalencia no puede ser más expresiva para el menos iniciado en materias penológicas, en presencia de posiciones criminológicas unilaterales, cultivadas con especial fruición en Norteamérica, que nos hablan con exclusividad de *tratamiento, diagnosis y prognosis* de la delincuencia, en confesada y confusa sinonimia con la terapéutica y la Medicina, olvidando que el Derecho penal, ciencia normativa e idiográfica, no puede dejar de reivindicar para sí la pena, pues que se frustraría su misma esencia, dejando, en cambio, el método causal-explicativo o nomotético para la Criminología como propio de la misma. El entrecruce de ambas interpretaciones es más agudo en la penología, pues las dos se proyectan sobre la misma, y por ello la mutua convivencia de juristas y criminólogos ha de procurar ser salvada en tan escabrosa materia. Así trató de hacerlo el profesor CUELLO CALÓN, constituyendo ello la impronta doctrinal e ideológica de su obra.

Sentadas las bases teóricas a que hemos aludido brevemente, el gran tema penológico abordado por nuestro maestro es el de la *individualización* de la pena. De acuerdo con la equilibrada postura por él mantenida, la tesis individualizadora, si bien se mira de modo preponderante y según su mismo enunciado enseña a la personalidad del autor, no debe olvidar tampoco la objetividad de la infracción. La síntesis se logra teniendo en cuenta que la infracción realizada puede ya ser sintomática de la personalidad de su autor. Luego vendrá el conocimiento y valoración de las condiciones biológicas, psíquicas y sociales del agente. De otro modo, los tribunales dejarían de juzgar delitos para apreciar solamente conductas, estados personales, vidas humanas. Un primer momento, siquiera precario, de la individualización es el legislativo. Más importante es el judicial, que exige especial preparación criminológica de los jueces penales para poder interpretar correctamente el propugnado *examen* médico-psicológico y social de los delincuentes, así como para seleccionar los delincuentes que han de ser examinados (con más motivo, si se entiende que tal información debe ser siempre realizada).

La repercusión procesal que tal innovación entraña —la llamada *cisura* del procedimiento— es cuestión muy debatida y en la que aquí

(5) CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología (Represión del delito y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Tomo I, Barcelona, Bosch, Casa Edit., 1958, Prólogo, págs. 5-6.

no podemos entrar. Pero la fase más importante de la individualización es la penitenciaria, basada en la observación y estudio del penado, para conocer su grado de inadaptación social y posibilidades de resocialización. A tales fines obedece el desarrollo institucional operado en este punto. Finalmente, la última fase de la labor individualizadora tiene lugar en el medio libre. Sus grandes instrumentos son la libertad condicional y el régimen de prueba (*probación*). Su importancia en la moderna penología no es preciso ponderarla y por sí solos justificarían un estudio especial, tal como lo hizo el maestro, y que razones de espacio nos vedan insinuar siquiera.

La llamada *sentencia indeterminada* (mejor, pena indeterminada o indefinida) se nos muestra como eficaz complemento de la individualización. El problema está aquí en salvaguardar los derechos del individuo, y es por ello que se defiende con preferencia un sistema de indeterminación relativa, a fin de mantener el control jurisdiccional sobre la pena y evitar las decisiones unilaterales de organismos administrativos como el *parole board*. La controversia aún no está acallada. En todo caso la indeterminación debe acoplarse a los casos de tratamiento reformador o asegurativo y por ello aplicarse, preferentemente, a criminales peligrosos y en todo caso a la medida de seguridad. Frente a la avasalladora corriente norteamericana que ve en la *sentencia indeterminada* el camino del porvenir, opone el profesor español la mencionada *salvedad*, congruente con su ya conocida tesis general: si le pena, en el caso propuesto, no necesita ser reformadora o asegurativa, bastando la mera retribución, en tal caso no es necesaria la *sentencia indeterminada*. La postura no sólo nos parece inspirada en la prudencia, sino muy acorde con otras actuales corrientes que estiman que el delincuente normal no es tan anormal, si se nos permite el juego de palabras, como pretendió el primitivo positivismo.

La íntima conexión entre *sentencia indeterminada* y medida de seguridad, lleva al estudio de este último instituto encuadrado dentro del general marco sancionador. La polémica doctrinal, congénita a toda innovación, no podía faltar en este punto. La tesis maximalista del positivismo trató de anular las diferencias entre pena y medida de seguridad (*dualismo*) buscando la *fusión de ambas* (*monismo*). Otros penalistas ajenos a la *Scuola* defendieron la misma idea. No hay duda de que la pérdida o restricción de la libertad, implícita en las medidas de internamiento o de vigilancia, le dan un carácter afflictivo afín a la pena. Con todo subsisten deferencias esenciales, atendidos en particular los distintos fines perseguidos. Una vez más la retribución, consustancial a la pena, salva la autonomía de la misma. La medida de seguridad, en cambio, es ajena al sentimiento de justicia y persigue específicos fines de corrección, de curación o, en último término, de inocuización del delincuente. Ello, aparte de otras diferencias formales fácilmente perceptibles. Hemos de subrayar la mentada diferencia de esencia, pues la misma trasciende del campo puramente penológico para engarzarse en la entraña misma de la teoría del delito: en efecto, si la retribución mira por un lado a la pena, por el otro enlaza con la

culpabilidad. Ahora bien, el sistema binario (pena-medida), lejos de discurrir paralelo, sin posibilidad de encontrarse, salvo en el hipotético infinito, logra un punto de convergencia y de unión, la anhelada "plataforma unitaria", que no es otra que la *atribuibilidad* por el hecho de que nos habla MAURACH (6), bautizada como *suità* por los italianos y como *mismidad* por JIMÉNEZ DE ASÚA (7), buscando la equivalencia idiomática. De este modo existe atribución psicológica del hecho, no verdadera imputabilidad ni consiguiente culpabilidad, al autor imputable y con ella una responsabilidad fáctica o asegurativa, de primer grado, distinta de la responsabilidad inherente a la culpabilidad, de segundo grado. La cuestión la abordamos con mayor amplitud en trabajo próximo a ver la luz (8). Todo lo dicho muestra, una vez más, la bipolaridad: delito-pena, consustancial al Derecho penal, y el constante reflujo del uno en la otra y a la inversa. Suprimir o menoscabar uno de esos epicentros, mengua en la misma medida la disciplina iupenalista.

Llegamos, pues, a la pena en sentido estricto. El orden de gravedad de las penas, impuesto por la metódica legal y la más elemental lógica, obliga a enfrentarse al profesor CUELLO con la inquietante pena capital. No hay que decir que despliega con todo detalle la célebre e inacabable controversia entre partidarios de la última pena y abolicionistas. Incluso se descende por nuestro autor a lo anecdótico y literario prestando galanura a la exposición. También se hace exhaustiva la panorámica doctrinal y legislativa. Sólo diremos que el momento actual, subsiguiente a la segunda guerra mundial con la prolongada "guerra fría", aunque ahora trate de disiparse, parece desfavorable a la abolición, puesto el tema en el plano pragmático de la necesidad o conveniencia de salvaguardar la vida comunitaria. El pensamiento del profesor CUELLO CALÓN se descubre perfectamente al calificar la pena de muerte como "sangrienta *ultima ratio*". La disminución de la criminalidad, en especial de la violenta, en ciertos países, justifican su abolición en ellos —dice—, pero donde, por el contrario, la gran criminalidad alcanza tonos más combrios, "no ha sonado aún esta hora feliz".

Las *penas corporales* van mereciendo, con razón, tan sólo un recuerdo histórico. Por el contrario, las *penas privativas de libertad* siguen siendo el eje del actual sistema de penar. Ello justifica la mayor atención dedicada a las mismas. Sólo podemos enumerar brevemente su problemática: sus antecedentes, desde Roma a los modernos reformatorios norteamericanos; la actual transformación del régimen penitenciario, en el que ya se tiene conciencia de los "derechos del recluso" junto a la acción reformadora. En síntesis, el moderno penitenciarismo tiene como bases: la clasificación de los reclusos para facilitar su tratamiento; su asistencia moral, religiosa, social y educativa; régimen

(6) MAURACH, Ob. cit., I, pág. 174; II, págs. 34 y ss., 37 y ss., 237 y ss.

(7) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado*, págs. 20 y ss.

(8) DÍAZ PALOS, *Imputabilidad juridico-penal* (en prensa).

de trabajo con vistas a afrontar la vida en libertad; régimen higiénico y sanitario; disciplina, pero humanizada. Estas ideas son abordadas por separado en la penología del profesor CUELLO, suscitándose a su propósito cuestiones concomitantes y subordinadas, como la arquitectura penitenciaria, maestros y bibliotecas de prisiones; el capellán de prisiones; el trabajo penitenciario; medidas disciplinarias; medicina de la prisión, con particular referencia a la terapéutica de grupo (*group therapy*), hoy tan en boga; servicio social, cuyo titular, el "asistente social", ha penetrado también en nuestras latitudes; visitas a la prisión, con el importante y arduo problema de la "visita conyugal"; personal de prisiones y su formación profesional y científica. Y, en fin, las formas de liberación, de tan gran importancia para que no se frustren los objetivos del tratamiento en la prisión; el problema de las penas cortas de prisión y sus sustitutivos; los conflictos de la vida penitenciaria (evasiones, motines, suicidios, huelga del hambre) y los efectos nocivos de la misma (psicosis penitenciarias, problema sexual, etcétera), para terminar con los grandes institutos, ya aludidos, de la condena condicional y de la *probation*.

Terminado este bosquejo de la obra penológica del profesor CUELLO CALÓN, que tiene más de recuerdo emocionado que de frío análisis científico, reiteramos nuestro deseo de que pueda, en breve plazo, salir de los tórculos la obra completa del gran penalista patrio, en la seguridad de que será el mejor recuerdo y homenaje que podamos tributar a su memoria y a su fecunda laboriosidad.

Don Eugenio Cuello Calón como Juez de menores

Por JOSE GUALLART Y LOPEZ DE GOICOECHEA
Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Zaragoza
Presidente del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza,
Vocal del Consejo Superior de Protección de menores.

Si algún capítulo de la ciencia penal se abre colmado de simpatías, de confortadoras esperanzas y de más felices realizaciones, lo es sin duda el del Derecho penal del menor.

¡El Derecho penal del menor! Porque aunque Emilio GARÇON, el viejo maestro de París, dijera, a comienzos de siglo, que había que sacar al niño del Derecho penal (1), en *slogan* que luego sería repetido y aun estereotipado hasta la saciedad, ello no es justo ni siempre procedente así. El menor ciertamente que no podrá tener cabida en un Derecho represivo, objetivo, estrictamente retributivo y sancionador; pero, por fortuna, el Derecho penal no tiene por qué ser eso y nada más que eso; que el Derecho penal es también—cada día habrá de serlo más—, prevención, facetas subjetivas, tutela y reeducación, tratamientos individualizados, procedimientos e instituciones especiales...

Lo que procedía hacer—y se hizo—fué mejorar el Derecho penal de tal suerte que dentro de él quepa también el niño; y aun lograr luego que esa mejora, que esa lección aprovechen, en la medida de lo posible, para formar sobre su ejemplo y experiencia todo el Derecho penal del futuro; *mutatis mutandis*, también el de los mismos delinquentes adultos.

Ya lo augurara así nuestro DORADO MONTERO, en su comunicación al V Congreso de la Antropología criminal (Amsterdam, 1901) y en los más geniales de sus libros (2); y, coetáneamente, el profesor Gerard van HAMEL, en el mismo dicho Congreso, y en el siguiente (Turín, 1906), de igual suerte que en el que la Unión Internacional de Derecho penal celebrara en San Petersburgo en 1902; y el voto uná-

(1) Discurso inaugural del I Congreso nacional francés de Derecho penal, París, 1905. Vid. *Revue pénitentiaire*, 1905. Cit. por CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, Madrid, 1917; págs. 8 y 77-78.

(2) El tratamiento de los delinquentes jóvenes fue el primero de los tratamientos penales invadido por el sentimiento humanitario. Lo cual se comprende bien. Si hay personas que, más que ninguna otra clase de ellas, exciten la compasión, son, precisamente, las más débiles, y entre éstos, los niños y los adolescentes a quienes se vea en el camino de caer y perderse para siempre. DORADO MONTERO, *El Derecho protector de los criminales*, I, Madrid, 1916; pág. 221.

nime de los participantes en la mentada asamblea torinesa; y, como todos ellos, también GAUTIER, cuando en 1911 se preguntaba: ¿Hay que ver ahí la aurora de una penalidad nueva? Comenzando en favor de los niños, ¿la reforma se extenderá a los adultos, siquiera a aquellos que más la merezcan? (3).

El profesor CUELLO CALÓN, que ha recordado y compartido algunas de esas ilusionadas aspiraciones (4), quizás por eso mismo había de venir, muy a menudo, gozoso, al tema de las caídas y de los tratamientos del menor; y había de laborar con hechos en esta nueva santa cruzada de salvación. Entre las múltiples otras actividades que colman la vida fecundísima y multiforme del maestro, a tantas y tantas inquietudes abierto, los temas de la infancia y de la delincuencia precoz han de serle muy preferentes.

Por alguien se ha escrito, con sentido peyorativo, que éste es tema que propende a la retórica. Pero no todo será en él vana retórica ni utopismo. Hubo mucho—y aún queda no poco—por hacer en ese orden de cosas. Estudiando y practicando los tratamientos de los menores desviados, se cultiva una de las parcelas más bellas, y al par más tristes, de la ciencia penal; se abren horizontes a un fecundo Derecho preventivo—y el Derecho penal moderno ha de ser primordialmente preventivo—; al propio tiempo que se brindan muy amplias sugerencias para una mutación integral del Derecho y de las instituciones sancionadoras; también—¿por qué no?—del Derecho y de las instituciones que hacen referencia a los adultos mismos.

* * *

Por todo eso, porque el profesor CUELLO CALÓN se consagra de por vida entera al cultivo de nuestra disciplina, con dedicación y laboriosidad ejemplares, abordó, ya desde los años mozos, el sugestivo capítulo de las caídas del menor y de sus posibles fórmulas de tratamiento; ello le habría de ser pórtico y estímulo para ulteriores trabajos e investigaciones de más hondura y amplitud, en una integral concepción de la ciencia penal.

Colegial aún del Mayor de San Clemente de los Españoles, en Bolognia, CUELLO CALÓN informa ya de las realizaciones y de los intentos legislativos de Italia ante el inquietante problema de los menores delincuentes y abandonados. Lo hace así, periódicamente, en la sección de Informaciones extranjeras de la *Revista Penitenciaria*, a la sazón órgano oficial del Consejo Penitenciario (5). Como seguirá ha-

(3) GAUTIER, *La question des tribunaux d'enfants à Genève*, en "Revue pénale suisse", XXIV, 1911; pág. 120.

(4) CUELLO CALÓN, *Tribunales para niños*, citada; págs. 12-13.

(5) *Menores abandonados y delincuentes en Italia*, en "Revista penitenciaria", Madrid, vol. I, 1904; págs. 220 y ss., 293 ss., 348 ss.; vol. II, 1905, págs. 36 ss., 97 ss., 169 ss. Vid, también, sobre España, vol. II, 1905, *La infancia delincuente y abandonada en la antigua legislación española*; págs. 741-53; *Ideas de un filántropo español del siglo XVI, sobre la asistencia de los niños abandonados*, vol. III, 1906; págs. 235 y ss.

ciéndolo, referido igualmente a otros países, en la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, de Madrid (6).

Para entonces ha nacido ya, y está en trance de difundirse por doquier—con la característica de las ideas fecundas, que es la de venir a ser mundiales, como a propósito de la misma escribiera Marcel KLEINE (7)—, una Jurisdicción que rompe con muchos viejos moldes. Una Jurisdicción que, en contraste con nuestra época práctica y utilitaria, surge un tanto como Jurisdicción de leyenda, en frase de Adolfo PRINS (8). Son los Tribunales para menores.

Esa Jurisdicción especializada, tan distinta y tan peculiar, ha de ser pronto tema muy dilecto del maestro CUELLO CALÓN. Tema muy suyo, porque—como él mismo escribiera (9)—“de todas las manifestaciones del espíritu tutelar y protector que caracteriza el tratamiento actual de los menores delincuentes, la más importante, y la que puede considerarse como su resumen y compendio, es, sin duda alguna, la creación de los Tribunales para niños”. No en vano tal Tribunal es—o debe ser—piedra angular de la obra monumental de la Protección a la Infancia, como del mismo dijera Paul WETS (10), el renombrado juez de Bruselas, fundador y presidente que fué de la Association Internationale des Juges des Enfants. Al tema viene el maestro CUELLO en uno de sus primeros y más bellos libros, *Tribunales para niños* (Madrid, Suárez, 1917).

De tal suerte, con aquellas informaciones extranjeras y con este libro arriba recordado, CUELLO CALÓN ayuda, como pocos, a crear el clima propicio para la cordial acogida por España de la nueva y revolucionaria Jurisdicción tutelar. Precisábase crear ese clima porque—como el maestro escribiera años después (11)— nuestro retardo en legislar sobre el particular no lo fué por falta de impulso científico, sino por carecerse aún del ambiente social que recogiera con simpatía el movimiento.

Mas no había de ser tarea difícil, ciertamente, la del logro de ese ambiente simpatizante con las deseadas instituciones, en el seno de una sociedad que, de muy atrás, venía prodigando afectos y caridades para con los seres más desvalidos y que había acertado a vivir Magistraturas ejemplares y obras tan llenas de espíritu cristiano como lo fueran el *Padre de Huérfanos*, de las legislaciones aragonesa y valenciana, o como los *Toribios* de Sevilla. Para mejor fortuna, la nueva Jurisdicción tutelar es una de esas instituciones que basta conocer un poco para amarlas mucho.

(6) *La criminalidad infantil y juvenil en algunos países*, en “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, Madrid, vol. CVIII, números 3, 4 y 5.

(7) *Les tribunaux pour enfants en Angleterre*, Paris, Bibl. du Musée Social, 1908; pág. 15.

(8) Discurso inaugural del I Congreso Internacional de Protección a la Infancia, julio de 1913. *Compte rendu analytique des séances du Congrès*, Bruxelles, vol. II; págs. 19 ss.

(9) *Tribunales para niños*; pág. 14.

(10) *Enfance coupable et Tribunaux pour enfants*, Louvain, 1937.

(11) *Penología*, Madrid, Reus, 1920; pág. 311.

Al fin, el enpeño tesonero de hombres beneméritos como Avelino MONTERO-RÍOS Y VILLEGAS, Gabriel M.^a de YBARRA, Inocencio JIMÉNEZ, Ramón ALBÓ, logra en nuestra patria la Ley de Bases de 2 de agosto de 1918, articulada por el R. D. de 25 de noviembre del mismo año, autorizando la organización de Tribunales para niños "en todas las capitales de provincia y en las cabezas de partido en que existan establecimientos especiales consagrados a la educación de la infancia abandonada y delincuente" (art. 1.^o). Nuestros textos buscaron su inspiración en la más progresiva de las leyes europeas sobre la materia, en la ley belga CARTON DE WIART, de 1912.

Un nuevo libro de don Eugenio, de más vasto contenido, la *Penología*, de 1920 (Madrid, Reus), dedica erudito capítulo (cap. X, páginas 276/317) a la presentación del "tratamiento correccional de los menores delincuentes"; con especial referencia a los Tribunales para niños y a las instituciones de tratamiento, en informaciones muy puestas al día; con especial estudio, también, del nuevo Derecho y de las realizaciones españolas; como reza nota al pie (pág. 311), "en el momento de procederse a la impresión de estas páginas se han constituido Tribunales para niños en Bilbao y Barcelona".

Atento siempre a las novedades bibliográficas y a las labores de cada momento —y de ello las notas de sus libros dan continuado testimonio—, el profesor CUELLO CALÓN ha de recoger pronto las iniciativas alemanas de 1920 en orden a los tratamientos tutelares. *El nuevo proyecto alemán sobre Tribunales juveniles* (12); trátase del proyecto que habría de llegar a ser ley en 14 de junio de 1922.

Secundando una noble consigna —Hacer que la Ciencia sirva para la Acción—, el maestro CUELLO CALÓN, que tanto y tan bueno había escrito ya sobre los Tribunales tutelares, vino a vivir personalmente las inquietudes y generosidades y responsabilidades del Juez de niños, ocupando en diciembre de 1931 la presidencia del Tribunal de Barcelona; la labor de su cátedra en aquella Universidad se complementaba así diestramente.

Cierto que los momentos no eran fáciles ni propiciaban actuaciones brillantes —traspaso de servicios, trastrueque de ideas y de gentes, personalismos—; cierto que, tal vez por eso, breve fué la duración del mandato presidencial del profesor CUELLO, pues que renunció al puesto en julio de 1933. Pero el tiempo vivido en la tarea había de servirle lo bastante para un feliz contrastar la teoría con las realidades, para un abrirse a nuevos problemas e inquietudes, experimentados muy de cerca.

Fruto conjugado de los estudios de antaño y de la experiencia en el Tribunal barcelonés lo fueron las conferencias del cursillo profesado por don Eugenio CUELLO CALÓN, durante los meses de febrero y marzo de 1933, en el Instituto de Estudios Penales, de Madrid. Y esas doctas

(12) En "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", CXXXVIII, 1921; págs. 42 y ss. Sobre Austria en la misma revista, *La reforma de la legislación penal en Austria*, CXLI, 1922; págs. 97-101.

lecciones “dieron armazón” —son las propias palabras del maestro— a otro denso libro, *Criminalidad infantil y juvenil*, aparecido en el siguiente año (Barcelona, Bosch, 1934). “Este libro —dice su autor, en el proemio— es el fruto de mis lecturas, pero también, en parte muy considerable, producto de mis observaciones personales como Juez de menores. El desempeño de este cargo me ha llevado a una íntima comprensión de este hondo problema, a penetrar sus causas, a conocer sus aspectos, a discernir las medidas más adecuadas para la lucha contra esta llaga social, engendradora de infinitos males. La experiencia por mí adquirida en estos sombríos aspectos de la vida infantil, está en estas páginas” (13).

En ese tan logrado libro, aparte los aspectos jurídicos y pedagógicos de las caídas del menor y de sus tratamientos, el autor comienza abordando el estudio de las concausas de esas caídas: causas personales o constitucionales, unas, con frecuente carga hereditaria; causas sociales o ambientales, otras, con un destaque del deseducador marco familiar. Dos documentados capítulos, que son precioso aporte a la Criminología. Un tercer capítulo muestra, tomada al azar de entre la casuística del Tribunal barcelonés, una emotiva serie de aleccionadoras historias de niños delinquentes.

De su período presidencial data el *Prólogo* —breve pero jugoso— que don Eugenio se dignó poner al folleto de Instrucciones prácticas que, en 1933, dedicara a los Delegados de Vigilancia, del Tribunal de Barcelona, el funcionario de esa Sección Francisco Javier ISART (14). Que es misión muy esmerada la de esos Delegados del Tribunal; porque si, en muchos de los casos en que no se repute indispensable el internamiento del menor en instituciones de reeducación, bastará dejarlo confiado a la propia familia, si no es nociva, o a familias ajenas idóneas, ello habrá de hacerse siempre bajo la vigilancia cuidadosa del Tribunal, *Probation*, ejercida a través de sus Delegados, profesionales o voluntarios. Mientras ello sea hacedero así, el Derecho natural y la Pedagogía aconsejan un preferente aprovechamiento de los insustituibles resortes familiares. Muy certeras y dignas del recuerdo son, al respecto, las palabras del profesor y juzgador CUELLO CALÓN, en ese su prólogo, exaltación de la familia y, dentro de ella, y sobre todo, de las exquisiteces formativas que tan sólo una madre sabrá dar: “Llegarán (las instituciones de educación y de reforma) —dice— quizá a suministrar a los niños y a los jóvenes internados en ellas una seria preparación profesional, una acabada instrucción, darán a su carácter un sano temple moral, crearán en ellos el sentido de la disciplina y la obediencia; pero, no obstante su benéfica labor, serán incapaces para crear en su alma los más ricos matices afectivos que engendra la edu-

(13) Obra citada, prólogo; pág. VIII.

(14) Publicaciones del Tribunal Tutelar de Menores de Barcelona, *La vigilancia de los menores y los Delegados de protección a la Infancia* (Instrucciones prácticas), por Francisco Javier ISART, de la Sección de Delegados, con un prólogo del doctor don Eugenio CUELLO CALÓN, Presidente del Tribunal. Barcelona. Imprenta Enrich, 1932. Hay otra edición en lengua catalana.

cación del hogar familiar, el dulce influjo de la madre, que es la primera y más eficaz forjadora de los sentimientos, de las creencias, de las ideas, de las inclinaciones, en una palabra, de la vida moral y espiritual del niño" (pág. 5).

Por eso, porque justamente valora en tanto la institución familiar, el maestro comparte la alarma que provoca esa catástrofe social, *in crescendo*, que es la destrucción de la familia en las sociedades de nuestros días. Y si, como vocal de la Comisión Codificadora, llevó parte principalísima en la redacción de la que había de ser Ley de 12 de marzo de 1942, creadora de tipos punibles al menos en las infracciones de los más materiales y más elementales deberes de la paternidad, pronto CUELLO CALÓN nos brindará su autorizado comentario de los nuevos preceptos legales, preceptos más bien intencionados que eficaces: *El delito de abandono de familia o de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar* (Barcelona, Bosch, 1942); monografía reeditada y ampliada años después (Bosch, 1948). La nueva ley española, con la que se secundan las directrices de la legislación comparada y las recomendaciones de la V Conferencia internacional para la unificación de los principios básicos del Derecho penal, pasará a ser incorporada al Código común, en sus textos refundidos de 1944 y 1963.

En un propósito de mejoramiento de la Justicia penal, se viene postulando por una parte de la doctrina, y recogiénose por algunas de las legislaciones, la aspiración de extender a otras categorías de delinquentes las fórmulas que los Tribunales para niños significaron en su día. Que no beneficien del sistema tan sólo los niños y los adolescentes, sino igualmente los jóvenes —los semiadultos, *Halberwach-senen* en la terminología alemana—.

El profesor CUELLO CALÓN, que cuida de los afanes de cada día, recoge la tendencia, la bibliografía, los votos de las asambleas científicas, los más recientes textos legales. Ya él rotuló su libro de 1934 con la doble referencia de "criminalidad infantil y juvenil". Y en la *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid* estudió puntualmente la organización y los procedimientos y las posibles medidas establecidas en la Ley alemana de 6 de noviembre de 1943, una de las más representativas de la entonces novísima tendencia (15).

Más tarde, en panorámica de mayor amplitud, el maestro presentará *El nuevo Derecho penal juvenil europeo y el tratamiento de los jóvenes delinquentes en España* (16).

¿Jurisdicciones y procedimientos y medidas especiales para los jó-

(15) *El nuevo Derecho penal juvenil en Alemania* (La ley de 6 de noviembre de 1943), en "Revista de la Facultad de Derecho de Madrid", número 13, julio-septiembre de 1943; págs. 25-32. Volvió a la presentación de esa ley, de pasada, en *Reformas introducidas en las legislaciones penales alemana e italiana, después de la última guerra mundial*, en "Información Jurídica", de la Comisión de Legislación extranjera, febrero, 1948; pág. 8.

(16) En "Revista general de Legislación y Jurisprudencia", mayo de 1944; hay separata.

venes de hasta dieciocho, o de hasta veinte años? ¿Los mismos márgenes y concesiones que para con los niños? O, por el contrario, "Derecho penal común para aquéllos? Pero aquí se entrecruzan ya problemas y dificultades harlo complejos. Porque si el niño tiene personalidad muy distintiva —que no es una miniatura de hombre, como dijo bien CARTON DE WIART (17)—, el joven, el semiadulto, muestra, igualmente, categoría aparte, diferenciada tanto de la del niño como de la del adulto logrado ya. ¿Podrá servir, en esa preconizada extensión de competencias, el mismo Derecho preventivo y tutelar, de preferentes o aun de solos resortes pedagógicos? ¿Habrá de darse entrada ya, cuando de jóvenes se trate, a un tono de represión y de vigorosa defensa social?

No caben, ciertamente, respuestas ni fórmulas uniformadoras. Destaquemos que si el profesor CUELLO CALÓN propugnó, en aquel su libro de 1934, el sentido tutelar y reformador como único inspirador del tratamiento de los delincentes jóvenes, ahora, en esta monografía de a diez años fecha, rectifica sus optimismos y admite la utilización de medidas represivas para con los sujetos de la edad intermedia, máxime así cuando acusen ellos índices de peligrosidad; en trabajos ulteriores, el maestro tendrá la probidad científica de mostrar ese su cambio de pareceres, razonándolo cumplidamente.

Con tal bagaje de estudios y de experiencias, nadie más autorizado que el profesor CUELLO CALÓN para, entre nosotros, llevar al I Congreso Hispano-Luso-Americano penal y penitenciario, de julio de 1952, la ponencia sobre el siempre candente tema de *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*. La treintena de páginas de amplio formato, en la edición primera, guarda afinada síntesis de cuanto más interesa en nuestros días recoger sobre estas cuestiones, en su doble y diferenciada vertiente de niños y de jóvenes: el fenómeno de la delincuencia infantil, sus cifras estadísticas, las etapas del tratamiento reformador, el Derecho comparado, las posibles medidas, los Tribunales especializados y su problemática... En orden al tratamiento de los delincentes jóvenes —que ha de ser distinto del de los niños, con matices represivos ya; según criterios que, dice el maestro, son rectificación de los que mantuviera antaño (nota 108)— muestra el ejemplo de las inglesas Instituciones Borstal, de las prisiones escuelas y de las realizaciones norteamericanas. Esta ponencia general, tan plena de cariños y de aciertos, mereció tener también cabida en las páginas del ANUARIO (V, II, pp. 244/305); y de la misma se hizo recensión en el volumen *Resúmenes de las ponencias* aportadas al Congreso (18).

Las ediciones del magistral Tratado del profesor CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, Parte general (13.^a edición de 1960, Bosch), recogen, con paciente esmero, las nuevas leyes y los nuevos libros sobre los temas de la infancia y de la juventud descarriadas.

Por desdicha, la Muerte no ha dado tiempo al ya viejo, pero siem-

(17) *Le Bon Combat*, Martens éditeur. Bruxelles-Paris, s. a.; pág. 245.

(18) Publicaciones de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Edición homenaje al Congreso, 1952; págs. 36-41.

pre laborioso maestro, para dar cima al volumen II del último de sus recios libros, *La moderna Penología* (tomo I, Barcelona, Bosch, 1958). Nos consta que eran sus anhelos dedicar ahí amplias y meditadas páginas al tratamiento de los niños y de los jóvenes delincuentes, en este volumen que ha quedado inconcluso. Suerte será si manos piadosas aciertan a reordenar los materiales y a darlos a la estampa, aleccionándonos con esos trabajos póstumos.

Entretanto, donde quiera que una nueva ley, general o específicamente consagrada a los menores, reglara estos sus tristes problemas, don Eugenio celosamente la mostraba y glosaba. Así, en su estudio sobre *La reforma de la legislación penal en la Rusia soviética* (ANUARIO, 1960, fasc. I, pp. 9 y ss.), no ha de faltar la referencia a las leyes de 7 de abril de 1937 y 31 de mayo de 1941, con sus siempre severas formas de penalidad para con los menores.

Académico numerario de la Real de Ciencias Morales y Políticas, el profesor CUELLO CALÓN llevó la representación de ese alto instituto al *Consejo Superior de Protección de Menores*, del Ministerio de Justicia. Y, con ella, su prestigio y su competencia.

He ahí el bosquejo de la vida del buen Juez de niños que fué don Eugenio CUELLO CALÓN. En la difícil tarea, él acertó a poner y a derramar su inteligencia, ¡tantos libros y estudios!, al par que su corazón, en gestos muy amorosa y entrañablemente humanos. Feliz síntesis ésta, porque —como otro penalista insigne, Carlos Stooss, dijera (19)— el jurista, para serlo, necesita también del corazón.

¡Buen Juez de Niños! ¡Que ante el Supremo Juez haya valido al querido e inolvidable maestro aquella dulce promesa de CRISTO: *Et que accipere in nomine mio a uno de estos pequeñuelos, a Mí me acoge!* (San Mateo, XVIII, 5).

(19) Discurso en Frauenfeld, 4 septiembre 1893, como presidente de la Sociedad de juristas suizos. Cit. por LEGOZ, *Le projet de Code pénal suisse et les Chambres fédérales*, Revue pénale suisse, vol. XLIII; pág. 154.

Don Eugenio Cuello Calón y la Administración de Justicia

E. JIMENEZ ASENJO

Nada es tan necesario a la comunidad nacional e internacional como el respeto a la majestad del Derecho, ni como el reconocimiento de la idea saludable de que el Derecho es, en sí mismo, sagrado... El que lo ofende se expone al castigo y lo sufre efectivamente. (Pío XII. Dis. al VI Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal. 3 de octubre de 1953.)

Hace ya muchos años que la "opinión de los doctores" claudicó, como fuente directa de Derecho, en la prueba del tiempo y, más acentuadamente, del Derecho penal, donde el principio de legalidad impera con señorío absoluto como una incuestionable garantía de la personalidad humana. La razón de ello es evidente. Nada tan impreciso ni tan variable y sujeto a las pasiones humanas como nuestras opiniones. Todo, a veces, depende de un momento de ofuscación, de orgullo o simplemente de ceguera mental. Por tanto, el criterio humano como fuente jurídica con valor permanente e invariable, fué siempre peligroso, incierto y, por ello, perturbador. Tenía, pues, que morir.

Sin embargo, la opinión de los maestros sigue gravitando sobre la conciencia jurídica del país e informando toda su cultura. Actúa, insensible en muchas ocasiones y en otras de un modo ostensible y manifiesto, no sólo en forma difusa en la formación de las ideas y los principios doctrinales, sino directamente en la formulación de las leyes, en las cámaras legislativas y a través de los trabajos y comisiones codificadoras y, aún más acentuadamente, en el trance decisivo y solemne de su aplicación e interpretación por los Tribunales de Justicia. Su influencia es tanto más decisiva cuanto más ejemplar sea la autoridad del jurista o maestro que la profesa. Tal es el caso de don Eugenio CUELLO CALÓN.

Penalista insigne en nuestra patria, con rango internacional, su magisterio no sólo influyó decididamente en la formulación de nuestras leyes, sino de nuestra jurisprudencia, a través de sus enseñanzas de cátedra y de sus publicaciones, sobre los componentes de los Tribunales de la nación. Aunque no quiso "ejercer" ante ellos, prorrogando así su magisterio directamente, mediante los escritos de postu-

lación de las partes, que tanta influencia ejercen en la formulación de la jurisprudencia, estuvo presente en todo momento en su actividad jurisdiccional. Todos los Jueces, Fiscales y Abogados de España, en estos últimos años, han hablado, aun sin saberlo, con ideas y hasta palabras suyas, ya que todos nos hemos formado, más o menos directamente, en sus libros y monografías, cuando no con su propia palabra. De ello soy un testigo de máxima excepción. Nunca sabré agradecerle todo lo que a él, como a tantos y tantos maestros de la Universidad, les debo y le debemos todos los que constantemente precisamos de sus aportaciones culturales, permanentemente renovadas, para el mejor cumplimiento de nuestras obligaciones profesionales.

Mi primer encuentro con don Eugenio CUELLO CALÓN fué meramente intelectual. Data de mi preparación para las oposiciones a la carrera Fiscal, allá por el año 1927. Precisaba con urgencia apremiante de todo opositor un tratado metódico, sencillo, claro y concienzudamente informado del Derecho penal a la sazón imperante, capaz de facilitarme en el poco tiempo que me quedaba el fondo de cultura suficiente para poder comparecer dignamente a la prueba. La oposición es siempre una carrera contra reloj, no siempre lograda. *El Pessina* fué un hallazgo feliz e insuperable para mí. La ejemplar traducción de GONZÁLEZ DEL CASTILLO, que había sido enriquecida con unas notas ejemplares por el profesor de Oviedo señor ARAMBURU, fué mejorada y puesta al día, en su tercera edición, con otras modelo de concisión e información por el profesor de Barcelona CUELLO CALÓN. Allí quedó realmente volcada la personalidad de su autor, luego ya sólo mejorada y aumentada al compás del tiempo, en su tratado. Con dicha base científica y su penología, acudimos casi todos los opositores de entonces a la brega. El profesor CUELLO CALÓN estaba en nosotros y hablaba en nosotros y por nosotros mismos. Su nombre se invocaba continuamente "in verbo magistrii".

Desde entonces, su labor constante en la cátedra, en las publicaciones, en conferencias, no ha dejado de estar viva en las generaciones que se han sucedido, como he podido comprobar desde el Tribunal de las varias oposiciones a la Escuela Judicial que formé parte y en los estrados de la Justicia y en los escritos de los abogados. CUELLO CALÓN era un nombre que se repetía invariablemente, para justificar una opinión, ratificar una posición o prestigiar una cita. El maestro ha sido y seguirá siendo durante mucho tiempo, aun después de su generación, quien hable e inspire los escritos de los letrados en los Tribunales de Justicia de los funcionarios del Ministerio Fiscal, en donde tanto se le estimaba, en las sentencias de los jueces y Tribunales, porque todos ellos han bebido, más o menos directa e intensamente, en las claras fuentes de sus enseñanzas. Si alguna vez se hace el estudio de los elementos informantes de la cultura nacional de nuestro tiempo, de lo que va de siglo, habrá que reservar a su nombre un puesto destacado y decisivo, muy particularmente a su labor de publicista serio y concienzudo. Con gran razón le saludaba CARNELUTTI en su viaje a nuestra patria con el amable y justificado calificativo de "primado

del Derecho penal español”, que él acogía complacido con la leve sonrisa que siempre tuvo, como agradecida muestra del justo mérito que se le reconocía por amigos y discípulos.

* * *

Ya, desde aquella fecha, se nos apareció don EUGENIO como modelo de serenidad y ponderación en el mundo intelectual, apasionado y confuso que nos envolvía, tanto en el orden intelectual como en el concreto jurídico. Cuando todo se hallaba en crisis convulsa y sin horizonte claro y fijo, cuando el Derecho penal aparecía en crisis, dominado por extremistas virulentos o polemistas estridentes, él permanecía fiel y seguro a las tradiciones jurídicas de mejor solera. Nunca abdicó de su concepción del Derecho penal nacional clásico, como un Derecho ideal normativo de las conductas humanas en función de la paz social y el vivir honesto que proclamó ya Roma. Un Derecho protector, tanto de las víctimas cuanto de los mismos delinquentes, en el sentido superativo que proclamó DORADO MONTERO. Un Derecho limitador de la omnipotencia de los poderosos sin ética y de los extremistas inconscientes o vengativos de la subversión social.

Al final de su vida tuvo la gran satisfacción de ver su concepción del Derecho penal revalidada por la inmensa autoridad de Su Santidad Pío XII, en su discurso del año 1953 a la Asociación Internacional de Derecho penal. En primer término, dice el Papa, el Derecho supone una serie de exigencias que derivan de la naturaleza humana y son como el punto muerto de un péndulo que tan pronto va de un extremo a otro cuando las olvida. Que tales exigencias se les llame “derechos”, “normas éticas”, “postulados de la naturaleza”, poco importa. Pero es indudable que “cuando, como ocurre con el positivismo, se olvidan, se ve a la pasión desencadenada, a los caprichos y violencia brutal de un tirano o de un criminal entronizados usurpando el lugar auténtico del Derecho”. El segundo término no puede negarse, continúa la idea de la libre responsabilidad moral hu-dotado de inteligencia y de voluntad libre, un ser que finalmente demana. “Es un hecho sencillo e innegable que el hombre es un ser dotado de inteligencia y voluntad libre, un ser que, finalmente, decide lo que hace y lo que no hace.” El tercer supuesto es el de la culpabilidad; en todo momento del delito, el delincuente tiene ante sus ojos la prohibición establecida por el orden jurídico, siendo consciente de éste y de las obligaciones que le impone. A pesar de ello, se decide contra tales prohibiciones, y para ejecutar su decisión realiza el delito. “Si se rehusa, añade Su Santidad, fundamentar el Derecho penal sobre el factor esencial de la culpabilidad, será difícil crear un verdadero Derecho penal.” Tales fueron las líneas maestras de toda la obra del profesor y penalista de la Universidad de Madrid, invariablemente mantenidas a través de sus publicaciones y tantas variaciones como se han registrado en su mundo ideológico.

¿Qué queda en todo este panorama moderno para la penología?

La pena es de este modo una consecuencia de la violación de la ley penal. El cumplimiento de esta exigencia, que proclama la supremacía del bien sobre el mal, y por ello se ejerce la soberanía absoluta de derecho sobre la injusticia. La pena se aparece de este modo con un sentido ético que completa al delito y se adapta al delincuente. Puede dejarse a su ejecución el cuidado de definir otros papeles más modernos, como son la tutela del penado y su reeducación y rehabilitación. Esto la humaniza pero no la despoja de su carácter de reprobación moral del hecho cometido y de la condición de su autor. De esto nadie sabe tanto como CUELLO CALÓN, que tantas y tan sustanciosas páginas le ha dedicado y muy singularmente a la exaltación de la protección del penado. El Derecho actual no sólo aspira a reprobado sino a proteger su propia personalidad y su propia dignidad humana, liberándole del estigma humillante e indeleble de su propia culpa, con que le señalaba, de por vida, implacable el viejo Derecho.

Ha sido, justamente en este sector del Derecho penal donde quedará marcada más profunda la huella de su dedicación personal. En tanto el penado cumple su pena, salda su deuda, que es el delito, contraída con la sociedad. Por esto sólo debe ser un interdictado en la justa medida que el Derecho debe consentir, correlativamente a la gravedad de la deuda. El "favor debitoris" debe actuar aquí con igual sentido y exigencia que el terreno privado. No por condenado, puede quedar reducido a la triste y degradada condición del paria o, incluso, de la bestia. Para los nuevos penitenciarios de nuestra generación, el penado no sólo conserva su insobornable derecho a vivir, sino a vivir con la dignidad que consienta su propia culpa, el derecho a subsistir, a su salud, a su seguridad personal, al trabajo y su remuneración justa; a gozar de sus derechos de familia e incluso de derechos políticos, cuando la naturaleza de su sanción no lo impida, y, sobre todo, a liberar su pena con su propio esfuerzo y sacrificio personal. CUELLO CALÓN recoge viva y ardiente la densa tradición correccional del derecho patrio, que forma una escuela nacional de penitenciarios henchida de calor, de humanidad, y trasfunde en ella toda nueva conquista de superación creciente y la dota, no sólo de su rigor metódico, sino de los generosos y justos propósitos de legalizarla. Al penalismo humanitario de nuestros abuelos le sucede un humanitarismo justicialista donde el penado cumple su condena sin tener que agradecer en piedad lo que puede exigir en justicia.

El nuevo derecho del penado, con su sentido reparador de la víctima y asistencial de aquél, logra en don EUGENIO un valedor sin par. A él le cupo la gloria, muchas veces, de llevar la voz del país en los conciertos internacionales, y en todos ellos su autorizada opinión gozó de una estima completa, debida tanto al merecimiento del maestro cuanto al portador de una tradición nacional penitenciaria, que él conservó y acrecentó. Su labor de divulgación y proselitismo, en este orden, penetra en los Reglamentos penitenciarios del país y alcanza un fervoroso acatamiento entre todos los funcionarios judiciales y fis-

cales a la hora de ejecutar las sentencias y aplicar a los penados, tanto las medidas cautelares del procesamiento, como en la ejecución de las penas. El Cuerpo nacional de Prisiones ofrece en este aspecto una conducta ejemplar.

* * *

Los penalistas españoles, los juristas en general, teníamos contraída con él una deuda de gratitud que quedó sin saldar. Ciertamente que, cada vez que se le hablaba de rendirle el homenaje que se le debía, lo rehusaba con un gesto firme aunque cortés, que no hubo modo de vencer. Hoy, en éste que se le dedica a título póstumo, deseo dejar constancia de tres notas de su vida que tuve la fortuna de ser testigo personal y pueden contribuir a completar su biografía.

Un día, en que despachaba los asuntos civiles de la Fiscalía de Madrid, sobre los años 53 a 56, me encontré con un expediente de unión de apellidos, en el que se solicitaba el derecho a usar en la sucesivo como uno solo los de CUELLO CALÓN. A pesar de ser amigo del solicitante, nada supe de ello hasta este momento. Don EUGENIO quería que su nombre y doble apellido "de guerra", que había recorrido el mundo entero como rúbrica de su obra, obtuviera el refrendo oficial y pudiera perpetuarse tras él. El deseo era muy humano y legítimo. No era preciso el rigor ordinario de la prueba para acreditar la realidad de su reconocimiento público y privado. El hecho era notorio; notorio desde el punto de vista social. Por tanto, no precisaba de su demostración procesal. No hubo, pues, inconveniente en la Fiscalía ni en el Juzgado, ni, luego, en el Ministerio para concederle lo que tan justamente pedía. En lo sucesivo, el doble apellido CUELLO CALÓN podía ser usado como uno solo propio. Así se revalidaba lo que el mundo entero había sancionado y se fundaba una estirpe nueva en España, de raíz intelectual.

A don EUGENIO le sorprendió un día un modesto artículo mío, publicado en este ANUARIO, sobre el significado del Derecho penal especial, o mejor, de la parte especial del Código penal, la parte que él había cultivado con tanta asiduidad y maestría. Hube de decirle que ello había sido debido a la sugerencia del programa de oposiciones a la Carrera Judicial. Se interesó por el tema, porque insinuaba una interpretación psicológica de las figuras o tipos de delito que, por lo visto, había suscitado su atención. La misma preocupación sirvió para que en Venezuela, el profesor de la Universidad de Caracas don Rafael MENDOZA iniciara un curso sobre las bases del referido artículo y sirviera también de iniciación de una relación amistosa después mantenida.

Pocos días antes de morir y de trasladarse a Santander, en donde halló la paz eterna, tuve conocimiento que había manifestado su deseo de que no se olvidase su nombre entre los fundadores de la Escuela Judicial, de cuyo claustro formó parte como titular de la cátedra

de Derecho penal. Efectivamente, su nombre figura entre los fundadores, bajo la dirección de don Manuel DE LA PLAZA, con los profesores Casso, Alamillos, Serra Piñar, Hernández Gil, Beneyto, Pérez de Petinto y el que firma estas líneas, titulares de las disciplinas técnicas profesionales que forman el fondo de sus cursos de perfeccionamiento. Su nombre, por tanto, ha quedado vinculado a la joven institución judicial, cuya creación ha marcado ya su huella en la vida jurídica nacional. El deseo de don EUGENIO queda así de manifiesto con este público testimonio de viva realidad.

Cuanta veces me encontré con él divagando por las calles de Madrid, por rumbos inciertos, al saludarle y ofrecerle en el saludo mi estimación afectiva, contestaba invariablemente que había que moverse para evitar anquilosarse. Caminaba con pasos cortos y pausados, sosegadamente, como quien no tiene nunca prisa de llegar adonde sabe que siempre le han de recibir amorosamente. Tal fué la imagen de su propia existencia y vida intelectual. De pronto se marchaba, no se sabe por qué senderos desconocidos de la cultura jurídica nacional e internacional. Se perdía entre la fronda de sus cultivos penalísticos y volvía, con un haz de gavillas granadas a casa, que luego le servían para componer aquellos artículos monográficos en los que era maestro. Del propio modo que los había gavillado salían de su pluma, serenos, sencillos, metódicos y plenos de granazón informativa, que son modelo para los estudiosos. Su vida es un ejemplo y un magisterio, una fuente perenne de estímulo y sabiduría.

Pasó por este mundo trabajando y sembrando por doquier saberes de pena, penitencia y redención humana, que serán siempre fuente inagotable de consejo y guía. Don EUGENIO, le recuerdo con afecto y le saludo, reverencial y agradecido, como amigo, compañero y discípulo.

Don Eugenio Cuello Calón ante la problemática de la juventud inadaptada

JOSE MARIA LOPEZ RIOCEREZO, O. S. A.

Dr. y Profesor de Derecho Penal en el Real Colegio de Estudios Superiores de "María Cristina" de El Escorial

I

A los ochenta y cuatro años cabales, repletos de virtudes, prestigios y merecimientos, bien puede decirse que ha volado al templo de la fama este insigne varón, trabajador infatigable, pensador eminente y sabio penalista, llamado don Eugenio Cuello Calón.

Maestro de maestros, guía de la formación de juristas, destacada personalidad, especialmente en el campo del Derecho penal, cuyas obras han salido fuera de las fronteras patrias para servir de orientación y norma a estudiosos de todos los países, modelador de espíritus, propulsor de todo progreso y adelanto en el campo complicado y difícil de la parcela punitiva, patriarca intelectual de varias generaciones de hombres más o menos ilustres, debe ser contado en el número de aquellos varones ilustres y preclaros de que nos habla Salomón: "*Laudemus viros gloriosos et parentes nostros in generatione sua*".

Los que le tratamos, los que tanto le debemos, obligados nos sentimos en justicia a consagrarle, con el incienso de las oraciones, algo más que un recuerdo transitorio de mera fórmula, que ni encajaría con su carácter austero ni con el de este ANUARIO, del que fué su fundador.

Los que le conocieron y trataron no necesitarán de esta breve semblanza, porque otra mejor brotará de sus recuerdos; ya que la figura del penalista señor Cuello Calón era de esas que impresionan desde el primer instante, dejan huella en las almas y no se borran jamás.

Conocerle y admirarle, era todo uno. Sus amigos se contaban por legión; sin buscarlos, le buscaban; y él supo regar siempre con esmero el árbol de la amistad, cuyos frutos nunca recogió para sí, sino para cuantos de él frecuentemente necesitaban; pudiendo, a través de toda su vida, decir con el Sabio, "*videte quoniam non soli mihi laboravi, sed omnibus exquirentibus veritatem*".

Su rostro venerable, terso y sonrosado, su frente espaciosa y ancha, su dulce mirar y suave sonreír, sus finos modales, sin afectación, un tanto embarazados casi siempre por la cortedad y la modestia ingéni-

tas de su carácter tímido y bondadoso; la carencia absoluta de malicias y suspicacias en su conversación algo premiosa; su andar reposado y grave, cual convenía a su naturaleza recia y bien formada, infundían respeto, confianza y devoción; siendo algunas de esas cualidades exteriores indicios fieles del reposo de su espíritu siempre ecuánime y uniforme.

Habiendo escrito tanto y bien sobre los temperamentos y las pasiones jurídicamente consideradas, diríase de él que nunca sintió el influjo de éstas, o que, a lo menos, no las dejó traslucir, teniéndolas siempre a raya.

A pocos mejor que a don Eugenio podría aplicarse el *sortitus est animam bonam* de Salomón.

Y si hubiéramos de sintetizar su vida en una frase, para nosotros sería esta: *fué siempre un niño anciano*.

Anciano en su niñez y niño en la ancianidad. Niño por su naturaleza y sencillez, por la curiosidad de saberlo todo, de investigarlo todo; niño, en fin, hasta en las portadas de sus obras científicas, sin exhibiciones de ninguna clase y sin títulos honoríficos, si bien es cierto que él no precisaba de tales aditamentos que ni dan ni quitan ciencia, aunque a veces, no siempre, la supongan, para pasar honrosamente a la posteridad. Pues poco importan los reclamos y rótulos externos de los libros, si luego la sustancia es deleznable. Mas siendo tan jugosos como los suyos, bastaba el nombre de su autor y sobraba lo demás.

Su figura noble y su alma buena y generosa determina en sus diversas facetas un decidido e indiscutido sentimiento de admiración y respeto.

Maestro en la enseñanza desde que en sus años jóvenes se adscribe a la Universidad de Barcelona, donde explicó sus sabias lecciones hasta julio de 1936, siendo nombrado catedrático de la Universidad de Madrid en octubre de 1939, cargo que desempeña con extraordinaria capacidad, vocación y entrega, hasta el año de 1949 en que le fué otorgada la Gran Cruz de Alfonso X el Sabio, con motivo de su jubilación con la Cátedra, siente en su labor, no interrumpida nada más que por los años de nuestra Guerra de Liberación, el hermoso anhelo de elevar la cultura jurídico-penal de la juventud estudiosa, ya que la expresión "deber" no tiene en él un solo sentido de *cumplimiento*, sino de *sublimación*.

Barcelona y Madrid recuerdan con gran complacencia su paso por las aulas, su amorosa atención al estudiante, sus pedagógicas y bien ponderadas lecciones, sus diálogos con el alumnado, su visión certera de los problemas de formación y técnicos; su entrega, en fin, a ese alto y hermoso sacerdocio de la docencia universitaria en perfecta comunicación espiritual del profesor con los alumnos, del maestro con los discípulos y del sabio con los amantes de la ciencia.

Muchas generaciones de estudiosos han recibido las sabias enseñanzas y experiencias del señor Cuello Calón, volcadas sobre las múltiples promociones con el mejor estímulo y arte de enseñar.

En medio de esa niñez se destacaba su ancianidad. A la sencillez

de la paloma, sabía unir la prudencia de la serpiente en guardar su cabeza de contratiempos y adversidades, como no fuese que su deber demandase lo contrario.

Era pacífico por idiosincrasia, enemigo de discusiones y polémicas respetuoso con las opiniones ajenas, aplomado en sus consejos, firme y tenaz en sus resoluciones.

Como investigador acusa un relieve extraordinario. Es autor de numerosos artículos y notas en múltiples revistas prestigiosas, en particular en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, publicación que él fundó y con tanto acierto dirigió hasta los momentos mismos de su muerte, si bien su obra base más importante es el *Derecho Penal*, en dos volúmenes, y que a través de los años y de sus múltiples ediciones ha cultivado la mente de varias generaciones.

Su inteligencia señera huyó desde el primer momento de la rutina, del convencionalismo, y pugnó por afirmar sus ideas en la roca de la convicción por encima de toda escuela y sistema de partido, basando su Derecho en las altas cimas del Derecho natural e impulsando la creación legislativa en materia penal, que tanto había de contribuir a su plasmación en leyes, que luego supo actualizar y enseñar con el mejor estilo.

Todo ello, amén de sus muchos temas concretos de investigación de la más densa y recia urdimbre, le merecieron cargos importantísimos en la Administración del Estado y en el mundo científico literario.

“El fué quien representó a España en las Conferencias para la Unificación del Derecho Penal, de Varsovia, de 1927, y de Roma, de 1928, y en el Congreso Internacional de Derecho Penal de Bucarest, de 1929.

Fué el Delegado de España en la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria de Berna, hasta que esta Asociación acordó su ingreso en la ONU.”

Estudioso infatigable, recorrió varias veces las Facultades de Derecho de Bolonia, París, Berlín y Munich, en cuyas bibliotecas y archivos investigó detenidamente y de cuyo roce y contacto con los grandes Maestros de aquel entonces le vinieron aquella sensatez y ponderación innatas que se reflejan a través de todas sus publicaciones y trabajos.

Se ha dicho que el secreto de las grandes personalidades está en la proyección de su espíritu, no con miras al triunfo espectacular del momento —trabajo muchas veces de vanidad—, sino con vistas al bien de la sociedad con la cual conviven. Este amor a lo “distante”, es decir, a un bien permanente que asegure la vitalidad de la obra, es una de las características del penalista don Eugenio.

De él puede decirse, ciertamente, que en todos los campos a los que dirigió la atención y en los que puso la mano, entró asistido por una inteligencia clara, alta y amplia y por una rara cualidad de ánimo, que le hacía igualmente feliz en el análisis que potente en la síntesis,

grabando en todas sus obras la huella de la universalidad y de la maestría técnica.

Pero no fué un mecenas extraño o un teórico puro, satisfecho sólo con señalar un fin, dar una orientación y dejar después a los demás la ejecución completa. Su obra fué una contribución esencial y una dirección efectiva.

Sagaz en saber abstenerse de minucias inútiles, llegaba, sin embargo, a lo concreto y a lo particular, determinando con exactitud y sentido práctico el camino que había que recorrer para que el objetivo se consiguiera fácilmente, rápidamente, plenamente.

Su labor codificadora —de cuya Sección 2.^a de la Comisión General de Codificación fué presidente durante tantos años— es más que conocida y plasmada en la confección de múltiples leyes y reformas de nuestro Código punitivo vigente y en la revisión de no pocas de los Códigos anteriores.

Desde el primer momento en que es nombrado presidente de dicha Comisión dió comienzo a su tarea con el iluminado aliento de los grandes, afrontando animosamente el "*arduum sane minus*" y dedicándose a ella con incansable asiduidad, parte de cuyos frutos hemos podido recoger en la codificación última de 1963.

La Sección Doctrinal del ANUARIO, que durante varios lustros lleva estampada la firma del señor Cuello Calón, nos ofrece invariablemente su impronta personalísima: método, claridad y solidez, cualidades tan apreciadas por los especialistas de España y de más allá de las fronteras.

Prueba fehaciente del ponderado criterio jurista que siempre le distinguiera, son las repetidas veces que sus orientaciones y criterios, opuestos a los de otros penalistas preclaros, merecieron el refrendo de los Supremos Tribunales y el respeto de los grandes juristas hispano-americanos.

Fué Académico de número de las Reales Academias de Ciencias Morales y Políticas y de Legislación y Jurisprudencia; Miembro, por elección, de la "Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire", con sede en Berna, en 1955.

A su vez, queremos manifestar nuestro aplauso a esta gran figura del Derecho punitivo que, aparte de sus méritos científicos, supo destacar otros valores de más fina calidad, tales como su ejemplaridad en su misión de profesor universitario durante más de medio siglo y su sencillez y humildad que le ganaban universales simpatías, por su corazón naturalmente bueno y bondadoso, pudiendo decirse de él lo que del Señor afirmaban las gentes: "*Pertransiit benefaciendo*".

El nombre del catedrático de Madrid no sólo goza de extraordinario prestigio en los medios jurídicos de nuestra Patria, sino que es estimado con valoración suma en toda la doctrina punitiva del mundo occidental.

Contribuyen a ello tres órdenes de factores: sus relevantes dotes de dirección en la orientación de nuevos penalistas; su densa prepa-

ración y formación dogmática y sus valiosas aportaciones dentro de nuestras fronteras y en el ámbito de nuestros días.

En el tercer aspecto, que es el que al presente más nos interesa, queremos destacar la profundidad de sus pensamientos y sus certeras orientaciones en la enorme problemática del menor inadaptado del presente momento.

II.

De todos es más que conocida la gravedad del problema de la delincuencia, al que raras veces se ha procurado dar un aporte efectivo a la solución del mismo.

Es, en realidad, un serio problema que cada día se agudiza y se va haciendo más grave, sobre todo, entre los menores por su rapidez asombrosa dentro del campo juvenil.

Este vasto problema de la delincuencia de los menores toma una importancia mayor, ya que lógicamente comprendemos que el que en la juventud se inició por este camino, indefectiblemente llegará a ser más tarde un delincuente profesional.

De aquí surge la imperiosa necesidad de ir en socorro de la solución del problema de la juventud inadaptada, como una de las medidas más inteligentes para la solución total del mismo en toda su amplitud, al par que para salvar a una juventud desorientada, para que en lugar de ser un lastre y pesadilla de la sociedad sea un elemento útil y provechoso de la misma.

Ante este pavoroso problema surgió la muy meritoria y fructífera *Obra de Protección de Menores*. La magnitud y complejidad de los problemas de la infancia y de sus soluciones requieren la multiplicación de nuestros esfuerzos, y ésta es la razón y el por qué día tras día sigamos llamando la atención con miras a una pronta y urgente solución de los mismos, ya que a todas nos afectan.

Sólo en la infancia puede encontrarse, de verdad, una esperanza para el futuro, y es sólo en la juventud, en esos rasgos sublimes de los menores, en los que hallamos la poesía para continuar viviendo y la ilusión para luchar por un mundo mejor, que quizá no veamos nosotros pero que queremos que se logre para ellos.

“Por eso —nos dirá el señor Cuello Calón— nuestra responsabilidad es grande. Por eso, queremos llegar al corazón de los hombres conscientes y hacerles partícipes de esta honda preocupación de recuperar al niño abandonado, vagabundo, licenciado, inadaptado, tarado fisiológicamente o arrastrado al mal por el pernicioso ambiente en que viva, para que cooperen con la Iglesia y el Estado a crear el clima y mejorar o multiplicar las instituciones preventivas, protectoras y reformadoras de la infancia necesitada.”

Creemos nuestro deber dirigir estas líneas a todos los que con buena voluntad deseen sinceramente colaborar por ese mundo mejor a que aspiramos para nuestra infancia, para que, con lo que cada uno pueda y sepa y desde el puesto en que se halle situado, de autoridad, padre,

sacerdote, maestro, educador, empresario, sociólogo, médico o jurista, cuiden de la infancia a ellos encomendada, tomando como ejemplo el amor que Jesucristo sintió por los niños, hasta lograr una auténtica coadyuvación de la sociedad con la Iglesia y el Estado en la trascendental tarea de formar un mundo nuevo, más justo y más cristiano.

En todos los países del mundo ha constituido honda preocupación la delincuencia juvenil e infantil, buscando los medios para hacerla decrecer y, sobre todo, para encauzar al delincuente precoz por el camino de la rehabilitación.

El estudio de la inadaptación infantil no es cosa nueva. En esta cruzada es España una de las naciones que más se adelantaron al problema y más empeño ha puesto, a través de los Tribunales de Menores, Escuelas Profesionales y de Corrección, Reformatorios e Instituciones privadas y estatales, en la solución del mismo, existiendo dentro de nuestra nación misma bastante bibliografía sobre este particular.

Aquí, en España, aunque no abundan las verdaderas clínicas psiquiátricas y apenas si se estudia esa asignatura en la carrera de Medicina, existen establecimientos de observación y centros de estudios psicopedagógicos, donde se dispone de un departamento de esta clase y un laboratorio de psicología experimental para el estudio del niño con miras a su reeducación.

A su vez, en casi todos los Hogares, Escuelas de Reforma, Casas de Menores y Escuelas de Trabajo y Profesionales, funcionan departamentos de este género y observación donde, además de hacerse todas las investigaciones de los problemas de orden técnico, relacionados con los menores, se prepara un personal adecuado para estas investigaciones y para la educación y tratamiento de aquéllos.

“Desde la segunda mitad del siglo XIX, el problema de la criminalidad de los menores ha sido atendido con verdadero cariño, no solamente por los juristas, sociólogos y médicos, que han tratado de indagar las causas y los remedios de esta delincuencia, sino también por los legisladores, que han consagrado especial interés a esta cuestión y por los filántropos, que han dedicado su generosa actividad al enderezamiento moral de estos niños y adolescentes” (1).

Los dramas de los menores constituían la historia de la incuria social, y esta historia comenzaba a ser demasiado voluminosa, demasiado fratricida y desmoralizadora para que se tolerara su acrecentamiento con nuevas páginas llenas de infamias, de lágrimas y de sangre.

De poco tiempo a esta parte —sería injusto negarlo— se operó dentro de nuestras fronteras un saludable despertar *pro infancia*, y como consecuencia del mismo nacieron todo ese conjunto de instituciones benéficas, privadas y estatales, que tantos cuidados vienen prestando a no pocos de nuestros pequeños enfermos morales.

Si repasamos la historia de los primeros lustros de lo que va de siglo, veremos cómo nada se hubiera conseguido de no haber puesto la Providencia al servicio de una causa tan noble como generosa a

(1) CUELLO CALÓN, Eugenio: *Tribunales para Niños*, pág. 5. Madrid, 1917.

hombres de temple moral, de alta calidad humana, de la recia formación jurídica y de la sana formación religiosa de un Tolosa Latour, o un Gabriel María de Ibarra, o un Montero Villegas, Eugenio Cuello Calón, Ramón Albó, por no citar sino a estos solos entre los muchos que aportaron sus grandes condiciones humanas a la monumental obra de rescate, para la sociedad, de los pequeños inadaptados y predelincuentes morales.

En el año 1917 el entonces catedrático de la Universidad de Barcelona publicaba ya su obra *Tribunales para niños*, afirmando en la misma que “el tratamiento aplicado a los mismos era ya por aquel entonces estrictamente pedagógico y tutelar. No hay duda acerca de ello, todos están conformes: los penalistas, los juristas, los sociólogos de las más opuestas direcciones, lo proclaman” (2).

A partir de aquel momento, venciendo, el bueno de don Eugenio, dificultades inevitables, con su abundante caudal de conocimientos y con su asidua y constante llamada y colaboración, consiguió que la defensa de la infancia desvalida y delincuente se desarrollara en nuestra patria con progresivo ascenso.

Este quijote de la niñez, tachado de platónico y utópico, publicaba años más tarde su *Criminalidad infantil y juvenil* y *El delito de abandono de familia*, frutos de una auténtica consagración en defensa y protección de la juventud de aquellos días, según testimonio del mismo autor, cuando nos dice: “Precisamente lo que me propongo años hace, lo que inspira mis libros y me sostiene en las pacientes investigaciones para descubrir valerosamente el mal, el vicio, todas las formas de la criminalidad juvenil, es el afán de conmover a las almas buenas, y el propósito de desvanecer sus doradas y fatales ilusiones para que *procedan* con fe y vigor en la obra de la regeneración infantil.”

Aparte el hecho psicológico de que cada autor tiene un temperamento propio y que por razones de estudio, de ambiente, de finalidad social, se dedica con más o menos ahinco a establecer aquellas verdades positivas que considera útil ilustrar, debe además tenerse en cuenta que cuando un escritor ha comenzado —no diré si bien o mal— a recorrer un camino, debe continuarlo hasta el fin. Sería obra incompleta, imperdonable vanidad, detenerse en la mitad del trayecto por no haber recogido algún fruto o por haber podido consignar algunas pequeñas y parciales victorias.

De aquí que el señor Cuello Calón, comprendiendo su misión y el alcance del camino emprendido, dedicara la tercera ponencia para el I Congreso Hispano-Luso-Americano y Filipino Penal y Penitenciario, celebrado en Madrid en julio de 1952, al *Tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*, en la que desarrolla un programa completo de criminología juvenil.

El propósito de su autor no es ofrecer una tesis o una monografía más; por el contrario, ha pretendido proporcionar una minuciosa y

(2) CUELLO CALÓN, Eugenio: Obr. cit., pág. 8.

selecta sistematización de criterios doctrinales, históricos y positivos cuya búsqueda, entre tanto como se lleva escrito y trabajado en la materia, revela lo improbable de la tarea realizada.

No trata de dar soluciones rotundas, se conforma con ofrecernos una ordenada exposición de resultados obtenidos en el campo de la criminalidad infantil, la serena apreciación de causas que constituyen su etiología y la crítica ponderada de instituciones o métodos en la lucha contra este sarampión de la sociedad de nuestros días.

El ensayo citado, asequible a todos los públicos, tiene el mérito de conjunto de su equilibrado criterio y de su rica y sólida documentación bibliográfica, de inestimable valor orientador para el estudioso.

El mundo infantil debe al profesor y sabio penalista mucho más de lo que se imagina.

Una de las lecciones más expresivas que se derivan de las publicaciones del señor Cuello Calón es, sin duda, el carácter realista y profundamente humano de todos sus ensayos, que en el llamado mundo moderno ha caracterizado a sólo determinadas figuras privilegiadas.

Infatigable investigador intentó, casi siempre con éxito, reconstruir alrededor del alma del niño el ambiente de familia, porque en el transcurso de su niñez había tenido a la vista el espectáculo educador y había sentido la inefable dulzura de un hogar donde había cariño. Toda su vida nos dará en parte la clave de su misión educativa.

Ante esta realidad, que es uno de los esenciales pilares de la política social del Movimiento, es justo recordar lo que ha sido la actividad de don Eugenio en esta problemática de la juventud inadaptada.

Los frutos no pueden ser más lisonjeros y fecundos. La gran batalla, como otras muchas, de la recuperación juvenil, está ganada dentro de nuestras fronteras. Acaso no se comprenda por todos, con la objetiva y precisa apreciación de su valor y significado, la magnitud de lo que se ha conseguido al dotar a las juventudes de unos principios sólidos, sanos y de eficaz participación en los grandes quehaceres nacionales. Por lo mismo, es pertinente el recuerdo de hombres como don Eugenio para mantener vivo ese fervor que hoy anima a la mocedad que está preparándose para afrontar en un futuro próximo actividades y responsabilidades de mayor importancia.

Son muchos los rescates que se han logrado en estos últimos tiempos. Pocos, sin embargo, pueden revestir el mérito y derivar las felices consecuencias que tiene el presente de dar a la juventud una nueva conformación, ofreciéndole unas perspectivas y garantizándole unas seguridades.

No soy pesimista; creo en el bien, en la virtud; mas para que aquél y ésta triunfen, es preciso desenmascarar no sólo a los indiferentes y despreocupados, que pretenden desconocer el problema, sino levantar todos los velos que cubren las humanas miserias y, entre éstas, las mayores que brotan purulentas de la criminalidad infantil. Cubrir las sería obra antisocial e ilusionismo retórico.

En la historia de todo este movimiento filantrópico poco hay tan interesante, dentro de nuestro suelo patrio, como la labor callada y re-

coleta llevada a cabo por nuestro académico de Ciencias Morales y Políticas a favor de la infancia abandonada.

El sólo merecería un estudio, y, desde luego, un largo examen sería necesario para darlo a conocer en toda su extensión, con todos los múltiples detalles que lo convierten en admirable ejemplo de heroísmo, de perseverancia, de jamás desmentido y siempre fecundo amor al menor.

No tenemos la pretensión de dar idea exacta en unas breves páginas de su labor y sistema reeducativo a través de sus libros, folletos, conferencias, trabajos y artículos, en sus diversos aspectos, pero es de tal importancia esta su tarea de protección a los menores que resultaría imperdonable no destacarlo en este homenaje general a tan destacado como ilustre maestro, que ha tenido en nuestra península un papel análogo al de Don Bosco en Italia, al de Bernardo en Inglaterra y al de Wichern en Alemania, sin casi otros medios y recursos que los de su constancia y su fe.

El doctor Donald Mc Johnson, miembro del Parlamento inglés, menciona a nuestra patria como el único de los países occidentales que se está salvando en gran parte de la criminalidad infantil.

“Puedo mencionar el hecho, dice—frecuentemente omitido, pero que, sin embargo, es muy significativo—de que las cifras más bajas de la delincuencia juvenil en Euorpa han sido conseguidas por España.”

“Tal vez exista, claro está, alguna relación con otros fenómenos sociales de ese país tan calumniado, tales como la importancia que la Iglesia, el Estado y el pueblo en general conceden a la vida familiar; el nivel victoriano de moralidad (a la que constantemente la prensa británica se refiere en términos adversos) y la notable ausencia de esa opinión según la cual la felicidad puede medirse tan sólo por la cantidad de bienes materiales, y que la posesión del dinero es el mayor bien de la humanidad” (3).

Psicólogo perspicaz, no se contenta ni le satisfacen las máximas de una pedagogía escolástica, y penetrando en las almas y en los hechos, advierte que acudimos tarde a corregir al hombre cuando hubimos descuidado al niño.

Larga y variada ha sido la contribución que nuestro catedrático ha prestado a la hoy llamada sociología criminal del menor. No me es posible examinar aquí detalladamente tan considerable obra, útil no sólo porque él la reputa como experimental, sino porque—y ésta es su mayor alabanza—aporta las propias observaciones de su autor, que son múltiples y acertadas.

Sería una verdadera injusticia no tributar aquí el debido homenaje a su obra por la juventud en peligro, cuya brillante historia en pro de la misma, al reducir al mínimo sus caídas, dentro siempre de las normas del espíritu evangélico y guiado por un profundo sentido vocacional y apostólico, sin el cual su labor perdería eficacia o sería estéril,

(3) M. V. WAKEFIELD-RICHMOND: *En donde la juventud está libre de crímenes*. 1961.

lo asevera el testimonio irrefutable de los hechos, contribuyendo de este modo de engrandecimiento de la Patria, que es, en última instancia, contribuir a la formación de un mundo mejor, tan ardentemente ansiado por los Sumos Pontífices y por la Iglesia en general.

Hoy, aquella figura amable, sencilla, pequeña y soñante de don Eugenio, ha desaparecido. La personalidad del ilustre profesor, figura patriarcal y prestigiosa, tanto en la cátedra como en el foro, es conocida no sólo en nuestras fronteras sino también fuera de las mismas.

Sus laureles científicos, la altura de su nombre, la aureola de su fama, nada eran y nada significaban para el hombre humilde, condescendiente y ejemplar, al par que dechado de honradez.

"Dilectus Deo et hominibus cujus memoria in benedictione est", descanse en la paz de Dios este varón insigne que pasó por la tierra prodigando el bien y supo prestigiar su profesión con celo magnífico por la capacidad extraordinaria de su trabajo.

Sobre el sepulcro donde reposan los preciosos restos del señor Cuello Calón quede depositado este manojito de siemprevivas, este elogio y recuerdo perenne a su memoria, amada en vida y llorada en muerte por cuantos le hemos conocido y tratado, ya que él nos dejó tras de sí una huella imborrable de ciencia y de trabajo, de quien podemos decir no pocos: *"oculta sapientiae tuae manifestati mihi"*, y de quien, piadosamente juzgando, hay motivos para creer que hoy se halla revestido con la estola de gloria y alegría en la región luciente, en la única verdadera *Ciudad de Dios*.

Es, pues, acreedor al recuerdo, a la gratitud y a las oraciones de cuantos nos hemos beneficiado de sus lecciones y enseñanzas.

Invitamos a los lectores del ANUARIO DE DERECHO PENAL que, después de haber admirado la figura venerable de don Eugenio Cuello Calón, honra y prez de nuestras ciencias jurídico-penales y del sacerdocio de la enseñanza, dirijan a Dios una oración por su alma.

Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo

PROF. DR. JAIME MASAVEU

De la Universidad de Madrid y la Escuela de Estudios Penitenciarios

O F R E N D A

A la memoria del que fué patriarca de los penalistas españoles y guía seguro de discípulos, don Eugenio Cuello Calón, ofrezco este breve estudio. Siempre las dos vertientes del mundo de la delincuencia—la criminológica y la penológica—ocuparon y preocuparon al maestro. Su revelación como criminalista surgió, siendo colegial en Bolonia, con una monografía titulada La mafia. Y hace pocos años ha vuelto sobre la primitiva Penología, actualizando aquella obra—escrita en horas de relativa juventud—con desusado vigor ideológico, madurez fecunda y documentación muy completa.

Un tema de defensa social, jurídicamente proyectado, podría entonar con la pervivencia de nuestro recuerdo. Es cuanto me ha movido a escribir así.

J. M.

PRIMERA PARTE

I

LA DEFENSA SOCIAL

Como todo lo que existe, la sociedad tiende a su permanencia en el ser—*sum se conservare*, sentenció SPINOZA (1632-1677)—: si es atacada, precisa defenderse. Su persona jurídica, el Estado, conoce enemigos exteriores, las naciones rivales o, simplemente, no amigas; y conoce enemigos interiores, los delincuentes, que por serlo de la sociedad, lo son suyos. Así, la defensa ha de ser doble: contra aquéllos—los enemigos de fuera— es *defensa militar* o *defensa nacional*; contra sus propios delincuentes, *defensa penal* o *defensa social* (1). A saber: la pena no sólo envuelve designio moral de ejemplaridad, “castigo”, sino mero propósito social de “defensa”. Su filosofía es *utilitaria*, no dogmática. Aún pudiera añadirse—¿podría, en verdad?—que su primera razón

(1) Vid. SALDAÑA, *Los Orígenes de la Criminología*, V. C. (Madrid, 1915).

de ser no es la *justicia*—con ser la pena por esencia acto jurídico—, antes bien, la *necesidad*.

La pena excluye, pues, todo romanticismo, *a priori* y *a posteriori*; de igual modo incluye toda idea y todo hecho de severidad, social y jurídica. De su fórmula precisa, en la metafísica del Derecho, se salta a su enunciado exacto, según el positivismo naturalista. Como los tejidos vivos—dijo la autoridad de FERRI (1856-1929)—, la sociedad reacciona ante todo ataque-excitación. Y la *defensa social* clásica se convalida entonces como reacción social.

II

LA PREVENCIÓN DE SEGURIDAD

A tres décadas de distancia, nuestro SALDAÑA (1878-1938) escribía (1 bis): “El régimen futuro se anuncia como una realización extrapenal. En él los delitos no deberán hablar al instinto, sino a la razón; y, como antes pedían al sentimiento de venganza una *pena*, ahora se alzan esos crímenes mostrando a la conciencia social de seguridad una *medida*. De la “acción impulsiva”, que es aquélla, a la “acción reflexiva”, que ha de ser ésta, corre todo el proceso de la cultura jurídico-penal. Tal promete ser, un día, la *reacción defensiva* que es reacción de garantía o de seguridad... Según leyes históricas y datos de la evolución social, la medida de seguridad puede sustituir a la pena” (2).

Con hallarse unidas en el vértice común de una télesis, nada tan pugnante como *pena* y *medida*. Las “penas” son sanciones jurídico-penales que la Ley conmina y la Justicia impone al delincuente. “Medidas” son medios sociales aseguradores (2 bis) que diferentes órganos—la Magistratura unas veces, otras las Autoridades gubernativas—aplican al peligroso, si bien hoy las tendencias conceptuales y realizadoras se diversifican (2 ter).

Las penas, según el maestro VON LISTZ (1851-1919), son “consecuencias jurídicas” del delito objetivo; las medidas, no otra cosa que *secuelas sociales de la peligrosidad o estado subjetivo de peligro social*.

(1 bis) *Nueva Penología*; pág. 92 (Madrid, 1931).

(2) Hasta 1926 (I Congreso de la *Asociación Internacional de Derecho Penal*, celebrado en Bruselas) no se planteó concretamente en una asamblea científica, la alternativa de las medidas de seguridad como coadyuvantes o sustitutivas de la pena; predominando en la resolución tomada un ponderado eclecticismo. Saldaña que presidía aquella sesión, se abstuvo de votar; empero, poco tiempo después, desvela su silencio.

(2 bis) Así lo ha entendido la *Comisión Internacional Penal y Penitenciaria*, cuando recomienda el nombre de “Medidas de defensa social” o de “Medidas de protección” (Resolución de 6-VII-1951. Vid. *Recueil des documents en matière pénale et pénitentiaire*, 1947; pág. 481).

(2 ter) Un acertado resumen informativo hace el Prof. CUELLO en su reciente obra, *La moderna Penología*, tomo I (único publicado hasta la fecha), Cap. V, y a él me remito (Madrid, 1958).

Si la pena-castigo era dogmática y la pena-defensa es utilitaria (3), la medida de seguridad será pragmática (4). No opera ésta al servicio de “principios”, ni codicia “fines”; actúa en busca de “resultados”.

III

DEFENSA SOCIAL CONTRA EL BANDOLERISMO

Entenebrece la historia de los países meridionales el bandolerismo; que ningún Estado—salvo España—supo o quiso reprimir con parangón de adecuados medios. Un sentimentalismo desviado, de tipo popular; intereses probados entre bendidos y gentes de alcurnia, nobles o políticos; el miedo y la cobardía universales, en fin, impedían que la sociedad montase seriamente su defensa contra el bandido.

Enemigo moral del orden, de la libertad, de la vida y de la propiedad era éste; mas tanto como él, acaso—compréndanse bien estas palabras—lo era, en la opuesta margen, la realeza con su orgía de *indultos* (5), otorgados casi todos, para dolor de la divina Justicia, en día de Viernes Santo. Salió al paso de semejante abuso, en nuestra patria, la llamada “ley de fugas”, como medida de seguridad socialmente forzosa, si bien antijurídica y no admisible (6).

Veamos de qué suerte y con qué modalidades se defiende España contra el bandido:

A) *Las Cuadrillas*.—Perseguir a los malhechores de los caminos, se proponían las Cuadrillas o Juntas de vecinos de la comarca vejada. En 1245 ya obtienen de Fernando III (de 1217 a 1252) su primera aprobación esas “Cuadrillas de gente armada”, cuya asociación o coordinación máxima era la venerable “Santa Hermandad”. Malhechores de los caminos reales fueron los antiguos bandidos, que se agrupaban para el ataque en “bandas o cuadrillas”; por donde la lucha se había de entablar entre “cuadrilleros”, pero de bien opuesta catadura. Asimismo, era de doble y muy distinta condición la “hermandad” de unos y otros, que ahora diríamos: policías y bandidos.

Cierto que, según el *Fuero de las Cavalgadas*, esos cuadrilleros del bien procedían un poco a la manera de los otros, repartiéndose el botín ganado en cada incursión o “cabalgada”. A saber, que la Santa Hermandad perseguía a los bandidos, pero tan de cerca que, en parte—a las veces—imitaba sus métodos. Se nominaban así las Cuadrillas porque la Santa Hermandad dividía sus huestes, para cada región, en cuatro ramas o secciones (6 bis): no pudiendo afirmarse que los cuadrilleros

(3) Véase anteriormente, I.

(4) Puede verse el número 5, Cap. VIII de la Primera parte de nuestra obra, *Nueva dirección española en Filosofía del Derecho penal* (Madrid, 1942).

(5) Véase más adelante, B) *Las medidas de seguridad*.

(6) Véase más adelante, b) *La ley de custodia*.

(6 bis) A través del tiempo, la Novísima Recopilación (Lib. XII, Tit. XXV,

—todos honrados—fuesen hombres de calidad. Lo que, sin buscar más lejos, por la lectura de diversos pasajes del *Quijote* puede inferirse (7).

Fenómeno de interés es éste: cómo las cuadrillas de bandidos reducen su planta a través de los siglos. Tal es la distancia numérica, desde la que capitaneó Pedro de Rocaguinarda, llamado Roque Guinart o Guñarte (personaje con realidad histórica, n. 1582), integrada por sesenta bandoleros (8), hasta aquellas que, corriendo el ochocientos, hacen su solar de nuestra Andalucía, como la de los *Niños de Ecija*, compuesta de sólo siete, según conocimiento popular, aunque de contenido variable, y más de un vez renovado (9). Poco a poco iba perdiéndose el estilo colectivo, casi corporativo, de la “Cuadrilla” (10).

B) *Las medidas de seguridad*.—No penas inciertas, y ni siquiera procesos insignificantes, requería el bandolerismo andaluz, por la segunda mitad del ochocientos, sino expeditivas e irremisibles “medidas de seguridad”, entonces practicadas sin este nombre. Así, cuando don Francisco SILVELA (1845-1905), —para quien el bandolerismo andaluz había surgido “con todos los verdaderos caracteres de una cuestión social”— interpelaba desmayadamente, en el Congreso de los Diputados, al ministro de la Gobernación, sobre la represión del bandolerismo, más bien parecía justificar que incriminar—por virtud conocida de los contrarios lógicos—aquella gesta gubernativa de don Julián de ZUGASTI (1837-1915), que regentaba la provincia de Córdoba (10 bis). En efecto, el ministro no había “tenido, respecto de esa cuestión de orden público, más principio que el aforismo médico, *quod medicamentum non sanat, ferrum et igneo sanat*; y el hierro y el fuego han sido los medios a que apeló con frecuencia en esta cuestión del bandoleris-

especialmente la Ley III), recoge y puntualiza diversos extremos relativos a los Alcaldes de la Hermandad y a los cuadrilleros.

(7) Véase, entre otros, el Cap. XVII de su Parte Segunda.

(8) Véase en la Parte Segunda de la obra inmortal, el capítulo LX, donde Cervantes es un manadero de ironía, sin descuido —al enfrentarse con la personalidad de Roque Guinart— para las características de generosidad y gallardía, legendarias en el bandido español.

(9) Nos atenemos nosotros al texto legal del *Edicto* de llamamiento y persecución, hecho pregonar por la Audiencia de Sevilla el día 1 de julio de 1817, siendo ahorcados, poco después, todos ellos, menos el que fuera celebrado torero, José Ulloa (a) “Tragabuches”, que logró fugarse (Por la pluma del caudaloso novelista Manuel Fernández y González (1821-1888) pasan las más conocidas figuras del caso bandolero español. No podían faltar *Los Siete Niños de Ecija* —Madrid, 1863. Otras ediciones madrileñas son las de 1866, 1875, 1883-85 y varias más sin indicación de año—. En cercana fecha —1959—, José María Gutiérrez, Conde de Colombí, escribe un apasionado pásculo, defendiendo esta tesis: “Los Siete Niños de Ecija ni eran siete ni eran de Ecija”. Quizá, andando el tiempo, se me ofrezca ocasión de volver sobre tan curioso trabajo que no parece oportuno glosar aquí).

(10) Excepción fue la de José María (a) “el Tempranillo”, que llega a tener bajo sus órdenes hasta cincuenta “caballistas”; cifra sujeta, sin embargo, a notables variaciones. AGUILAR Y CANO, en su “Historia de Estepa”, la reduce a solo dieciséis, no faltando quien, por el contrario, la eleva hasta setenta.

(10 bis) Fue después Gobernador de Madrid, habiendo desempeñado, asimismo, otros cargos políticos.

mo (11). Según SILVELA, "del 15 de septiembre al 15 de octubre, contando sólo los datos que arrojaban las columnas de *La Correspondencia de España*, aparece han muerto sesenta y tantos al fugarse de manos de la Guardia Civil" (12). Como los diputados de oposición, en sesión del día 23 de diciembre, pretendiesen elevar la cifra de los bandidos "fugados" a doscientos, la respuesta del ministro don Nicolás María Rivero (1814-1878) redujo esa cantidad: "Pues son noventa y seis—dijo—; pero en toda España".

Tal es el precedente histórico español de la última entre las actuales medidas: *la muerte como medida de seguridad*, aplicada más tarde en Norteamérica contra los "gansters", cuya tipología social-criminal, dentro del bandolerismo, es el bandolerismo urbano (13), deformación y transformación moderna de aquel otro que muere con el siglo pasado (14).

Dos formas conocidas se practicaron en la España romántica y pragmática también—flagrante antítesis—del bandolerismo yugulado: la "ley de fugas" y la "ley de custodia".

a) *La "ley de fugas"*.—No otra cosa es, como se sabe, que la ejecución expeditiva de los bandidos, bien en pleno monte o a lo largo de una conducción por carretera, alegándose luego la intentada evasión, que no raras veces fué lograda.

Aplicar la "ley de fugas" es un acto moral y legalmente prohibido, que repugna al sentido de la justicia, a pesar de que los crímenes del bandolerismo, singularmente el robo en despoblado y en cuadrilla, el secuestro, etc., estuviesen castigados con la última pena. Pero en ningún aspecto, si no es en el tristemente irremediable de la consumación, pueden considerarse válidas las anticipaciones de sentencias todavía inéditas.

b) *La "ley de custodia"*.—Así pudiera llamarse, atendiendo al momento en el que se hace realidad.

Recibido el presunto reo por fuerzas de custodia, para ser guardado o para ser conducido, esas fuerzas responden de él, y cuando están en riesgo de perderle, ante la presencia o el ataque de grupos libertadores, llegan a ejecutarlo. Es un modo de defensa legítima indirecta, contra el detenido mismo; pues los libertadores procedieron hallándose de acuerdo con él para atacar a sus custodios.

(11) *Diario de Sesiones*, diciembre de 1870.

(12) Loc. cit. en la nota anterior.

(13) El área criminal de Chicago ha sido descrita de mano maestra por WALTER NOBLE BURNS en su libro *Viaje sin vuelta*, título tomado de la "Bribia yankee". En el subtítulo pone ya los hitos de la narración: *La senda roja de Chicago, desde la prohibición alcohólica hasta Jake Lingle*. (Fue traducido al español por L. Novas Calvo y se publicó en 1933). No sería lícito silenciar, tratándose de este tema, la divulgada obra de GEO LONDON, *Dos meses con los bandidos en Chicago*. (Hay una deficiente versión española de M. V., Barcelona, 1931).

(14) Véase nuestro estudio *Relieve sociológico-penal de la Piratería*. Segunda Parte, IV, págs. 119 y 120 (Zaragoza, MCMLXII).

C) *Los indultos*.—En el plano superior de las teorías incide el tema de la “penalidad del bandolerismo”, en el que, con negativo trazo, se injertan los indultos.

Condenado desde el setecientos en la filosofía penal por César Bonasana, marqués de BECCARIA (1738-1794) (15), y muy reducido en su posible aplicación por nuestro Lardizábal (¿1750?-1820) (16) —“espíritu hijo de los enciclopedistas”, en frase de un biógrafo (17)—, el indulto, si se prodiga, merece señalarse como un auténtico *factor legal de la criminalidad*. Nos importa ahora dejar constancia de su eficacia histórica, concretamente como factor legal del bandolerismo en España. Veamos:

Un día —era el 22 de junio de 1833—, a Juan CABALLERO (1804-1885), titulado “Rey de Sierra Morena” (18), le fué concedido indulto por el monarca de España: a él y a todos los suyos. El bandido se retira a su villa natal de Estepa, y todavía, durante cincuenta y dos años”, pudo disfrutar muy regaladamente el capital arrancado con la vida a sus infinitas víctimas —dice bien el comandante GARCÍA CASERO— en una larga carrera de malhechor en cuadrilla”.

José María *Hinojosa*, más conocido por “el Tempranillo” (1805-1833), pues se inició mozo en el oficio de saltar, tipo representativo del bandolerismo romántico, mitad novelesco, mitad histórico, es indultado en el mes de agosto de 1832 por FERNANDO VII (de 1808 a 1833), un año antes de su muerte (19). Y le da el rey tratamiento de

(15) Vid. el Cap. VIII, número 4, del mismo libro en cualquiera de sus numerosas ediciones. La *princeps* data de 1764, Livorno; apareciendo la primera española diez años más tarde en Madrid, traducida por don Juan Antonio de las Casas. Última que en lengua española ahora recuerde, es la de 1930 que lleva un bello y documentado *Estudio Preliminar* de QUINTILIANO SALDAÑA. En una centuria le había precedido como glosador de aquellas páginas, “el ciudadano” RAMÓN DE SALAS (*Comentarios al Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid, 1836).

(16) En su *Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, habla reiteradamente de la “irremisibilidad” de las penas (Cap. II, págs. 49 y 57 de la 1.ª edic. Madrid, MDCCCLXXXII). Si bien, poco después, aclara así su pensamiento: “No pretendo excluir por esto absolutamente los indultos y clemencia del Príncipe”; añadiendo que la clemencia “es la más bella prerrogativa del Trono y ejercitada con prudencia y sabiduría, puede producir admirables efectos” (págs. 58 y 59). En verdad, apenas se diferencia aquí de Beccaria; que por algo se le llamó “el Beccaria español” (SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de F. von Liszt*, vol. I, página 366. Madrid, 1914). Un extenso paralelo entre ambos penalistas puede verse en la última parte de nuestra *Contribución al estudio de la Escuela Penal española* (Madrid, 1922).

(17) GERARDO DOVAL, *Manuel de Lardizábal y Uribe*, en *Jurisconsultos españoles*, III, pág. 85 (Madrid, 1914).

(18) Así se llamó también por el pueblo a su paisano, amigo y camarada de profesión, José María (a) “el Tempranillo”, del que a continuación hablamos en el texto.

(19) Sólo cinco días separan el fin terreno de indultador e indultado: los que van del 24 al 29 de septiembre, año 1833, como dicho queda. (Yerra ciertamente la *Enciclopedia universal ilustrada europeo americana*, al escribir en su artículo *Bandolerismo*: “En 1854 O'Donnell concedió una amnistía general de la

“don” en la credencial que a su favor extiende de “Comandante del Escuadrón franco de Protección y Seguridad pública de Andalucía”; si bien esto se halla falto de pruebas. Con él fueron graziados los bandidos de su cuadrilla y otros más que a ella no pertenecieran.

De Luis Borrego, teniente de la partida de “el Tempranillo”, acogido a indulto, se sabe que por la honradez y méritos de la conducta, llegó a nombrársele alcalde segundo de la villa de Benamejí, falleciendo luego, de muerte natural, en Córdoba. Y hubo de vacilar más de la cuenta José Carrascoso Gamboa (a) “el Maruso” (¿1832-1870?), bandolero rumboso, en la elección de padrino para obtener su indulto, idea que venía obsesionándole tan prolongadamente que fué muerto antes de realizarla.

No deja de ser expresivo que, durante la primera Guerra carlista —de 1838 a 1840—, el bendido Curro *López*, ahijado de la duquesa de Alba, “privado del todopoderoso apoyo de su madrina” —fallecida en tanto se instruía su causa en la Audiencia de Cádiz—, fuese, al fin, “agarrotado sin piedad”. Antes, en casos parejos, ella había obtenido el favor real para este protegido suyo (20).

Con toda razón, los tratadistas Constancio BERNALDO DE QUIRÓS (1873-1959) y Luis ARDILA glosan: “Zugasti recurrió a la ley de fugas seguro de que, de haber entregado los malhechores a los Tribunales, más de una vez hubieran logrado la impunidad en un país en que todo lo podían el favor y el compadrazgo” (21). Reconocen que “esta represión... logró plena eficacia” (22).

Se extiende el bandolerismo por tierras de la Mancha Alta, en el ochocientos sesenta, habiendo dejado fama en la Serranía de Cuenca el bandido Francisco *San Nicolás*, que, a más de los caminos, asaltaba las aldeas, repartiendo luego el producto del saqueo entre los pobres. Por eso era difícil su detención (23). Perseguido de cerca, un día imaginó el ardid de entregarse a la misma Reina Regente, MARÍA CRISTINA (de 1833 a 1840), esperándola a su paso por el camino de Tarancón, cuando ella iba en busca del que había de ser su esposo, el guardia de Corps, Agustín Fernando Muñoz, más tarde teniente general y duque de Riánsares (1808-1873). Allí, ante el coche real, fué a hin-

que se aprovechó José María...” (Tomo VII, pág. 534). Por aquellas fechas nada podía aprovechar ya al popular bandido, si no era la misericordia divina.

(20) La víspera de su ejecución compuso en la cárcel esta copla, cantada luego por todos los arrieros de la Baja Andalucía:

“¡Ya se murió mi madrina,
la duquesita de Alba!
¡Si ella no se me muriera,
a mí no me ajusticiarán!”

(21) *El Bandolerismo*, pág. 139 (Madrid, s. a. de edición, que probablemente es de 1931).

(22) Op. cit., en la nota anterior, pág. 137.

(23) De sus hábiles astucias para burlar la persecución, recuérdase aquella de herrar los caballos al revés, es decir, con las herraduras mirando hacia adelante, de suerte que la Guardia Civil acudía siempre a buscarle en dirección contraria y le acechaba en lugares opuestos.

car sus rodillas el caballo adiestrado del bandido. “Señora—la dijo éste—: Ante vuestros reales pies viene a postrarse, y a su justicia se entrega, el hombre a quien no lograron detener justicias y guardias, emplazado en vano por edictos y bandos: Soy *Paco San Nicolás*”.

Su causa se vió en la Audiencia de Cuenca, hacia el año 1868, siendo condenado a pena de reclusión temporal. Mas *estaba previsto el indulto*, que otorgó de buen grado la reina. Consagrado luego el viejo bandido a vida honesta, pudo ver el esplendor de su familia y a uno de sus hijos ejerciendo de médico. Buen desenlace, ciertamente, para una drama moralizador... Pero, ¿y la incancelable realidad de las víctimas?

IV

IDENTIFICACIÓN DEL BANDIDO

Cuando el bandido pudo ser habido y juzgado, si no mereció pena de muerte y sí la de reclusión—o la de trabajos forzados en Francia—, siempre son de temer la evasión o el indulto, con la reincidencia probable. En ese caso, para evitar la iteración del delito, se le imponía como accesoria la pena de *exposición a la vergüenza pública*. Consistía ésta—no se ignora— en que el reo permaneciese expuesto en la picota a las miradas del pueblo y precisamente en la Plaza Mayor de la villa o lugar, bajo un cartel en el que con brevedad de pluma se escriban estos datos de identificación y oprobio: su nombre, profesión y domicilio; la pena que se le hubiere impuesto y el motivo de la condena. A menudo, sólo se estampaba el nombre, según cabe observar en grabados de la época. Con ello, la *identificación* de la persona para la curiosa muchedumbre, asegurábase; el *oprobio*, a la vista estaba.

Instrumentos idóneos para ejecutar la pena de *exposición* fueron la *argolla* y la *picota*.

A) *La argolla*.—La argolla—o collar, en su derivación latina— era un círculo de hierro con el cual quedaba sujeto, por el cuello, el delincuente al gran poste de exposición (24). En España, donde la curiosidad es derecho y no defecto, se le ofrecía así—bien pudiera decirse— “a la vergüenza pública” (25). Que, si evadido el reo o indultado el bandido, sólo de mucho mirar pudiera un día el honrado vecino reconocerle y precaverse. Modo era, pues de simple *identificación visual*.

Pena infamante, la de *argolla*, en España va a la cabeza de las acce-

(24) Como pena propia fue incluida esta, en Francia —1719—, entre las afflictivas. Cayó en desuso el año 1832, siendo definitivamente abolida por ley de dos de marzo de 1848.

(25) Asimismo, según el historiador modenés Luis Antonio Muratori (1672-1750), se llamó en Italia *berlina* el collar con que se exponía a los bandidos a la vergüenza (1738); de donde viene la frase “en berlina”, esto es, en situación de burla o menosprecio (*Antiquitates italicæ mediæ ævi*... Milán, 6 vols., 1738-1742).

sorias, según el Código penal de 1848, reformado dos años después (26). No tenía carácter trascendente; quedando excluidos de ella los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge del reo condenado a muerte. Tampoco se aplicaba a las mujeres, ni a los mayores de sesenta años. El sentenciado a la pena de argolla había de preceder al reo o reos de muerte, montado en una caballería, hasta el lugar del suplicio, y allí sufrir exposición a la vergüenza, colocándole en un asiento sobre el cadalso, en el que permanecía, mientras duraba la ejecución, asido a un madero por una argolla puesta al cuello (27). Fué abolida tal pena por Ley de 18 de junio de 1870; consecuentemente, el Código penal de 30 de agosto del mismo año no la incluye. Como medio rudimentario de *identificación visual*, era éste eficaz a falta de otros; poco antes se ha dicho (28).

B) *La picota*.—La picota es el ara de las exposiciones públicas. Allí, ante una multitud ávida, deplora el reo la sobrada y triste popularidad y, en vano, esquivo el aguijón plural de la mirada unánime. La humillación y el ridículo le atormentan por dentro; el dolor físico tortura su carne. Para sujetarle las manos—que acuden a cubrir el rostro—, para fijar la cabeza, se inventó un ajuste de dos planchas de madera, lo que aventaja a la argolla.

Aún se conservan famosas picotas de piedra, a la entrada de algunas villas y ciudades (29). El precedente de la pena tiene en nuestro país vejez cronológica; que ya hay constancia de ella en el Código alfonsino de las *Siete Partidas* (30). Cuando era muy alta la picota, se construía a su lado una escala para que, “por su pie”, subiese a ella el bandido.

Otros dispositivos estuvieron en uso: así, el *pilori* francés (31).

(26) Véanse los artículos 24 y 27; el 29 (que condiciona a una ley especial la rehabilitación de quienes hubieran sufrido pena de argolla); el 51 (agravando a perpetuidad determinadas consecuencias de esta pena); el 52 y el 113 (en el que se señala el modo de cumplimiento).

(27) Artículo 113 del citado Cuerpo legal.

(28) Véanse, en el texto, las últimas líneas del anterior párrafo.

(29) Cabe leer a este propósito, una interesante monografía de CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, *La Picota*, con el subtítulo de *Crímenes y castigos en el país castellano en los tiempos medios* (Madrid, 1907). Sobre la relación entre los términos “Rollo” y “Picota”, se escriben allí las siguientes palabras: “Las dos instituciones, o, más bien, ambos pilares, han podido coexistir separadamente..., o bien no han coexistido, y sólo la picota se conoció, como sucedió en América, con la extensión a ultramar del derecho castellano. Mas, de ordinario, en Castilla, han estado fundidos en uno sólo. La palabra *picota* se puede interpretar como un indicio de este estado de cosas, expresando la culminación del rollo” (pág. 57). Caso curioso, que acredita esa coexistencia de la “Picota” y del “Rollo”, es, en la ciudad de Oviedo, el de las dos calles rotuladas, de antiguo, con cada uno de esos nombres. (Me remito a la obra de J. TOLIVAR FAES, *Nombres y cosas de las calles de Oviedo*, en referencia de las págs. 413 y 415 del “Índice Onomástico”. Oviedo, 1958).

(30) Vid. la Partida Séptima, Tít. XIV, Ley 18.^a.

(31) El de las Halles, en París, reconstruido por el año 1542 —tras la destrucción del primitivo en un levantamiento popular— dejó trágica memoria.

Éra éste de plataforma giratoria, montado sobre un pivote, de tal suerte que la muchedumbre podía contemplar al ajusticiado por cuatro tiempos, en todas sus faces (32).

La *picota* es, pues, a modo de una estrecha ventana por donde al bandido se le fuerza a asomarse; una altura, a la que de grado no quisiera subir, en medio de una aglomeración reunida en deshonra del héroe odioso —también burlesco— de la fiesta.

El atraso técnico de la época no ofrecía aún modos menos empíricos de identificación. “De esta suerte —pudo escribirse— se ha saltado de la representación fantástica de los bandidos célebres, aprendida en las *exposiciones públicas*, que turban el sueño del hombre honrado en la antigüedad, a su fotografía (Lausana, 1854); después, a las fichas dactiloscópicas, recogidas en la maravillosa organización moderna de los Registros Penales o *Casilleros judiciales* (Francia, 1790); más tarde, a los Registros de reincidencia” (Argentina, 1923) (33).

V

PENALIDAD LEGAL DEL BANDOLERISMO

Análisis valorativo

Acerca de la adecuada penalidad del bandolerismo —fuera de los medios empleados por la urgencia— algo puede sugerirse. Doctrina nueva es. Empero —lo que importa—, se trata de doctrina de derecho justo. Los penalistas racionalistas, valorándolo como un delito más, no un tipo “*sui generis*” de peligrosidad máxima —por ser caso único de *polidelincuencia*—, ortodoxamente pedirían para él sanciones proporcionadas al “hecho” criminoso que resultó (secuestro, robo, homicidio, incendio, etc.), no a la “acción” pancriminal, característica del bandolerismo.

Excede a todo módulo jurídico de represión la capacidad criminal —casi universal— del bandido, que se exhibe cual un Proteo de la Tipología criminal, mostrándose ladrón en despoblado —lo que constituye su tipo histórico-diferencial dominante—, homicida o asesino, secuestrador, violador o raptor, incendiario o, en fin, profanador de tem-

(32) Quedó abolido en nuestra vecina Francia, corriendo el año 1789. Ya medio siglo antes, en 1737, el *pillory* inglés había caído en desuso. En las memorias de Walter Besant (1838-1901), se dice que el último *pilloried* lo fue en 1830 (*Fifty Years ago*, pág. 263 (1883)). Una descripción exacta de la ceremonia, más allá de los Pirineos, se debe a JUAN FROISSART (1333-1410). Apareció en su notable *Crónica*, que abarca desde 1325 hasta 1400, y de la que se hicieron numerosas ediciones en lengua francesa e inglesa (*Chronique de France, d'Angleterre, d'Ecosse et d'Espagne* —París, 1499?— tomo II, CXVIII). Trad. inglesa de J. Bourdrier (Londres, 1523-1525).

(33) SALDAÑA, *Nueva Criminología*. Traducción de J. Masaveu, cap. III de la Primera Parte, II, 2, B) (Madrid, 1936. La edición original francesa, muy ampliada en la versión española, data de 1929).

plos. Ello sin excepción de los continuos atentados contra la autoridad y sus agentes. Es un *polidelincuente* para la Criminología; respecto de la Sociología, un delincuente profesional; ante la ley penal, un *multirreincidente* (34). No irá a la prisión a liquidar una deuda: *aquella deuda particular* con la Justicia. En representación suya acude una de sus endopersonalidades: por ejemplo, la de ladrón. El bandido queda impune; la sociedad, indefensa. Pronto estará de nuevo en libertad, y otra de sus personalidades delincuentes cometerá, acaso —¿quién lo sabe?—, un secuestro, seguido de asesinato (35).

¿Preferiríamos, entonces, atenernos al módulo empírico que el pragmatismo brinda? Se justifica *a quo* el modo de extinción, que —en la práctica de una nación de bandolerismo endémico— dió más claros resultados. Tal es el caso de España. Nuestro bandolerismo, ese estigma histórico cuyo recuerdo aún perdura, se combatió inútilmente con pragmáticas y leyes, bandos de autoridades y sentencias de jueces, a lo largo de siglos. En vano fué perseguido por la venerable —y formidable— Santa Hermandad. Un día, desaparece: Estamos en los años 1870-71, el bienio de la represión ZUGASTI. Sus métodos en la memoria de todos quedaron (36). Usó, por modo ambidextro, de la política y de la fuerza. Esta no se detuvo ante lo irremediable: la muerte.

Para los que se acogían al indulto fué Zugasti pródigo en generosidades de probada eficacia (37). ¿Será el indulto instrumento apto para la puesta en marcha de un sólido pragmatismo penal? He aquí la pena y el indulto —diríamos, parodiando la conocida sentencia de Fray Domingo de Soto (38)— como los dos astros, y no divinos, ciertamente, que gobiernan el mundo de la delincuencia.

Al otro extremo del dilema, con los rebeldes, mostróse el Gobernador enérgico y expeditivo. La Guardia Civil a sus órdenes, si les capturaba en el monte, invitábales a rezar el “Credo”. Luego, aplicaba

(34) Véase nuestro Estudio *Agravación y formas de la criminalidad post-bélica*, IV (Madrid, 1947).

(35) No hace falta esforzarse en recordar casos de secuestro, todavía cercanos, con notoriedad de víctimas, cuyos autores quedaron en el anonimato de los archivos policiales.

(36) Véase su obra *El Bandolerismo. Estudio social y memorias históricas* (Madrid, 4.^a ed, 1876. Diez vols.).

(37) En efecto, poniales al frente de partidas de “caballistas y de escopeteros” para la defensa de las diligencias contra los bandidos contumaces; con lo que éstos cambiaban el traje montaraz por la librea gubernativa, permaneciendo, empero, activos en el ejercicio de las armas. Caprichos de esa lotería que el indulto aparejaba, o sesudas resoluciones ministeriales, premiaron a uno de los indultados con la dignidad de Gobernador, y en la provincia de León desempeñó aquel cargo. No produzca sorpresa el hecho; que más espectacularmente aún llevó a cabo Inglaterra, desde antiguo, reabsorción tan asombrosa. Tal fue —entre otros— el conocido caso de John Popham (1531-1607) quien, desde salteador de caminos, advino a *Lord Chief Justice*, nombrado por el Rey Jaime I (de 1603- a 1625).

(38) Escribía el sabio dominico: *Nam ut Solon, et Democritus aiebant, duo divina lumina cuncta gubernant, præmium, scilicet, et pœna (De justitia et jure, libre primi, quæstio II, articulus I, página 16. Ed Salmantica, MDLXXIII).*

con ellos el procedimiento que se conoce por el nombre de "ley de fugas" (39).

Esta fórmula, ¿se justificará pragmáticamente por sus resultados? No es un problema de discusión racional, sino de opinión empírica. Así se lo planteó, sin duda, Zugasti en 1870. Sin él y sin los métodos suyos —triste es conjeturarlo— quizá nos viéramos todavía en España bloqueados dentro de las ciudades: bloqueados —; oh paradoja decimonónica!— por la misma libertad.

No resultó ineficaz —sí, en muchos extremos, indefendible— aquella represión, que dejó limpio de bandidos el campo andaluz para un cuarto de siglo. Como no fué proseguida, al ser olvidada, por el año 1905 resurge el bandolerismo en ciertas comarcas, singularmente sobre la quijada gigante de Sierra Morena, albergue montaraz de maleantes, terroríficamente célebre en el mundo; y se extendió, más tarde, a los Montes de Toledo y a la Extremadura Alta, en su zona limítrofe con Andalucía. Carácter esporádico tienen las prácticas de bandolerismo que se dieron en Aragón, Castilla y la Mancha. No así en Cataluña, donde habían cobrado arraigo, con signo endémico y antigüedad pregonada, marcadamente en la parte oriental de la cordillera perinaica, guardando aún la memoria andanzas de algunos salteadores más notorios (40).

VI

PENALIDAD LEGAL DEL BANDOLERISMO EN ESPAÑA

Política legislativa

A) *Precedentes en la antigüedad.*—El bandido es el ladrón homicida. Su tipología jurídica primaria, harto sabida es: ladrón. Con todo, si el robo atraviesa la historia entre el acarreo de los hechos evidentes, el concepto jurídico de "robo" no es de todos los tiempos. Aparece con impronta del Derecho romano. Había allí surgido la especie antes que el género: el bandido es un "abigeo". Y era preciso superar la visión ética e integrar el concepto jurídico. Ello constituye una adquisición... La técnica se abría camino.

Los crímenes del bandolerismo merecieron de legisladores de todos los países el tipo más subido de penalidad (41). La construcción jurí-

(39) Véase, anteriormente, III B), apartado a).

(40) Abunda en esta apreciación el que fue ilustre escritor y político activo, Natalio Rivas (1865-1958), quien cita los nombres de los bandidos Morén Cisteller, M. Paláu, Antonio Roca, Montserrat Poch, etc., aduciendo el testimonio de VÍCTOR BALAGUER (1824-1901) —*Estudios Históricos y Políticos*— que es de singular contundencia (Véase José María "el Tempranillo", I, Madrid, s. a.).

(41) En Inglaterra, según el *Common Law*, el robo cometido en camino real (*highway robbery*) o sus proximidades, es el único que puede ser reprimido con pena de muerte. Por modo semejante, en Francia, el robo en camino real

dica romana, que se eleva del pequeño abigeato rural para la integración del tipo criminal —el *furtum*—, pasa a las Siete Partidas. En ellas se define así: “Abigæi son llamados en latin, una manera de ladrones, que se trabajan mas de furtar bestias, o ganados, que otras cosas.” Y se establece esto: “Dezimos, que si contra alguno fuesse probado tal yerro como este, si fuere ome que lo aya usado de fazer debe morir porende... E si acaesciesse, que alguno furtasse diez ovejas, o dende arriba, o cinco puercos, o cuatro yeguas, o otras tantas bestias, o ganados, de los que nascen destas; porque de tanto cuento, como sobre-dicho es, cada una de estas cosas fazen grey, qualquier que tal furto faga, debe morir porende, maguer non oviesse usado a fazerla otras vegadas” (42).

Penalistas modernos —con visión justa, aunque miope— hacen resaltar la durísima penalidad, sin que hayan reparado en el avance de *transformación del Derecho*.

Reinando ALFONSO XI (de 1312 a 1350), el Arzobispo de Santiago, los Obispos de Orense, Tuy y Lugo, y don Pedro Fernández de Castro, hubieron de organizarse en defensa contra los malhechores de Galicia. Asimismo, luchan con los temerosos encubridores del país, conminándoles con las mismas penas para el ladrón señaladas (43).

B) *Época moderna*.—Citados estos precedentes, como entronque tradicional, y prescindiendo de enojosas enumeraciones legislativas, será pertinente a nuestro propósito de breve estudio, referido a la penalidad legal del bandolerismo en España, situarnos ya en épocas modernas, sobre todo en el siglo que con mayor frecuencia y denuedo hubo de luchar contra aquella plaga social. Recordemos antes que para represión de ella se dictaron, bajo el reinado de Felipe IV (de 1621 a 1665), dos severísimas *Pragmáticas contra salteadores* (15 de junio y 6 de julio de 1663), que fueron recogidas en la Novísima Recopilación (44).

Tan endémico era el mal del bandolerismo, que habían transcurrido dos siglos y todavía, bajo Fernando VII, dispónese por Real Orden de 31 de marzo de 1830 que sea publicada nuevamente la famosa Ley 1.^a Título XVII del Libro XII de la Novísima, en vista de “los frecuentes robos, asesinatos y otros crímenes, que según los partes de las Autoridades ordinarias y de policía se cometen en todo el Reino y particularmente en las provincias de Andalucía, por el crecido número de bandidos y salteadores que reunidos en cuadrillas vagan por

o carretera (*vol de grand chemin*) fue castigado siempre —hasta el año 1789— con el suplicio de la rueda. Todavía el Código Penal de 1791 y la ley de 25 Primario del año VIII (1799), llegan a la pena capital para estos tipos más graves. A partir del Código Penal de 1810 se mantiene el principio prohibitivo de imponer pena capital por delito de robo (art. 401).

(42) Partida séptima, Tít. XIV, Ley XIX; págs. 426 y 427, tomo III, de la edición glosada por el Lic. Gregorio López (Madrid, 1843-1844).

(43) Según un documento de la época (1339), la conminación se extendía a “outr qualquer de qualquer condizon et estado que seia que receber ó roubador et ó defender á justiza ou llo non entregar...”, etc.

(44) Lib. XII, Tít. XVII, Ley I: “Modo de proceder contra los bandidos y salteadores que andan en cuadrillas por caminos o despoblados”.

los caminos y despoblados, despojando de los bienes y la vida al indefenso viajero y trajinante, y a los pacíficos habitantes de las alquerías y pueblos de corto vecindario" (45).

A partir de este momento surge la serie escalonada de Leyes, Decretos y Reales Ordenes para la *Represión del Bandolerismo* en el siglo XIX. De entre los que alcanzaron mayor importancia, recordaremos alguno.

Una pragmática de 22 de agosto de 1817 encargó al Ejército de la lucha contra el bandolerismo. Meses después, por Decreto de 30 de marzo de 1818, se ofrecía premio de una onza de oro al que entregase a un bandido o malhechor aprehendido.

Otro Decreto de las Cortes (17 de abril de 1821) establece sanciones contra los delitos de robo en despoblado y en cuadrilla (46). Y aún se hallaba en vigor medio siglo más tarde: que así lo declara la Real Orden de 12 de marzo de 1875 (47).

Nuestro venerable Código penal de 30 de agosto de 1870, que en líneas generales aún rige, tras varios remiendos puesto a su vetustez (48), establece para el delito de robo con secuestro —sin que llegue a pronunciarse esta última palabra, pero dándola por sobreentendida—

(45) Por esta Pragmática se ordena "que qualesquier delinquentes y salteadores, que anduvieren en quadrillas robando por los caminos ó poblados, y habiendo sido llamados por edictos y pregones de tres en tres días, como por caso acaecido en nuestra Corte, no parecieren ante los Jueces que procedieren contra ellos, á compurgarse de los delitos de que son acusados, substanciado el proceso en rebeldía, sean declarados, tenidos y reputados, como por el tenor de la presente pragmática los declaramos, por rebeldes, contumaces y bandidos públicos; y permitimos, que qualquiera persona, de qualquier estado y condición que sea, pueda libremente ofenderlos, matarlos y prenderlos, sin incurrir en pena alguna, trayéndolos vivos o muertos ante los Jueces de los distritos donde fueren presos ó muertos; y que pudiendo ser habidos, sean arrastrados, ahorcados y hechos quartos, y puestos por los caminos y lugares donde hubieren delinquido, y sus bienes sean confiscados para nuestra Cámara. Y por esta nuestra ley y pragmática damos poder y facultad para substanciar los procesos en rebeldía, y declarar y publicar por bandidos a los tales delinquentes, a todos los Corregidores y Justicias, así Realengos como de Señorío, que según el ministerio y jurisdicción de sus oficios puedan proceder á executar pena capital"; etc.

(46) Sólo dos artículos —el uno de carácter procesal, de contenido penal el otro— vamos a transcribir aquí. Art. 8.º "Los salteadores de caminos, los ladrones en despoblado y aun en poblado, siendo en cuadrilla de cuatro o más (lo mismo en despoblado que en poblado, según Acuerdo de las Cortes de 2 de mayo de 1822), si fueren aprehendidos por la tropa del ejército permanente o de la milicia provincial o local en alguno de los casos de que hablan los artículos 2.º y 3.º, serán también juzgados militarmente, como en ellos se previene". Artículo 34. "Los cómplices de los delitos de que trata esta ley, serán juzgados como los reos principales, con arreglo a ella".

(47) Se aplicó, en consecuencia, por el Tribunal Supremo, aquel mismo año (Sentencias de 22 de junio y 28 de diciembre).

(48) En efecto, fue reformado el 27-X-1932, con arreglo a las bases establecidas en la Ley de 8-IX-1932, promulgándose luego —por Decreto de 23-XII-1944— un "texto refundido", según autorización otorgada por Ley de 19-VII-1944. En fin, por Decreto de 28-III-1963, apruébase el "Código penal, texto revisado", en cumplimiento de la Ley de 23-XII-1961. (Más adelante aludiremos a estas innovaciones legales, en relación con el tema que nos ocupa)

pena de cadena temporal en su grado medio a cadena perpetua, "cuando... el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día" (artículo 516, núm. 2). Si el robo hubiere sido ejecutado "en despoblado y en cuadrilla, se impondrá a los culpables la pena en el grado máximo. Al jefe de la cuadrilla, si estuviere total o parcialmente armada, se le impondrá, en los mismos casos, la pena superior inmediata (artículo 517). "Los malhechores presentes a la ejecución de un robo en despoblado y en cuadrilla serán castigados como autores de cualquiera de los atentados cometidos por ella, si no constare que procuraron impedirlos" (art. 518, segundo párrafo).

La Real Orden de 13 de mayo de 1875 dispone que a los reos del delito de secuestro debe considerárseles comprendidos en el artículo 8.º de la Ley de 17 de abril de 1821; habiendo de ser juzgados conforme al procedimiento establecido en ella, de acuerdo con la resolución del Ministerio de Gracia y Justicia, fecha 12 de marzo del mismo año.

Ultima pieza legislativa de la serie penal española contra el bandolerismo es la *Ley de Secuestros* de 8 de enero de 1877, declarada aplicable, desde su promulgación, a las provincias que comprenden los distritos militares de Andalucía y Granada, y en las de Badajoz, Ciudad Real y Toledo (49). Catorce años después, se extendía su área

(49) Por la importancia que revistió esta Ley —denotadora de la frecuencia y graves caracteres del delito que reprime—, recogemos su texto íntegro.

"Art. 1.º Tan luego como se verifique el secuestro de una o más personas con objeto de robo en una provincia, se aplicará en ella y en las limítrofes que se consideren en caso análogo, previa declaración del Gobierno, la pena-lidad y el procedimiento que son objeto de esta ley.

Art. 2.º Los que promuevan o ejecuten un secuestro, y los que concurran a la comisión de este delito con actos sin los cuales no hubiera podido realizarse, serán castigados con pena de cadena perpetua a muerte.

La aplicación de las penas se ajustará en un todo a lo dispuesto en el capítulo IV del tit. III y capítulos III y IV del tit. I del Código penal vigente, considerando como circunstancias agravantes la de haber sido detenido el agraviado bajo rescate y por más de un día.

Art. 3.º El conocimiento de estos delitos corresponderá exclusivamente a un Consejo de guerra permanente que se constituirá, llegado el caso, en cada provincia. El consejo continuará la causa hasta su terminación, no obstante la ausencia o rebeldía de los reos, sin perjuicio de oírlos siempre que se presenten o fueren habidos.

Art. 4.º Toda persona se considerará investida de autoridad pública para proceder a la captura de los reos a quienes por el Consejo de guerra se hubiere impuesto la última pena, empleando al efecto medios prudentes y racionales.

Art. 5.º El Consejo de guerra podrá autorizar las recompensas en metálico que las corporaciones o particulares ofrezcan para la captura de los reos de secuestro condenados a la última pena.

Art. 6.º Las autoridades civiles y militares podrán proponer al Gobierno la exención del servicio de las armas de la persona que hubiere denunciado a cualquier procesado por estos delitos, contribuyendo eficazmente a su captura. Esta gracia puede subrogarse a favor del pariente dentro del cuarto grado que designe la misma persona.

Art. 7.º Se autoriza al Gobierno para que en las mismas provincias antedichas, y oyendo el parecer de una Junta compuesta del Gobernador de la misma,

Ley de Secuestros—lo que en su disposición final se establece—, quedan suprimidos los Consejos de Guerra permanentes para esta clase de delitos.

Aclaratoria de esta Ley es la Real Orden de 27 de agosto de 1883, que asimilaba, en tales delitos, el grado de frustración al de consumación. Y poco después (4 de abril de 1887), dictase otra Real Orden disponiendo que, pues la “Ley de Organización y atribuciones de los Consejos de Guerra” (marzo de 1884) no creaba los previstos en la Ley de Secuestros, lo que en su disposición final se establece, quedan suprimidos los Consejos de Guerra permanentes para secuestros.

Por el ya invalidado *Código de Justicia Militar* (27 de septiembre de 1890) se equipararon el “robo en cuadrilla” y el “secuestro de personas” a otros graves delitos, los de rebelión y sedición entre ellos (artículos 9, núm. 3 (50); 28, núm. 10, y 63); quedando sometidos a la jurisdicción general de guerra. Para los territorios declarados en estado de guerra, la competencia era absoluta, sin distinción de personas responsables ni de otras condiciones del delito.

Recuérdese, finalmente, que entre el Código penal de 1870 y su reforma de 1932 (51) estuvo vigente, por corto tiempo, el llamado de la Dictadura, de 8-IX-1928, con las rectificaciones acordadas por R. O. de 30-X-1928 y las aclaraciones dispuestas por R. D.-Ley de 10-XII del mismo año. En él se determina, respecto a la pena, la equiparación del delito frustrado con el consumado en los delitos de robo a mano armada realizados contra determinados establecimientos o personas; llegando a imponerse la de veintiocho años de reclusión a muerte, “cuando con motivo u ocasión de estos delitos se causare la muerte o lesiones a alguna persona” (art. 692).

C) *Legislación contemporánea*.—En el nuevo Código castrense, aprobado y promulgado por Ley de 17 de julio de 1945, subsiste, como fantasma amenazador, el secuestro (52), que ha extendido su estremecedora *terribilidad* (53) hasta nuestros días. Así, en el Decreto de

Presidente: Comandante militar, Juez decano de primera instancia, Jefe de la Guardia Civil y dos diputados provinciales, pueda fijar durante un año el domicilio de los vagos y gentes de mal vivir, entendiéndose por tales los comprendidos en el párrafo 25 del art. 10 del Código penal vigente.”

(50) Pcr Decreto de 11-V-1963 (Art. 1.º), el art. 9 se circunscribe al siguiente texto: “La jurisprudencia de los Tribunales de guerra queda reducida a los hechos o delitos esencialmente militares de que aquélla conoce por razón de la materia, desapareciendo la competencia basada en la calidad de la persona o el lugar de la ejecución”.

(51) Véase la nota (48).

(52) Para las relativas concordancias, véanse principalmente los artículos 52, núm. 10, y 82.

(53) Este expresivo vocablo usó nuestro Bernardino de Sandoval, nada menos que tres siglos corridos antes de que el italiano Garofalo (1851-1934) hablase, como hallazgo positivista, de la *tenibilità*. (Vid. cap. primero folio 2, del *Tratado del cuidado que se debe tener con los presos pobres*, en la edición facsimilar de la primera —Toledo M. D. LXIII—, hecha por la *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*).

21-IX-1960, aparejada lleva este delito la más severa de las penalidades (54).

En cuanto concierne a la legislación común, el Código reformado de 1932, al no acoger en su cuadro de penalidades ninguna de las dos cadenas, ni tampoco la reclusión perpetua (art. 27), incluidas en el de 1870, convierte en simples reclusiones lo que antes cadenas fueron. Por lo demás, la orientación penal es la misma, aunque cambia el grado: "de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado medio" (art. 494, núm. 2). El contenido del artículo 495, que sustituye al 517 y al 518 del Cuerpo legal de 1870, no altera la redacción de éstos.

Otro tanto puede decirse para el "Texto refundido de 1944" (55), el que, con una ligera variante (56), sigue a la edición anterior en sus artículos 501, núm. 2, y 502, pero suprimiéndose en éste la necesidad del *despoblado* unido a la cuadrilla para elevar la pena al grado máximo.

El "Código penal, texto revisado de 1963" (57) es más explícito en el concepto delictivo y establece la citada pena de reclusión mayor (58) "cuando el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día, o cuando se intentare el secuestro de alguna persona" (artículo 501, núm. 2).

No quisiéramos dar remate a estas líneas sin hacer una breve alusión al Decreto de 21 de septiembre de 1960, así como a la Ley de 2 de diciembre del pasado año. Aquél revisa y unifica la Ley de 2-III-1943 y el Decreto-Ley de 18-IV-1947 sobre rebelión militar, terrorismo y *bandidaje*, cumpliendo así lo preceptuado en disposición transitoria de la Ley de Orden Público de 30-VII-1959. Y en su artículo 5.º deja establecida, para los que secuestraren a alguna persona, la pena de reclusión mayor a muerte, o ésta, como única, según los resultados producidos (59). Hay, sin embargo, una excepción favorable al imperio de la legislación común (60). El artículo 6.º se refiere a las partidas o grupos de gente armada, formados "para dedicarse al me-

(54) Una referencia a dicho Decreto podrá leerse poco más adelante.

(55) Me remito a la referencia de la nota (51).

(56) La posibilidad de aplicar pena de reclusión menor en su grado máximo a reclusión mayor en su grado medio se limita allí a los grados de la sola reclusión mayor.

(57) Véase la nota (48).

(58) Véase la nota (56).

(59) Art. 5.º «Los que secuestraren a alguna persona serán castigados: *Primero*.—Con la pena de muerte si produjeren la muerte, mutilación o violación de la persona secuestrada, o, desaparecida ésta, no dieran razón de su paradero. *Segundo*.—Con la pena de reclusión mayor a muerte en los demás casos».

(60) Queda especificada en el último párrafo del citado artículo 5.º: "Cuando las especiales circunstancias del hecho pongan claramente de manifiesto que en ningún momento haya debido temerse racionalmente por la vida o integridad corporal de la persona secuestrada, se aplicará la legislación común".

rodeo, el *bandidaje* (61) o la subversión social”, a los que castiga con penas gravísimas; en determinados casos, con la muerte en concepto de única (62).

Explicable, acaso, desde el único punto de vista de la eficacia social, es que, para los comprendidos en este tipo de delitos, brinde el Decreto un premio a la pre-denuncia o, indistintamente, a la cooperación de resultado en la captura de aquellos que fueron antes compañeros suyos: a saber, la exención de la pena que pudiera corresponderles (63).

Por último, se designa la jurisdicción militar como competente para conocer de tales delitos, que habrán de ser juzgados por procedimiento sumarísimo. Con todo, podrá ésta inhibirse a favor de la ordinaria concurriendo especiales circunstancias de levedad en los hechos (64).

En recientes días, la Ley de 2-XII-1963 (65), de carácter predominantemente procesal, a más de modificar algunos preceptos del Decreto de 21-IX-1960 —al que acabamos de referirnos—, crea, dentro de la jurisdicción ordinaria, un Juzgado y Tribunal de Orden Público y contiene otras novedades jurídicas que no afectan concretamente al tema del presente trabajo, cuya primera parte se da aquí por terminada (66).

(61) Aquí y anteriormente, se subraya *bandidaje* por nuestra cuenta.

(62) Así, al jefe de la partida, siempre, y a los componentes si “hubieren colaborado en cualquier modo a la comisión de algún delito castigado con pena de muerte en este Decreto”.

(63) Véase el art. 7.º.

(64) Es decir, cuando “no revistieren éstos gravedad o características adecuadas para ser calificados con arreglo a este Decreto y debieran serlo conforme a la legislación común” (Art. 8.º, segundo párrafo).

(65) En la colección “Nuevo Horizonte”, de Ediciones del Movimiento, acaba de publicarse un folleto donde, bajo el título de *Orden Penal y Nueva Sociedad*, tras una primera parte de exposición, se recogen el texto de dicha ley y los discursos pronunciados con ese motivo, ante el Pleno de las Cortes Españolas, por el Vicesecretario General del Movimiento, don Fernando Herro Tejedor y el Ministro de Justicia, don Antonio Iturmendi (28-XI-1963).

(66) Agotado el límite de espacio que, a tenor de las circunstancias, se ha concedido a nuestra colaboración, tendrá ésta un breve seguimiento de contenido en el próximo número del Anuario.

Don Eugenio Cuello Calón, como Profesor de la Escuela de Estudios Penitenciarios

DIEGO MOSQUETE

Con la muerte del profesor Cuello Calón, España perdió su más destacado penitenciarista del momento actual, y la Escuela de Estudios Penitenciarios su mejor profesor; porque, como es bien sabido, la actividad docente del gran maestro español se desdobló para enseñar, en la Universidad, la Ciencia del Derecho penal, y en la Escuela, además de nociones jurídico-penales, de forma más especial, la Ciencia penitenciaria. A partir del año de 1940, su vida marcha íntimamente ligada al Centro de Prisiones. La mayor parte de los funcionarios que componen el escalafón de este Cuerpo, conservan el grato recuerdo de haber escuchado las doctas lecciones del profesor Cuello Calón, que sabía calar en la hondo de las inquietudes de sus alumnos, para explicar con sencillez, claridad y hasta amenidad, los intrincados problemas penales y penológicos.

La Escuela de Estudios Penitenciarios fué creada por Decreto del Ministerio de Justicia de 18 de mayo de 1940, siendo titular del Departamento el señor Conde de Rodezno, y Director general de Prisiones don Máximo Cuerpo Radigales. Inmediatamente se convocó concurso-oposición para la provisión en propiedad de las Cátedras; don Eugenio Cuello Calón fué designado para la de "Derecho penal y Penología", y a virtud de acuerdo del Consejo Rector, se le nombró Director de la mencionada Escuela.

Esta Escuela de Estudios Penitenciarios tiene como antecedente próximo la Escuela de Criminología, y como remoto el que se denominó Presidio Modelo (1).

La misión de dicha Escuela de Criminología era la formación del personal de prisiones en atención a que, según se decía en el preámbulo del Decreto de su creación, "no se puede admitir que la función penitenciaria la ejerza quien no está educado en el conocimiento del hombre, con la iniciación indispensable de este género de estudios". Fué Director de aquella institución don Rafael Salillas, y formaron el

(1) Con el título de "Breve historia de la Escuela de Estudios Penitenciarios", el insigne publicista don José Rico de Estasen, publicó un interesante trabajo en la "Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios", números 154, 155 y 156.

profesorado conocidas personalidades de la Ciencia Penal y Penitenciaria de aquella época, como don Félix de Aramburu, don Federico Olóriz, don Manuel Antón, don Manuel P. de Cossío y el doctor Simarro, a los que posteriormente se habían de agregar los nombres ilustres de don Luis Jiménez de Asúa, don Quintiliano Saldaña, don Severino Aznar, don Manuel Hilario Ayuso, el Conde de Cabarrús, don Fernando Cadalso, don Anselmo González y don Vicente Rodríguez Ferrer.

Con la muerte del maestro Salillas se inicia el declive de la Escuela de Criminología, que dejó de existir durante la época de la Dictadura del General Primo de Rivera. Más tarde, ya durante la República, surge de nuevo, con el nombre de Instituto de Estudios Penales, bajo la dirección del eximio penalista don Quintiliano Saldaña, que cuenta con la colaboración entusiasta del Inspector General de Prisiones, don Fernando Cadalso y Manzano. La Escuela de Criminología estuvo instalada en la parte exterior de la Prisión celular de Madrid, dejando de funcionar en 1936, al iniciarse el Movimiento Nacional.

Terminada nuestra contienda civil, como decíamos al principio, nace la Escuela de Estudios Penitenciarios, que fué instalada en el viejo caserón de San Bernardo, en los locales de la Facultad de Derecho, y cuando ésta se traslada a su nuevo edificio de la Ciudad Universitaria, también va con ella la mencionada Escuela. Forman entonces el claustro de profesores, con la dirección del señor Cuello Calón, los siguientes: don Mariano Puigdollers, don Amancio Tomé, don Isaías Sánchez Tejerina, don Jaime Masaveu, don Luis Fernández de Angulo, don Antonio Crejo, don Calixto Belaústegui, don Emilio Serrano, don Víctor García Hoz, don Antonio Alvarez de Linares, don Andrés Trillo, don Eduardo Martínez, don Fabián Griñón, don Arturo Parera, don José Sarrablo, don Luis Castellón, don Felipe González Sánchez y el que estas líneas escribe.

El cuadro de enseñanzas lo componen las siguientes materias: Derecho penal y Penología; Sociología Criminal; Fundamentos de Derecho penitenciario español y redención de penas; Biología Criminal; Ética y Derecho natural; Contabilidad y administración penitenciaria, y Régimen penitenciario.

Cesa don Eugenio Cuello Calón, como Director de la Escuela, el 2 de noviembre de 1943, y pasa de nuevo a ocupar el mismo cargo el 14 de noviembre de 1945, con la colaboración de don Amancio Tomé Ruiz, como Secretario-Director de Prácticas penitenciarias, y del catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad, don Mariano Puigdollers, como Jefe de Estudios.

En 13 de octubre de 1961, siendo Ministro de Justicia don Antonio Iturmendi, y Director General de Prisiones don José María Herreros de Tejada, para dar un mayor impulso a la labor docente de formación del personal de prisiones, se inauguran los nuevos locales de la Escuela, en la parte exterior de la Prisión provincial de Carabanchel; con buenas instalaciones, aulas capaces, salón-biblioteca, gabinete de iden-

tificación, museo y hasta una magnífica "cancha de judo", en donde reciben enseñanza los funcionarios del Cuerpo de Prisiones en sus tres categorías: Auxiliares, Oficiales y Jefes de Servicio.

En dicho mes de octubre de 1961, el profesor Cuello Calón se encontraba aún en Esles de Cayón, apurando sus vacaciones veraniegas, siempre dedicadas a trabajar intensamente; en aquel rincón de la montaña cántabra escribió lo más importante de su extensa producción bibliográfica. Sin embargo, él tenía el pensamiento de asistir personalmente a la inauguración de los nuevos locales de la Escuela, por la que tanto cariño sentía, y al efecto nos envió unas cuartillas manuscritas, con el ruego de que se las pasáramos a máquina, y que había de leer en tan solemne acto. Una enfermedad, que entonces fué pasajera, le impidió cumplir sus deseos, obligándole a retrasar su regreso a Madrid.

Ya en esta ciudad, al ofrecerle la devolución de las cuartillas, nos contestó que siguiéramos con ellas para utilizarlas en alguna otra ocasión. Quedaron en mi poder, y ni él ni yo podíamos pensar que esta ocasión surgiría para que vieran la luz en un trabajo que había de publicarse en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, del que fué Director y Fundador, en este número especial dedicado como homenaje póstumo a su memoria.

Dichas cuartillas dicen así:

La cuestión de la selección y formación del personal penitenciario es una de las más trascendentales de la Penología de nuestros días.

Los profundos cambios producidos en las concepciones sobre la finalidad de la pena de privación de libertad, tendencia a la reeducación y readaptación social del penado, han originado una transformación profunda en las ideas sobre el personal de las prisiones. Como consecuencia de estas mudanzas, desaparece el duro carcelero de las pasadas épocas, mero guardador y vigilante de los presos, y es desplazado por el moderno funcionario penitenciario, cuya misión constituye un relevante servicio social y no se limita a su custodia y vigilancia, sino que aspira también a ejercer sobre ellos una influencia educadora, guiándolos y dirigiéndolos personalmente.

El funcionario de la prisión es el agente más eficaz de su reforma. Ni los programas de tratamiento más progresivos, ni los establecimientos más perfectos, pueden alcanzar una mejora del recluso, sin un personal a la altura de su cometido. El personal, si no es todo, es casi todo. Los regímenes penitenciarios que marcaron una etapa de progreso en la ejecución de las penas de privación de libertad, fueron principalmente obra personalísima de sus autores y realizadores, como lo atestiguan los nombres de Montesinos, Obermaier, Machinochie y Kellerhals, sin contar otros.

El problema de la selección y formación del personal de los establecimientos penales, no obstante su destacada modernidad, ha sido ya estudiado y debatido hace largo tiempo. El Congreso penitenciario de Londres de 1872 aborda la cuestión ampliamente. El número 6.º de los temas en él estudiados estaba así redactado: "Si deben ser creadas

escuelas para la preparación de los oficiales de prisiones y para qué clase de oficiales." El Congreso Penitenciario Internacional de Estocolmo de 1878 acordó un voto favorable a la enseñanza teórica y práctica de los vigilantes de prisiones; en el de San Petersburgo de 1900 se estudian los principios para asegurar el reclutamiento de los funcionarios de los servicios penitenciarios; en el de Praga de 1930 se examina la organización de la educación profesional y científica del personal penitenciario administrativo y de vigilancia, y últimamente, en Ginebra, en 1935, el Primer Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes, adopta una serie de recomendaciones relativas al reclutamiento y formación del mismo.

Los funcionarios de la Administración penitenciaria deben recibir una formación científica profesional, adecuada a sus respectivas funciones. La formación científica del personal de los establecimientos penales, manifestaba Verbaeck en el Congreso Penal y Penitenciario de Praga (1930), se convierte en necesidad cuando se aspira a individualizar el tratamiento penal, partiendo del estudio de las causas del delito y del conocimiento de la personalidad de sus autores. Sin esta formación sería imposible aplicar en la prisión los métodos de cura que van desde la acción moral hasta las aplicaciones de la psicoterapia, de la pedagogía e incluso de la cirugía. Acerca de este punto existe acuerdo completo. Todos los Congresos Penitenciarios que se han ocupado de la cuestión del personal, desde el de Londres de 1872 al de Praga de 1930, han adoptado acuerdos favorables a esta preparación. De igual modo el Conjunto de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Presos, normas de carácter internacional patrocinadas por la ONU, en su Regla 47 B, establece que "antes de entrar en servicio el personal penitenciario, debe seguir un curso de formación general y especial y dar satisfacción en las pruebas de orden teórico y práctico a que sea sometido".

Aun cuando exista unanimidad sobre la necesidad de dar a los funcionarios de prisiones una educación científica apropiada a su misión, el acuerdo cesa al determinar su forma y modalidades.

Algunos proponen que las materias que integrarían estos Cursos deben ser estudiadas en Instituciones universitarias. Otros opinan que una instrucción académica no es exigencia absoluta, con excepción de los médicos, naturalmente, aunque se considera útil por la formación espiritual que proporcionan. Mas, sin duda, la mejor solución sería que estos estudios se efectuaran en escuelas especiales, cuyo profesorado estaría formado por universitarios y por funcionarios penitenciarios de reconocida competencia, a los que, especialmente, serían confiadas las enseñanzas de carácter práctico. Este sistema, adoptado en muchos países, como es de todos conocido, es el adoptado en España.

Además de su preparación científica, la formación de los funcionarios penitenciarios exige un adiestramiento práctico, que ha de ser cuidadosamente atendido. Para la aplicación de las enseñanzas prácticas, se ha propuesto que la Escuela o Centro de Estudios Penitenciarios

tenga anejo un establecimiento penal en el que los aspirantes recibirían los conocimientos prácticos necesarios para el desempeño de sus funciones profesionales, mientras que otros creen que lo mejor sería que la práctica precediese a la enseñanza teórica y consistiese en un periodo de servicio en una prisión o institución penitenciaria que les permita conocer su organización y funcionamiento.

Mas en una u otra forma, lo esencial es que conozcan la mecánica de los servicios de los establecimientos penales, tengan contacto con los reclusos y lleguen a conocerles. Paterson, presidente que fué de la Comisión de Prisiones de Inglaterra, decía a este respecto: "Deben aprender a conocer hombres, a conocer cómo se habla a los presos, con tono firme y buen humor, sin provocación. Antes de que asuman las graves responsabilidades de los funcionarios penitenciarios, debe dárseles ocasión para demostrar que son capaces de dirigir un grupo de presos enviados al trabajo o a practicar ejercicios físicos."

En la enseñanza práctica podrían también comprenderse visitas a otros establecimientos penales, e incluso instituciones de beneficencia social que pueden tener conexión con la prevención de la delincuencia.

Complemento de esta instrucción científica y práctica es la creación de museos penitenciarios que contengan modelos de prisiones, reformatorios, etc., planos de los mismos y una biblioteca bien provista de libros, en particular sobre materias penitenciarias y penológicas, criminológicas, sociológicas y jurídico-penales.

En el estudio publicado por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, en 1935 y 1937, sobre los sistemas penitenciarios de gran número de países, los datos referentes a la preparación del personal revelaban que ésta se practicaba en forma inadecuada y en muchas partes no existía aún. Durante los últimos años esta cuestión ha sido debidamente atendida y actualmente la educación profesional de los funcionarios penitenciarios, se ha intensificado y perfeccionado en gran número de países.

Hoy día, la formación del personal de prisiones se efectúa de modo diverso. No en todos los países existen escuelas especiales para su preparación; así, en Suiza, se realiza por medio de cursos universitarios, organizados por la Asociación Suiza para la Reforma Penitenciaria y el Patronato de Presos Liberados; pero como esta enseñanza se conceptúa insuficiente, se pide la creación de Cursos en los que se estudien Ciencias jurídico-penales, sociales, pedagogía, psiquiatría, etc.

Pero lo más frecuente entre los Estados más progresivos en el campo penitenciario, es su preparación en escuelas especiales. En Francia funciona desde hace algunos años la Escuela Penitenciaria, en la prisión de Fresnes, donde los candidatos al ingreso en el personal de Prisiones estudian Ciencia penitenciaria, Derecho penal, Criminología, Sociología, Contabilidad e Higiene. Existe además el Centro de Estudios Penitenciarios, a los que concurren funcionarios de la región de París. En Inglaterra, después de un curso de tres meses de preparación práctica en las prisiones, los candidatos aprobados son enviados a un curso especial en la "Imperial Training School", y a su

terminación son colocados como funcionarios en las prisiones. En Alemania occidental no existe un ordenamiento único, ni este problema está aún resuelto. En general, se exige para los directores una formación universitaria y la habilitación para la judicatura. Los funcionarios inferiores y los de vigilancia siguen cursos de tres meses, como máximo, en los que reciben instrucción sobre los fundamentos y modalidades de la ejecución de las penas de prisión, sobre las nociones fundamentales del Derecho penal, etc., etc. La falta de medios económicos originó el cierre de alguna escuela; sin embargo, ya funciona de nuevo en ciertas localidades, como en Wittich. La mayoría de los Estados de la Confederación han creado provisionalmente cursos en diversos establecimientos penales. En Italia, los candidatos al ingreso en la Administración penitenciaria deben poseer títulos adecuados a las funciones a cuya ejecución aspiran. (A los candidatos a directores se exige la licenciatura en Derecho u otro título equivalente.) En Roma existe en el Centro de Estudios Penitenciarios una escuela para la preparación profesional de los funcionarios, en la que se cursa Derecho penal, Derecho penitenciario, Antropología criminal, técnica y práctica penitenciaria, Pedagogía correccional y Contabilidad general del Estado. Los encargados de la guarda y vigilancia reciben instrucción especial en la escuela a ellos destinada en el expresado Centro.

En Estados Unidos, durante mucho tiempo, los funcionarios fueron nombrados por influencia política. Esta forma de nombramiento, que ha dado pésimos resultados, no ha desaparecido aún, pero cada día tiene menos arraigo. Ya se han creado cursos de preparación en Michigan, Nueva Jersey, California, Pensylvania y en otros Estados. La escuela más importante es la "Central Guards School", de Nueva York, en la que se estudia Criminología, Historia y evolución de los doctrinas sobre la represión penal, problemas actuales de la Administración penitenciaria, causas y desarrollo de la conducta criminal, cuestiones de trabajo, clasificación, educación, problemas médicos y psiquiatría en las instituciones penales, etc., y materias de carácter práctico referentes a la seguridad del personal, inspecciones, prevención de fugas, etc.

En la Argentina, se creó en 1947 la Escuela Penitenciaria de la Nación. En otros países sudamericanos, Brasil, Chile, Uruguay, los funcionarios reciben una preparación en cursos o escuelas especiales. El Japón comenzó la preparación científica de sus funcionarios en 1900; es el país que inició la enseñanza profesional. Posee una escuela especial en la que se cursan Derecho penal, Ciencia penitenciaria, Psicología, Sociología, Psiquiatría, etc.

España es uno de los países que primero han atendido a la preparación profesional de los funcionarios de prisiones. Como es sabido, fué fundada en 1903 por obra del ilustre criminólogo don Rafael Sallillas. Todos conocéis su funcionamiento y las materias que integran su cuadro de estudios. Yo quiero mencionar, por ser poco conocido, que hace largo tiempo, en los primeros años del último tercio del pasado siglo, un jurista de aquellos días, Romero Girón, ya propugnó

la creación, y éstas son sus palabras: "de un cuerpo de empleados de cárceles y presidios, formándolo previamente con estudios adecuados, en la proporción conveniente, según las respectivas categorías. La Higiene, la Filosofía, Nociones de Derecho penal y de Moral, conocimiento de los sistemas y métodos penitenciarios, y algunos estudios análogos, con prácticas en un establecimiento modelo y aun en casas del extranjero, formarían un plantel de funcionarios hábiles y dispuestos a desenvolver con conocimiento y con arte las reformas que gradualmente se fuesen introduciendo".

Mas no basta una seria preparación científica y una formación práctica. El funcionario penitenciario debe reunir valiosas cualidades, honrades, moralidad, carácter, inteligencia, capacidad para conocer la responsabilidad de su función, y debe, asimismo, poseer arraigado fuertemente el respeto a la dignidad humana del preso y no olvidar que el recluso, salvo los derechos perdidos o limitados por la condena, posee una condición jurídica igual a la de los ciudadanos en libertad. Así será observado el artículo 1.º del vigente Reglamento de los Servicios de Prisiones, que establece: "La misión penitenciaria se ejercerá respetando la personalidad humana de los reclusos, así como los derechos e intereses jurídicos no afectados por la condena."

Don Eugenio Cuello Calón cesa como Director de la Escuela de Estudios Penitenciarios, a petición propia, el 30 de septiembre de 1961, y en la misma fecha es nombrado Director Honorario de la misma. Sin embargo, puede decirse que continuó ininterrumpidamente dirigiendo, de modo efectivo, aquel Centro, porque los Directores que le sucedieron aceptaron siempre las sugerencias del que fué maestro de todos. Y los elementos rectores de la Dirección General solicitaban con frecuencia su consejo.

Y continuó como Profesor de la Escuela. Don Eugenio Cuello Calón, desde la creación del Centro hasta el mismo momento de su fallecimiento en Esles de Cayón, no dejó de explicar, ni un solo Curso, la disciplina de la que era especialista indiscutible, alternando los temas de Derecho penal con los de Ciencia penitenciaria. Los últimos años, a pesar de su ya edad avanzada, se encontraba en la plenitud de sus facultades físicas e intelectuales, hasta el punto de que, al último Curso de Jefes de Servicio, dedicaba dos horas seguidas, para explicar su lección magistral, "indignándose cuando por móviles humanitarios se le adelantaba la hora o cuando por cualquier motivo justificado tenía que retrasar su entrada unos minutos", según nos dijo Amador Moro, Secretario-Director de Prácticas de la Escuela en la Memoria de Actividades del Curso 1963, dedicada casi exclusivamente al recuerdo emocionado del insigne Profesor.

Era extraordinariamente afable con los alumnos. Se preocupaba de resolverles hasta sus problemas personales. Sus explicaciones eran profundas, densas, con gran precisión en los datos y en las citas, porque nunca dió una clase, ni en la Escuela ni en la Universidad, sin haber dedicado previamente a su preparación el tiempo necesario.

Pertenció al Consejo Asesor de la Revista de la Escuela de Estu-

dios Penitenciarios, desde su fundación, y en sus páginas han quedado importantes trabajos suyos, sobre temas penitenciarios, tales como "Lo que Howard vió en España. Las cárceles y prisiones de España a fines del siglo XVIII" (año I, núm. 1, 1945, pág. 12); "Del *carcelero* del tiempo pasado al *funcionario penitenciario* del presente" (año I, núm. 3, 1945, pág. 29); "La delincuencia habitual y su tratamiento" (año II, núm. 19, 1946, pág. 5); "El proyecto de reforma penal inglés. (*Criminal Justice Bill*, 1947)" (año IV, núm. 39, 1948, pág. 10); "La intervención del juez en la ejecución de la pena" (año IX, núm. 103, 1953, pág. 5); "¿Debe suprimirse la pena de prisión?" (año X, número 106, 1954, pág. 5); "Tratamiento en libertad de los delincuentes" (año XIV, núm. 133, 1958, pág. 153); "Prisiones de seguridad mínima. Prisiones abiertas" (año XV, núm. 140, 1959, pág. 1271).

No faltó su colaboración en el número extraordinario que dicha Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios dedicó recientemente al Coronel Montesinos, en conmemoración del III Centenario de la muerte del gran Reformador, estudiando su figura como precursor de la nueva Penología.

Algunos de estos trabajos fueron anticipo de capítulos de su "La moderna Penología" que aparece en 1958, que no es —como afirma en el prólogo— una segunda edición o ampliación de la "Penología" que publicó en 1920. Es un libro nuevo. Quizá es su obra cumbre, que, en nuestro modesto entender, hasta supera en mérito a su "Tratado de Derecho penal". La muerte le sorprendió trabajando sobre las cuartillas en las que escribía el segundo volumen, por lo que lamentablemente quedó la obra inacabada.

La muerte del Profesor Cuello Calón deja un vacío en la Escuela de Estudios Penitenciarios imposible de llenar. Por sus magníficas calidades es insustituible. Los que nos honramos perteneciendo al claustro de este Centro docente, tenemos ahora la obligación de imitar su conducta. Si esto lo conseguimos, será el mejor homenaje que le podamos tributar. Y el propósito no es fácil, pero "la altura del modelo no nos exime de su imitación", señaló con acierto Amador Moro en el trabajo que antes citamos.

Por las publicaciones apuntadas, por su labor docente en la Escuela de Estudios Penitenciarios, enseñando a numerosas promociones de funcionarios de prisiones, hemos de recordarle siempre, no sólo como insigne cultivador del Derecho penal, sino también de la Ciencia penitenciaria. A la tradicional lista de los grandes penitenciaristas españoles, Bernardino de Sandoval, Tomás Cerdán de Tallada y Cristóbal de Chaves, entre los antiguos, y doña Concepción Arenal y el Coronel Montesinos, entre los relativamente modernos, hay que agregar otro nombre: don Eugenio Cuello Calón.

D. EUGENIO CUELLO CALÓN

hombre verdaderamente bueno y pedagogo insigne

JULIAN PEREDA S. J.

Con mil amores acudo a la llamada para poner también mi pobre flor en la corona que dedican los amantes del Derecho penal al insigne y bondadoso CUELLO CALÓN, maestro de maestros, tantos años profesor en el *alma mater* madrileña, fundador de esta Revista y gloria española por su entereza, su ciencia y sus publicaciones.

Es muy singular mi primer contacto con mi querido don EUGENIO CUELLO CALÓN, que acredita su mucha bondad y sencillez y fué el fundamento de nuestra futura amistad que había de fortalecerse y acrecentarse a lo largo de muchos años hasta su muerte.

Era el primer año de mi profesorado de Derecho penal. Tuve que explicar los famosos e ininteligibles artículos 159 y 161 del Código del 28, relativos a la determinación de las penas. Eran tantas las sentencias como los autores, y aún pusimos la personal nuestra en un artículo que apareció en *Razón y Fe*. La opinión que quedaba más al descubierto y en verdad no poco desacertada era la de CUELLO CALÓN. Así lo hacía ver, pero añadía con sincero cariño y admiración: "Ciertamente que no ha acompañado el éxito al señor CUELLO CALÓN en la explicación de ninguna de estas reglas, y cierto también que no se cimbrará por eso su justa fama de gran penalista. *Aquila non capit muscas*, no se entretiene el águila en cazar moscas."

Llegó mi artículo a manos de CUELLO CALÓN, entonces con muchos años de profesor en la Universidad de Barcelona y en plena gloria de penalista, y, sin embargo, me escribió una carta, cuando estaba yo en mi primer año de magisterio y absolutamente desconocido de todos, concebida en estos términos: "He leído muy detenidamente su artículo y he visto la tunda que en él me da, muy bien dada por cierto; pero he visto también el grande aprecio en que usted me tiene y la delicadeza con que me trata."

. Quedé realmente confundido, admirado y con mucho mayor aprecio de tan grande profesor, que así escribió, por propia iniciativa, a un maestro incipiente, ni siquiera profesor oficial, ni aun de centro reconocido por el Estado. Tal era la bondad, la sinceridad y la llaneza de don EUGENIO CUELLO CALÓN.

Muy particularmente la pude ver luego, durante la disolución de la Compañía de Jesús, cuando, cerrado el Colegio de Estudios Supe-

riores de Deusto y viéndome en San Sebastián al frente de una academia de Derecho, se volcó todo entero en mi favor, escribiendo a la Universidad de Salamanca a diferentes profesores para que recibieran a mis discípulos con toda consideración y afecto, como lo hicieron. Mucho le honra a don EUGENIO esta conducta tan caballerosa y valiente en aquellas tan amargas circunstancias.

Una gran cualidad he admirado siempre en las obras de CUELLO CALÓN, máxime en los textos para la enseñanza que he tenido que explicar muchos años, en la que no se han fijado los que le dedican este sentido homenaje y es la gran altura pedagógica que en ellos brilla. Cosa nada fácil y admirablemente lograda.

Nada fácil, por razones internas y externas. Por razones internas, pues supone gran claridad de ideas, gran precisión de términos, conocimiento profundo de la psicología del discípulo y grande amor a la ingrata tarea de acomodarse a sus balbuceos jurídico-penales, teniendo como único ideal grabar en su alma los principios fundamentales y básicos del Derecho, de manera que no sólo los entienda y asimile, sino que los ame y consagre a ellos su vida. Nada fácil también por razones que llamo externas, sin que lo sean en absoluto; pues, olvidando a veces el profesor su fin primordial al escribir el libro de texto, más se fija en sí mismo que en los discípulos; más en exhibirse como profundo y original conocedor de su disciplina, que en acomodarse al completo desconocimiento de sus oyentes y lectores; más viene a ser con frecuencia el libro de texto escaparate abierto a toda luz y exhibición para que todos le admiren y aclamen, que camino llano y recto que lleve al discípulo al templo de la sabiduría. De ahí esa profusión de citas y más citas que entorpecen con frecuencia la lectura; esa rección de las últimas teorías en sus mínimos detalles; ese lenguaje un tanto cabalístico y tantas insinuaciones y referencias y objeciones que dejan al pobre discípulo, como al que ha recibido un fuerte golpe en el boxeo, completamente grogui. Muy bien puede estar todo este lujo científico en artículos de revista, en trabajos monográficos, en los seminarios de investigación; pero lo creo reprochable en los libros de texto.

Buen ejemplo nos da CUELLO CALÓN, y bien prueban su aceptación y aplauso la serie interminable de ediciones y más ediciones que de sus textos se han hecho. Hasta en Caracas, donde desarrollé un curso completo de Derecho penal, pude ver lo muy conocido que era el texto de CUELLO CALÓN y lo mucho que lo apreciaban; de modo que me vi agradablemente forzado por los discípulos a seguir en gran parte su exposición y método.

Es clarísimo, como agua virgen; es ordenadísimo con su diferencia de caracteres tipográficos, según la importancia y trascendencia de lo que se expone; es de fácil y amena lectura por lo limpio y natural de su lenguaje impecable, por la acertada división en párrafos cortos, bien separados unos de otros con su numeración respectiva, por el mismo tipo de letra y nítida impresión. Véanse, n) precisamente su

apartado de legítima defensa o estado de necesidad de materia fácil para excitar la atención y hacer agradable la lectura, sino los destinados a la culpa, al dolo, al error, etc., etc., materias más áridas y de más hirientes aristas, difíciles para la plena captación.

Se dice que le falta fondo y que ahonda poco en el raciocinio jurídico; pero lo cierto es que, con el estudio del CUELLO CALÓN, quedan firmes y centrados los conceptos básicos penales, como la culpa, el dolo, causas de justificación e inimputabilidad, error, tentativa y otros mil sobre los que fácilmente podrá luego levantarse el edificio penal; lo que difícilmente se consigue cuando, a fuerza de distinciones y teorías y pretendida precisión, quedan un tanto borrosos e imprecisos y tambaleantes esos principios fundamentales en la mente del discípulo.

* * *

Pero no se olvide que es quizá lo de más valor en CUELLO CALÓN el riquísimo tesoro de sus notas, en las que puede encontrar el alumno la amplitud más que sobrada de conocimientos y teorías y erudiciones de última hora. También en esto le creo modelo.

Expone, v. gr., en la legítima defensa, en el cuerpo de la doctrina, la teoría clásica y la positivista; pero luego, en largas notas, explica la tan conocida de CICERÓN, en *Pro Milone*; las de PUFFENDORF, GEYER, VON BURI, MANZINI; luego las de HEGEL, FIORETI y ZERBOLIO... ¿qué más se puede desear cuando se estudia por primera vez la legítima defensa? Dice que el ataque ha de ser *ilegítimo*, y en larga nota expone la cuestión de si es lícita la defensa contra actos arbitrarios de las autoridades realizados con fuerza o violencia, y se manejan las opiniones de MAYER, BINDING, VIDAL-MAGNOL y CHAVEAU-HELIE; afirma que la defensa ha de ser *necesaria*, y se estudia en letra menor la supuesta necesidad de huir; se estudia la licitud de instalar instrumentos o aparatos ofensivos, con las opiniones de CARRARA y MANZINI y artículos de la *Rivista Penale* y la *Scuola Positiva*, y podríamos largamente continuar en este recuento de citas y opiniones y mil asuntos relacionados con el tema que abren amplio panorama al estudioso lector.

Y nótese que lo valioso de las citas en CUELLO CALÓN, no es precisamente el número de autores a que se hace referencia (cosa facilísima con sólo copiar ficheros de algunas bibliotecas), sino que son el fruto sazonado de una vida completa y únicamente dedicada al estudio y la enseñanza, papel y pluma en mano, que va notando constantemente cuanto le llama la atención en libros y revistas, sentencias de Tribunales, Congresos y Conferencias, para llevarlo luego a enriquecer la nueva edición con las últimas opiniones o singulares puntos de vista o interpretaciones dignas de atención; pero todo en notas, en párrafos de letra menor para no entorpecer la marcha limpia y simple del concepto fundamental.

¡Cuántas veces la lectura de las notas, y lo digo por experiencia

propia, ha sido la base y la razón de tesis doctorales, de monografías o de artículos de revista!

Este es CUELLO CALÓN en sus libros de texto, y este mismo carácter de profesor más en grande brilla en toda su constante producción. Creo que en ella resaltan como cualidades primordiales el oportunismo, la amplísima erudición, el estilo siempre limpio, natural y transparente y la suave amenidad con que se deja leer y entra en el alma callada y profundamente.

El oportunismo aparece en que es siempre de los primeros que se lanzan al ruedo y comenta y explica la ley o modificación que acaba de aparecer. Como está lleno y rebosante de materia jurídica y repleto su fichero de notas y opiniones de los diferentes autores, apenas sale, v. gr., el nuevo delito de abandono de familia, ya aparece su conocido folleto, varias veces editado, admirable por su erudición nacional e internacional, dividido en dos amplios apartados, el primero de doctrina y legislación comparada y el segundo su desarrollo en la legislación española. Brilla en el prólogo la bondad de su corazón, cuando se asocia a los "sociólogos, juristas y moralistas que reiteradamente, con angustiosa voz de alarma, denuncian el peligro y las trágicas consecuencias del hundimiento del hogar familiar, entre otras, la miseria, la prostitución, la criminalidad"... corroborado ampliamente con los párrafos que luego cita de su experiencia como juez del Tribunal de Menores de Barcelona.

Su erudición en la materia es amplísima: cita hasta 23 Códigos penales, con indicación concreta del artículo y las posteriores innovaciones en cada uno de ellos: la sola anotación de autores, obras y artículos de revista es impresionante, pero todo ello a su tiempo, en notas oportunas, sin marear, ni distraer la atención del lector y con el orden, la claridad y la posible amenidad de siempre. Igual sucede con la "Ley de Protección Penal del Cheque"; con la "Ley Penal del Automóvil"; con el precioso "Código penal de 1963", todo él fruto de su profundo saber pedagógico, con la cita en el margen superior de los artículos que se estudian en cada hoja, lo que hace poder encontrarlos tan fácilmente; con el extracto en letra cursiva del contenido de cada artículo al margen del mismo: y, sobre todo, con las amplias notas en diferente clase de letra, en las que expone una clara y concisa noción doctrinal de la materia, resumen de su texto, con múltiples citas de la Jurisprudencia, para aclarar el verdadero sentido del artículo, de modo que viene a ser, el Código sólo, como un manual conciso de todo el Derecho penal especial. ¡Vaya Código, me decía un discípulo; con él sólo, se puede preparar muy bien el examen!

Añádase el repertorio alfabético, muy detallado y en papel de distinto color; más 23 tablas para la aplicación de las penas: más 139 páginas que recogen toda la legislación penal especial, y se verá el trabajo y acierto pedagógico que todo ello supone.

Y pasando por encima de su triple estudio, tan conocido, sobre el aborto, eutanasia y fecundación artificial, con criterio tan recto y bien probado, quiero fijarme en su última obra amplia, fruto muy sazonado

de su gloriosa ancianidad, en la que ha recogido y ampliado lo expuesto en su cátedra durante tantos años en materia de penología.

Es un amplio tomo primero (no tengo noticia de que haya salido el segundo) de 700 páginas, titulado "La Moderna Penología": publicado en 1958, o sea a sus setenta y ocho años bien cumplidos. Es obra completamente nueva que no guarda relación con su Penología del año 1920.

Viene a ser como su testamento de ciencia penal, en el que, mientras manifiesta profundo conocimiento de las varias teorías modernas, se aferra con todo al sano criterio de toda su vida, que aunque pudiera parecer, a veces, anticuado y, como dicen hoy, superado, está plenamente convencido de que volverán las aguas a sus cauces primitivos, como abiertos que están en el eterno Derecho natural, fundamento necesario del penal.

Con cierto dejo de amargura, nos lo dice él mismo en el último párrafo de su breve prólogo:

"No es este un libro de combate, dice, ni de proselitismo; aspira tan sólo a exponer en un cuadro de conjunto los medios actualmente utilizados para la represión y prevención de la delincuencia y sus modalidades de ejecución. No pocos lo tacharán de anticuado y estimarán que muchas de las ideas en él defendidas han quedado rezagadas en la evolución de las doctrinas penales; mas no obstante esperar juicio semejante, sigo fiel a los principios tradicionales de la ciencia penal, hoy dejada a un lado, con precipitado abandono, por grandes masas de penalistas."

Conforme con esta su decisión, afirma sin titubeos, contra las doctrinas positivistas y las novísimas de la Defensa Social, que conoce con todo detalle, el carácter retribucionista de la pena... "Es la tal retribución (estoy espigando en su libro) su esencia íntima... la pena siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para quien la sufre... al mal del delito ha de seguir la aflicción de la pena para la realización de la justicia... es la que conserva y vigoriza en las masas populares el sentido de la justicia y da a la represión penal un tono moral que la eleva y ennoblece."

Así se expresa con esta limpieza de pensamiento y claridad de expresión, todo bien confirmado con profusión de notas concretas y frases de autores modernos, últimos artículos de revistas españolas y extranjeras y amplísima exposición, por otra parte, de las teorías modernas y diversos fines de la pena, cogiendo siempre lo mucho aprovechable que en ellas se puede encontrar. Vamos a fijarnos en un punto, hoy especialísimamente debatido y ampísimamente estudiado por CUELLO CALÓN; la pena de muerte, a la que dedica en su obra 134 páginas, 92 a su estudio en general y 37 a la pena capital en España. Veamos su criterio, a mi parecer muy acertado, y lo limpio, pedagógico y erudito de su exposición.

Por de pronto, se lee casi con el interés de una novela. ¡Gran mérito el suyo, hacer de un estudio jurídico y serio algo atrayente y sugestivo por la serie de datos históricos, como, por ejemplo, la his-

toria del verdugo, tan ampliamente contada, con profusión de datos; o con ocurrentes anécdotas que excitan la hilaridad e instruyen al mismo tiempo, v. gr., el estudio de la cuestión planteada desde el siglo xv de si era causa de la suspensión de la pena de muerte el ofrecimiento de una mujer pública de recibir al condenado por marido...! ¡Por lo visto, consideraban semejantes o equivalentes las dos penas! Por cierto que esta singularísima cuestión ha entrado también en los serios tomos de nuestros clásicos, después de pasar por el Romancero de Padilla, impreso en Madrid el 1583, y por las Quintillas de la Heria, citado también por el autor y en otros documentos literarios.

* * *

Presenta primero un pleno cuadro histórico-filosófico de la marcha que ha llevado el estudio de la pena de muerte en las diversas naciones. Inserta luego con todo detalle el número de las naciones que hoy la retienen y las que la han suprimido, y entra por fin en el estudio reposado de las razones en pro y en contra con asombroso cúmulo de datos y sugerencias, sin disimular en nada la fuerza de los argumentos que le podrían ser adversos.

Digo que le podrían ser adversos, no que le son; porque CUELLO CALÓN no pretende probar nada, no busca adeptos a su pensar, no levanta bandera de antiabolicionista, sino solamente expone los argumentos con toda fuerza; pero de tal manera quedan debilitados los del abolicionismo que se ve claro su pensar por la fuerza del raciocinio.

Expone primero los de carácter religioso, renovados en nuestros días por CARNELUTTI; los de la inviolabilidad de la vida humana, patrocinados por LUCAS y ELLERO, para pasar en seguida a los de más peso y más agria discusión, relativos a la discutida fuerza intimidante de la pena de muerte y a su irreparabilidad en caso de error judicial.

Treinta y ocho páginas dedica al estudio de su fuerza intimidativa, exponiendo amplísimamente todos los argumentos de los contendientes.

Pero ¿puede hablarse, insinúa CUELLO CALÓN con mucho acierto, de toda la fuerza intimidativa de la pena de muerte, cuando apenas habrá delincente, máxime de los más terribles, que no espere con razón poder evadirla? Y así entre en el examen detenido del número sin número de los que quedan al margen de la justicia, porque han sabido evadirla: de los que caen en sus redes, cuántos quedan libres de la última pena por la habilidad del abogado defensor, por supuestas enfermedades mentales, por trastorno mental transitorio o cosa semejante; a quién podrá faltar alguna atenuante, más o menos rebuscada, que le libre del grado máximo de la pena, y si, por fin, es condenado a muerte, ¿quién no confía en el indulto, que ha salvado a más de la mitad de los condenados? Y prueba esto último con interesantes estadísticas de Inglaterra, Francia, Alemania, España, etc.

En España, v. gr., en los años 1907 y desde el 1910 al 12 todos fueron indultados. ¿Cómo, pues, se puede esperar todo el poder intimidante de la pena de muerte en tales circunstancias?

Sin embargo, añade CUELLO CALÓN, lo tiene muy grande. ¿Por qué, si no, la ansiedad del condenado que espera el indulto? ¿Por qué la tensión torturadora con que la aguarda? ¿Por qué la desbordante alegría cuando salva la vida? Bien dijo DOSTOIEWSKI en su *Casa de los muertos*. Vivir... no importa cómo, pero vivir, este es el deseo de todos los hombres; aun del criminal más endurecido...

Brillantes páginas dedica también, y muy interesantes, al argumento de la irrevocabilidad por los simples errores judiciales; pero no puedo detenerme en tan importante materia, porque no quiero abusar del limitado espacio que se me ha concedido para esta participación en el homenaje a don Eugenio CUELLO CALÓN.

Una cosa quiero destacar, y es que esa pedagogía suya, ese vivir por la clase y para la clase y todo supeditado a la enseñanza, es la verdadera tónica, es el todo de CUELLO CALÓN. No eran sus cualidades para señalar nuevos rumbos, ni para amañar nuevas teorías, ni para investigar o adentrarse por terrenos desconocidos: nada de eso reza con don Eugenio. Toda su obra escrita viene a ser una ampliación de su texto penal. Todas sus monografías y artículos conciernen a puntos tratados en el texto, para que puedan ampliar sus conocimientos los que estudian Derecho penal: por eso todos tienen el mismo estilo, el mismo fin y el mismo método pedagógico: gran claridad, gran erudición en los trabajos complementarios, sin que nada turbe ni dificulte la marcha de la idea general; todo lo demás en notas y más notas bien pensadas y precisas.

Este es el gran profesor que ha perdido España, en quien el profesorado era el fin de su vida, no medio para la misma.

* * *

No olvidaré fácilmente la impresión que hizo en mis discípulos el anuncio de la muerte de CUELLO CALÓN ni la sentida devoción con que rezamos un responso por su eterno descanso. Después le dedicamos toda la clase, y al día siguiente mandé a los periódicos locales una breve nota de su vida y muerte, pues era en Bilbao muy conocido y querido.

Descansen en paz el hombre verdaderamente bueno y profesor insigne.

Eugenio Cuello Calón como contribuidor a la historia de la penología

LORENZO POLAINO ORTEGA

SUMARIO: La Historia del Derecho Español.—La Historia del Derecho Penal.—Valor dogmático de los antecedentes históricos.—Fuentes para la Historia del Derecho Penal.—El ensayo histórico de Cuello Calón.

La historia de nuestro Derecho penal está por escribir, como lo está la de tantas otras ramas de la ciencia jurídica patria. Es más, una obra de conjunto, una síntesis completa de la historia general del Derecho español, es tarea que no se ha superado, ni siquiera intenta seriamente, hasta tiempos muy recientes.

Es muy cierto que el primer paso en tal sentido lo dió Eduardo de Hinojosa, con su "Historia general del Derecho español" (Madrid, 1924), al que siguieron otros intentos más o menos logrados de los discípulos de su escuela (1), con una profunda floración monográfica en las páginas del *Anuario de Historia del Derecho Español*, que se publica desde el año antes citado.

Dentro de esta moderna tarea historiográfica de nuestro Derecho, Torres López comenzó, y aún no ha dado cima, una obra de grandes horizontes, y Juan Manzano viene dedicando su constante, meticulosa y sagaz investigación al Derecho Indiano (2), pero es García Gallo el que ha conseguido dar una visión panorámica total de la historia de nuestra ordenación jurídica nacional, a través de la sucesión de sus obras sobre la materia (3), cada vez más completas e informadas, con

(1) De la "Escuela de Hinojosa" merecen citarse, entre otros, GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho Español* (Madrid 1940); ROMÁN RIAZA y GARCÍA GALLO, *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1935); SALVADOR MINGUIJÓN, *Historia del Derecho Español*, Cuadernos (Zaragoza 1923-1924).

(2) TORRES LÓPEZ, *Lecciones de Historia del Derecho Español* (Salamanca 1933-1934) y JUAN MANZANO, *Historia de las recopilaciones de las Leyes de Indias, de José Manuel de Ayala* (Madrid 1945-47).

(3) RIAZA y GARCÍA GALLO, obra citada; GARCÍA GALLO, *Tratado de Historia del Derecho Español* (Madrid 1943, 3.^a edición); *Curso de Historia del Derecho Español* (Madrid 1956, 6.^a edición), y *Manual de Historia del Derecho Español* (Madrid 1959).

una sistemática expositiva ágil y mudable, si bien los índices y planificaciones de las materias en las últimas publicaciones resultan más confusos y difíciles que la concisa, metódica y didáctica exposición de su "Curso".

Sobre él dijo el Obispo de Tuy, Fray José López Ortiz, que "sin confundir la historia de nuestro Derecho con las ideas de nuestros pensadores sobre el Derecho, ni hacer un apartado arbitrario para introducir un esquema del desarrollo de nuestra literatura jurídica, se consigue encontrar el enlace histórico entre la teoría y el medio en que se produce, aquilatando en lo posible la influencia de la teoría sobre la práctica" (4).

Quizá la causa de nuestro retraso en el estudio de la historia de las diversas ramas del patrimonio jurídico nacional esté, como ha observado Maldonado, en la falta de vocaciones para esta clase de trabajos: "La historia del Derecho español, después del desgraciado intento de los civilistas, comenzó a trabajarse con altura científica por los historiadores: luego llegaron a ella investigadores que, aunque fuesen juristas por su título universitario, tenían una vocación especialmente para la historia... Y así vienen a quedar perfilados dentro de una temática del Derecho problemas como el de las fuentes y los documentos, que entre nosotros venían siendo bien conocidos y estudiados, pero sólo con una actitud de historiador; las fuentes se miran como fenómenos de formación de normas jurídicas, los documentos como actividades de aplicación de la norma y la literatura jurídica como una labor interpretativa (5).

Pero pese a estos meritísimos estudios generales sobre la historia de nuestro Derecho, la específica del Derecho penal queda por hacer, pues, como es lógico, aquellas obras de conjunto no pueden descender a las particularidades de una rama ni a los detalles de su evolución, y su valor fundamental está en "que sobre todos sus méritos ofrece —según escribió para un caso parecido otro historiador— el de abrir un firme camino en un terreno poco explorado. Los que marchemos detrás podremos hacerlo con mayor desembarazo, porque las líneas generales, la estructura de este pasado quedan ya sólidamente dibujadas" (6).

* * *

Los pocos trabajos que se han ocupado de la historia del Derecho penal en nuestra patria podemos clasificarlos en distintos grupos, según las características semejantes que entre sí tienen algunos de ellos, lo que nos facilitará más su enumeración y ligero comentario.

(4) FRAY JOSÉ LÓPEZ ORTIZ, *Un avance de la historia de nuestro derecho patrio*, en *Arbar, Revista General de Investigación y Cultura* (1940, págs. 67-73).

(5) MALDONADO, *Ante una exposición de conjunto de la historia del Derecho Español*, en el *Anuario de Historia del Derecho Español* (1946, págs. 1010-1025).

(6) JUAN DE MATA CARRIAZO, *Prólogo para la Historia del Adelantamiento de Cazorla*, de Juan Francisco Rivera Recio (Toledo 1948).

Un primer grupo, por su mayor amplitud, lo constituyen aquellos capítulos de los tratados generales dedicados a la "historia del Derecho penal" o, enunciado de otra forma, como "precedentes históricos", concisos en sí y de escaso valor científico, en los que sus autores se limitan a ir arrastrando noticias de segunda mano, y cuando más agregar alguna otra de su propia investigación, cual si fuera el acarreo de un nuevo sillar, sin ordenación ni concierto histórico, para un edificio aún por construir. De tales capítulos, quizá los mejores sean los del "Derecho Penal", de Cuello Calón (7), por la bibliografía extranjera que anota a los pies de sus páginas.

Forman otro grupo ciertas obras cuya misión principal era muy otra, pero que, por estar íntimamente ligado ello con nuestra materia, daban noticias referentes al Derecho penal en determinados momentos históricos; pero no con idea, plan y técnica de relato histórico-penal, sino sólo como "noticia" utilizable a un proyecto posterior para nuestro fin. Por ejemplo, la "Historia de los Heterodoxos Españoles", de Menéndez Pelayo, o la "Historia of the Inquisition of Spain", de Lea, y algunos trabajos monográficos, como los del P. Montes y los de Cirac Estopañan (8).

Un tercer grupo está formado por aquellos otros relatos históricos, más o menos teñidos de costumbrismos folklóricos, que hacen centro de su temática a determinados aspectos de la delincuencia, aportando un caudal de datos útiles a la posible historia del Derecho penal, pero que ello, en sí mismo, no constituyen un capítulo completo de esa historia. Entre éstos, en España descuella el estudio de Bernardo de Quirós sobre el bandolerismo andaluz (9).

El último grupo lo constituyen verdaderos ensayos de historia del Derecho español, de los que sólo uno de suficientes méritos científicos es conocido por mí, el de Ruiz Funez (10). Este trabajo consta, esencialmente, de dos partes, una primera en la que sigue meticulosamente el rastro de la pena de muerte en los textos legales históricos: Fuero Juzgo, Libro de los Fueros, Fuero Viejo, Fueros Municipales, Fuero Real, Leyes de Estilo, El Espéculo, Las Partidas, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Montalvo, Leyes de Todos, Nueva y Novísima Recopilación; y una segunda parte donde continúa su tarea anotadora sobre la pena capital en las leyes codificadoras y especiales, desde el Código de 1892 hasta el de 1932.

Este trabajo es una magnífica síntesis de la historia de la pena de muerte, pero sólo limitada al campo de la legislación española, más

(7) CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, Parte General, 8.^a edición, Madrid 1947, páginas 50 y ss.

(8) P. MONTES, *El crimen de herejía* (Madrid 1918), y S. CIRAT ESTIPAÑÁN, *Los procesos de hechicería en la Inquisición de Castilla la Nueva* (Madrid 1942).

(9) BERNARDO DE QUIRÓS, *Bandolerismo y delincuencia subversiva en Andalucía* (Madrid 1913).

(10) MARIANO RUIZ FUNES, *Progresión histórica de la pena de muerte en España*, en la Revista de Derecho Público, julio 1934, pág. 13.

meritoria en su primera que en su segunda parte, y termina con unos apartados sobre las tentativas abolicionistas, el indulto, la pena de muerte en la república (1932), en su constitución y en la vida y opinión española de tiempos del autor, en los que la pasión política enturbia a las investigaciones científicas (11).

* * *

Por otro lado, están fuera de toda duda las numerosas ventajas y el ningún inconveniente que ofrece el conocimiento de los precedentes históricos de una rama jurídica para el mejor análisis y entendimiento dogmático de su verdadero contenido. Ya Cicerón había dicho que la Historia es la maestra de la Vida.

Prueba intuida, si no demostrada, de cuanto antecede, es que casi todos los autores de textos doctrinales de la literatura jurídica española tradicional dedicaban un capítulo a tales antecedentes históricos, y la imperfección de muchos de aquellos ensayos, arrastrando errores

(11) Por ejemplo, al aludir a la estadística penal, recoge unos datos de Rafael Salillas, según los cuales, en los años 1867 a 1899, treinta y tres en total, se pronunciaron 1.167 penas de muertes, de las que se ejecutaron 398 y se indultaron las 769 restantes. Y agrega luego: "Algunos acontecimientos políticos, concurridos durante el periodo de examen, influyeron en la aplicación de la pena de muerte de un modo favorable, atenuando su imposición: tal ocurrió con la Revolución de septiembre (1868) y con el advenimiento de la República (1873). El máximo rigor se inició en 1874 para alcanzar su auge en 1876 a raíz de la restauración borbónica. Luego decreció. Puede afirmarse que la mayor aplicación de la pena de muerte no coincide con los periodos de mayor cifra de criminalidad. En efecto, estos periodos de mayor criminalidad son consecuencia de la también mayor relajación e inseguridad en la aplicación de las leyes penales, pero no autorizan a la contraria deducción política de Ruiz Funes que antecede, como lo demuestran los siguientes datos puramente estadísticos, a base de los señalados por Salillas y recogidos por él, completados con lo que Cuello Calón aporta en su estudio posterior de la historia de la pena de muerte (pág. 37), de que después me ocuparé.

Periodos de referencia	Población media de España durante tales periodos	Número medio de penas de muerte por cada año					
		Impuestas		Ejecutadas		Conmutadas	
		Números absolutos	Por millón de habitantes	Números absolutos	Por millón de habitantes	Números absolutos	Por millón de habitantes
De 1867 a 1899 Absolutismo y República	16 millones	33,50	2,09	12,00	0,75	21,50	1,34
De 1900 a 1909 Monarquía Constitucional	17 millones	26,90	1,58	3,60	0,21	23,30	1,37
De 1947 a 1956 España actual	28 millones	8,00	0,28	3,60	0,12	4,40	0,16

y sin afrontar una verdadera investigación de historiador, no desdicen la certera convicción de sus autores respecto a la utilidad del conocimiento del pasado de sus respectivas disciplinas, aunque luego no supieran o no pudieran servir sus convicciones con una sólida construcción histórica en que apoyarse.

Un ejemplo de cuanto aseguramos es que el profesor Prieto Castro sólo pudo perfilar doctrinalmente, como nadie lo había hecho antes que él, la figura del llamado "juicio ejecutivo" de la legislación española, a base de un estudio más serio y detenido del título ejecutivo y de su actuación y eficacia procesal, a través de los tiempos y desde sus primeras manifestaciones (12).

García Gallo, sin exceso de partidismo, concreta bastante bien el valor interpretativo de los conocimientos históricos de cualquier institución jurídica con estas medidas y acertadas palabras: "De ningún modo cree el autor que la Historia del Derecho sea la que nos dé el concepto del Derecho y proporcione las soluciones que el jurista busca a los problemas que hoy se plantean, como tampoco puede darlas por sí sola la Filosofía o cualquier otra disciplina jurídica. Pero si cree que sabiendo por qué los conceptos e instituciones son hoy como son, la realidad actual será mejor comprendida y apreciada, como algo de valor relativo que responde a determinados presupuestos de hecho y de principios susceptibles de adaptación y perfeccionamiento; como lo fueron otros sistemas que en su tiempo se estimaron perfectos" (13).

Un jurista tan fino en sus análisis y tan metuculoso en sus tareas como el profesor Guasp, que prescindió en absoluto del elemento histórico al construir la parte hasta ahora publicada de sus monumentales "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil", no lo hace por menosprecio de ellos, sino todo lo contrario: "Lejos estoy de creer —escribe— que la Ley de Enjuiciamiento civil, sumergida en un determinado ambiente histórico, como Beseña exactamente ha subrayado, no pueda beneficiarse de su reflejo por un enfoque histórico acertado... No, el silencio hacia la historia no es desprecio, sino respeto; el mismo respeto que olvidan los que creen o tratan de creer que la copia de unos cuantos epígrafes es una síntesis acertada de la evolución histórica de nuestras instituciones procesales. Ciertamente, podría objetárseme que nada me ha impedido sustituir tales precedentes superficiales por un estudio más profundo de la historia de cada institución. Sólo que el reparo no sería exacto; porque mi preparación para ello es en absoluto inadecuada; si los especialistas de nuestra historia jurídica, por otra parte, no han conseguido hasta ahora llevar a cabo la misma tarea, mal puede exigírsele su realización a quien trabaja en otro sector de la realidad" (14).

* * *

(12) PRIETO CASTRO, *Cuestiones de Derecho Procesal* (Madrid 1947).

(13) GARCÍA GALLO, *Manual...*, Prólogo.

(14) JAIME GUASP, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid 1943, Introducción, pág. VIII).

He escrito en cierta ocasión “que por aquellos tiempos históricos —y aun por éstos—, al lado del Derecho escrito había un “derecho vivido” por el pueblo, no siempre coincidente en un todo, cuya versión real es la que nos dan las... costumbres locales, “usos fori” y hasta corruptelas procesales” (15) y cuyo texto, como es consiguiente, no se puede encontrar solo en los campos legales de nuestro ordenamiento jurídico pretérito.

García Gallo hace una clasificación bipartita de las fuentes del conocimiento del Derecho histórico, en textos jurídicos y fuentes no jurídicas. Entre aquéllos distingue tres grupos: Las fuentes del Derecho, la literatura jurídica y los refranes, etc., en que aquél se declara expresamente; los de documentos de todas clases, instrucciones, actas notariales, formularios, sentencias judiciales, etc., que aplican el Derecho a casos concretos, y las representaciones plásticas de reglas jurídicas: pinturas, escudos, sellos, atributos, símbolos, etc. El segundo grupo está formado por las fuentes no jurídicas en que se conservan huellas de principios o normas de Derecho: religiosas, morales, económicas, históricas, literarias, etc. (16).

Por lo que toca a la historia del Derecho penal, no basta con hacer una relación cronológica, más o menos extensa o detallada, más o menos general o parcial, de los cuerpos legales generales, o incluso de los distintos fueros locales, en sus partes primitivas. Es preciso una investigación, fijación de noticias y síntesis expositivas mucho más amplias.

En primer lugar, habría que buscar por los fondos procesales y documentales de los archivos de nuestras Audiencias, Cancillerías y Supremo Consejo de Castilla, donde yacen sumarios famosos (17) y otros que no lo fueron, entre cuyos folios hay inquisiciones, informes, declaraciones y sentencias, donde aún palpitan huellas calientes del Derecho penal aplicado a cada caso concreto.

Hay que acudir a las colecciones de dictámenes y resoluciones de los casuistas y juriconsultos, como los históricamente famosos Bartolo y Valdo (18), y a las obras de los moralistas, tales cual “Discurso del amparo de los legítimos pobres y reducción de los fingidos”, de Cristóbal Pérez de Herrera, publicado en Madrid en 1598.

Otras importantes fuentes para el conocimiento del Derecho penal histórico verdaderamente vivido y de cómo éste lo fuera, son los “Diarios de Avisos”, verdaderos noticiarios de la época, tales como el de Pellicer, Barrionuevo y Liñán, y a las “Noticias de Madrid”, anóni-

(15) LOREZO POLAINO, *La delincuencia en la Novela Picaresca*, Discurso de ingreso en la R. A. de B. L. de Sevilla. En prensa.

(16) GARCÍA GALLO, *Curso...*, pág. 7.

(17) Ya han sido estudiados, por ejemplo, los procesos de don Alvaro de Luna, de Los Comuneros de Castilla, de don Rodrigo Calderón, de algunos de Los Siete Niños de Ecija, etc., todos ellos famosos. Pero no bastan.

(18) Se concedió autoridad de ley a las opiniones de Bartolo y Valdó, por una pragmática sanción de los Reyes Católicos, dada en Madrid en 1499.

mas y luego publicadas; a los relatos de viajes de quienes fueron precursores de Dumas o Merimé, como Brunnel, Bertaut, Madame d'Aulnay y d'Alcide, y a las "Colecciones de cartas", como las de los Padres de la Compañía, y las de Muret, Almansa y el Licenciado Porras (19).

Igualmente arrojan noticias para la historia del Derecho penal las colecciones de documentos y relatos escritos que se conservan en nuestros archivos y bibliotecas, como el de Chaves, y los relatos costumbristas, escritos por sus contemporáneos, o compuestos a la vista de documentos de su época, cuales los de Zabaleta, Santos y Colmenar, amén de algún que otro anónimo (20).

Otras fuentes históricas de gran valor para nuestra disciplina son las obras literarias, realistas y populares, ya sean romances, como los de Quevedo, ya sean entremeses o jácara, como los de Quiñones de Benavente (21), ya sean las obras de teatro de nuestros clásicos, como Lope, Tirso, Calderón, etc., muchas de las cuales están montadas sobre verdaderos casos de justicia penal, como "El Alcalde de Zalamea" o "Fuenteovejuna".

Mención especial merece la conveniencia de estudio, desde este punto de vista que nos interesa, de la Novela Picaresca, depósito de noticias verídicas sobre la vida penal en España, en los siglos XVI al XVIII, ya en sí misma, ya a través de sus anotadores y comentaristas en tal aspecto, como Salillas, Serrano Jover, Bonilla Sanmartín, Rodríguez Marín, Joaquín Hazaña, etc. (22).

(19) Entre las colecciones de *Avisos* tenemos las de JOSEF DE PELLICER, *Avisos de Corte* (1635-1644); JERÓNIMO DE BARRIONUEVO, escritos sobre 1654-1658 y publicados en 1892; LIÑÁN Y VERDUGO, *Avisos y guía de forasteros que vienen a la corte*, correspondientes a años de la misma centuria, y las colecciones de *Noticias de Madrid*, anónimas, compendiadas y publicadas por González Palencia (1621-1627) y por Rodríguez Villa (1636-37). De los relatos de viajeros merecen destacarse los de BERNAUT, *Voyage d'Espagne*; los de MADAME D'AULNAY, *Relación de sus viajes por España*, versión española, y el de ROBERTO D'ALCIDÉ, *Relación de Madrid*, también del siglo XVII. Entre las colecciones de cartas noticiosas sobresalen las *Cartas de algunos Padres de la Compañía... Años 1634 y 1648*; las de MURET, *Lettres écrites de Madrid en 1666 et 1667*; la de ANDRÉS DE ALMANSA, en 1622 a 1623, y las del Licenciado Porras al Cardenal Niño de Guevara, publicadas en 1900.

(20) Entre los documentos curiosos de nuestros archivos merecen citarse la *Relación de la cárcel de Sevilla*, de CHAVES, en la Biblioteca Colombina, publicada por Rivadeneyra en el tomo 23 de su colección, y los documentos de la Biblioteca Nacional, que trasplantó JULIO MONREAL a sus *Cuadros viejos*, a fines del siglo XIX. Otros relatos costumbristas con noticias curiosas a nuestros propósitos, son los de ZABALETA, *Día de fiesta por la tarde*; SANTOS, *Días y noches de Madrid*; ALVAREZ DE COLMENAR, *Les délices de l'Espagne et de Portugal*, y las *Pragmáticas del tiempo*, también publicados por Rivadeneyra en su colección.

(21) QUEVEDO, Romance *Arreglado está el Mundo*; QUIÑONES DE BENAVENTE, *Colección de entremeses, loas y jácara*, y las otras colecciones anónimas, similares a la última, publicadas por Costarelo.

(22) Especialmente, RAFAEL SALILLAS, *El delincuente español*, tomo *El hampa*; SERRANO JOVER, *El hampa española y la administración de justicia en la Novela Picaresca*; BONILLA SANMARTÍN, *Pícaros y hampones*; RODRÍGUEZ MARÍN, *Discurso preliminar a Rinconete y Cortadillo*; JOAQUÍN HAZAÑA, *Los*

Por último, es imprescindible consultar no ya sólo los tratados publicados de la Historia General de España, desde la de Lafuente a la monumental que dirige el maestro Menéndez Pidal, sino aquellas otras historias parciales de épocas, localidades y personajes, escritas por sus contemporáneos o resucitadas por solventes investigadores posteriores (23).

La utilización del material antes apuntado, y de otro mucho similar al mismo, abriría horizontes dilatados a los estudiosos de la historia de nuestro Derecho penal, tarea tan ímproba que sólo puede afrontarse, según pienso, como labor de equipo bien conjuntado, y con la suficiente preparación de técnica jurídica e histórica, no bastando con tener sólo una de ellas para coronar tan ambicioso empeño.

* * *

Cuello Calón, ya muy avanzada su vida, nos dejó una prueba concluyente de ser uno de aquellos investigadores a que aludía Maldonado, que, aun siendo jurista por su título —y uno de los mejores de la España de nuestros tiempos—, tenía una vocación especial para la historia: se trata de su “Contribución al estudio de la historia de la pena de muerte en España”, publicada primero en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, e incorporada luego para formar un capítulo de su “Moderna penología” (25). En este ensayo monográfico, aunque conciso por el fin a que se destinaba, se utiliza por el maestro la técnica y los medios del buen historiador del Derecho.

Construye no sólo sobre citas de los principales cuerpos legales históricos, Fuero Juzgo, Las Partidas, etc., sino también sobre los

Rufianes de Cervantes, y LORENZO POLAINO, *La delincuencia en la Novela Picaresca*.

(23) Ejemplo de los primeros, la extensa serie de crónicas en torno a los tiempos de los Reyes Católicos, antes y después —Mosén, Diego de Valera, Hernando del Pulgar, El Cura de Los palacios, etc.—, publicadas y anotadas por Juan de Mata Carriazo; o la *Historia de la Decadencia de España*, de CÁNOVAS DEL CASTILLO; o la *Introducción al Estudio del Siglo de Oro*, de POFANDEL; o la serie de monografías sobre la España de Felipe IV, de DELERTO. Como historias locales, la *Historia de la Villa y Corte de Madrid*, de AMADOR DE LOS RÍOS, o la *Historia de Sevilla*, de MORGADO. Y como historias de personajes, la insuperable serie de *El Conde Duque de Olivares*, el *Antonio Pérez*, *Los Vélez*, etc. de GREGORIO MARAÑÓN; o las autobiografías, como el *Diario de mi vida*, de ALONSO DE CONTRERAS, publicado a principio del siglo actual por Serrano Suárez.

(24) Las obras citadas en las últimas notas precedentes como constitutivas de posible material histórico a utilizar, lo fueron sólo a título de ejemplo, y por anotar únicamente las manejadas por mí en distintas ocasiones. El número posible de las fuentes similares es copiosísimo, y la relación concisa, aunque sólo fuera de las más conocidas, imposible de hacer para un trabajo tan limitado como el presente.

(25) Véase ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo X, fascículo 1.º, págs. 9 y ss. Madrid 1957, y la *Moderna Penología*, tomo 1.º, páginas 210 y ss., Barcelona 1958. Nuestras citas las hacemos sobre el primer trabajo monográfico.

fueros municipales más importantes, como el de Salamanca, Madrid, Cuenca, etc., y hasta apoyándose en distintas ordenanzas reales de capital importancia en el aspecto penal, como la famosa Ley de la Santa Hermandad, promulgada por los Reyes Católicos, o en otros trabajos doctrinales de Derecho procesal o penal, como el de Pradilla Barriónuevo: "Tratado y suma de todas las leyes penales", o el de Marco Gutiérrez: "Práctica criminal de España" (26).

No desdeña las noticias tomadas de procesos famosos, como los de algunos privados o comuneros, y el de los Niños de Ecija; ni las suministradas por los "Avisos", de Pellicer o Barrionuevo, o por relatos de extranjeros, como Borrow, o de nacionales, como los de Bernardo de Quirós sobre el bandolerismo andaluz (27).

Sopesa y valora otras informaciones de puro origen literario, como las "Quintillas de Hería" o los "Romances de Padilla", publicados luego por Rodríguez Marín, o consideraciones históricas de moralistas-políticos, como Castillo de Bovadilla, así como de ciertos precursores de los modernos penitenciaristas, como Cerdán de Tallada, en sus "Visitas a las cárceles y los presos". El valor histórico de los relatos de la Picaresca está expresamente reconocido por el maestro en su monografía, aunque ni siquiera haya pretendido utilizarlo (28).

En cambio, sí utiliza las fuentes históricas narrativas, desde la general de Lafuente a otras parciales, como la "Crónica de los Reyes de Navarra", del doctor Juan de Jaso, o la "Historia de los Reyes Católicos", de Andrés Bernáldez; y las historias locales, como la "Historia de Salamanca", de Villar y Macías; o los relatos históricos especializados, como el ya citado sobre la inquisición española de Lea, o la "Historia de los Heterodoxos", de Menéndez Pelayo (29).

En síntesis, no puede decirse que haya dejado de utilizar, dentro de los límites a que su monografía venía constreñida, el mayor número de fuentes históricas aconsejables para su finalidad.

Por otro lado, su exposición histórica viene sometida a un plan dogmático, que era impuesto también por su proyectado encuadramiento dentro de su obra general sobre penología, supeditando su narración cronológica pura a una sistemática doctrinal, en la que se ordenan las materias, sin olvidar del todo aquella cronología, atendiendo preferentemente a las formas de aplicación de la pena capital, su crueldad y su prodigalidad a través de los tiempos, su publicidad en la ejecución, la asistencia religiosa y la sepultura de los ejecutados, algunas incidencias célebres de ejecuciones, la figura del verdugo, normas legales actuales para su aplicación y algunos datos estadísticos recientes (30).

Por último, con la honradez literaria que siempre le caracterizó, el autor ilustra los textos de su información no sólo a lo largo de sus

(26) Monografía citada, págs. 10, 11, 16 y 20.

(27) Monografía citada, págs. 15, 19, 25, 27 y 35.

(28) Monografía citada, págs. 24, 25 y 30.

(29) Monografía citada, págs. 13, 14 y 19.

(30) Monografía citada, pág. 9 y Penología, pág. 110.

noventa y una notas de la monografía, con más de doscientas citas diferentes, sino en su último apartado y nota final de su pie, complementaria de cuanto antecede. En tal información bibliográfica, como era costumbre en Cuello Calón, se reseña al día casi todo lo que en España se había escrito sobre la materia, lo que era, por otro lado, todo conocido por él mismo.

* * *

La monografía histórica sobre la pena de muerte en España de Cuello Calón tiene, además, otro valor: el valor de enseñarnos cómo hay que hacer la verdadera historia de una institución penal cualquiera; el valor de una lección más del maestro. Y no digo de su última lección, porque su lección total, primera y última, fué su propia vida: desde que le alumbró la razón hasta que la rindió a Dios.

Proyección del pensamiento de D. Eugenio Cuello Calón en el ámbito internacional

ANTONIO QUINTANO RIPOLES

Al surgir a la vida científica CUELLO CALÓN, en coincidencia prácticamente con la iniciación de nuestro siglo, el panorama del Derecho penal patrio, aunque contase ciertamente con egregios cultivadores, como su maestro salmantino Dorado Montero, y en Madrid el que lo fué de todos los de su generación, don Luis Silvela, se desarrollaba en un marco más bien nacional, y hasta provinciano en relación con las corrientes europeas, a las que la nueva generación del Novecientos estaba llamada a incorporarse. Y se incorporó, efectivamente, por propio derecho, contando el joven CUELLO CALÓN como uno de sus pioneros, luego seguido por los otros dos grandes del pensamiento jurídico penal contemporáneo, SALDAÑA y JIMÉNEZ DE ASÚA, trilogía de maestros en que se han formado, ya en conjunción con las técnicas universales, las presentes generaciones de penalistas hispánicos, hijos o nietos espirituales de aquella finisecular, en no pocos aspectos coordinada con la gloriosa artístico-cultural del 98. Con la que guarda, para su honor, afinidades, algunas quizá casuales, pero otras electivas, en el sentido goethiano de la expresión, una de las cuales es la de la curiosidad abierta a lo foráneo, que no hay que confundir, como tantas veces se confunde, con el papanatismo o la pedantería, sino con un ansia de depuración en el saber que no debe conocer fronteras, ya que, como dijo en frase memorable el gran RAVEL, *la ciencia es internacional, el arte nacional, y sólo la estupidez es nacionalista*. Y aquella ciencia, a la sazón irradiante de los focos dirigentes de Italia y Alemania, es la que fué a buscar el joven estudioso salmantino, yendo de Salamanca a Bolonia—dos bellos nombres evocadores de un pasado glorioso—y más tarde a Berlín, el centro universitario de máximo prestigio en aquel presente ilustrado por el magisterio del gran Von LISZT.

De la doble experiencia italiana y germánica, CUELLO aprovechó sin duda, muy valiosas enseñanzas, pero quizá; como principal de todas ellas, un sentido de equilibrio y universalidad, que no lo dan precisamente los libros, a utilizar en cualquier parte, sino la vivencia con gentes y climas diversos, en contraste de opiniones y verdades que engendran un continuo anhelo de saber, en un clima de tolerancia y crítica adverso al cerril dogmatismo del *Magister dixit*.

Las primeras armas penalistas las hizo don Eugenio en la es-

cuela de la más dura realidad, la de la Criminología, que es buen asiento, aunque incómodo y a veces peligroso, para el jurista. Y fruto suyo fué su primera monografía sobre un tema criminológico e internacional, el de *La mafia*, publicada sin fecha por Rodríguez Serra, en Madrid, en la "Biblioteca de Ciencias Penales", y escrita o elaborada durante la estancia del autor en Bolonia en la alborada del nuevo siglo, en 1902. Fecha y lugar que justifican el tono experimental en que está concebida la obra, en un clima ideológico afín al entonces omnipotente positivismo, en que se estudian con extremado vigor los datos estadísticos, raciales y ambientales en que la criminalidad de la mafia siciliana surge, tan afín a la del bandolerismo andaluz, paralelamente investigado coetáneamente por Bernaldo de Quirós, que por cierto prologó este primer libro de CUELLO, al que siempre ligaron lazos de amistad, como lo prueba el artículo necrológico que pocos años ha dedicó con fervoroso recuerdo desde estas páginas del ANUARIO. Pero así como Bernaldo de Quirós, en su también dilatada y fecunda existencia, permaneció en el campo de los estudios criminológicos. CUELLO se limitó a utilizarlos en su condición de preliminares y auxiliares del Derecho penal, disciplina jurídica a la que iba a dedicar lo mejor de sus afanes. Y ya dentro de ello, resistiendo a los seductores cantos de sirena, que el positivismo entonces predominante en la ciencia italiana habría de producir en un joven, supo mantenerse en una línea de equilibrio y sincretismo a la que habría de permanecer fiel a lo largo de su vida. En la propia Italia simpatizó, quizá por imperativos temperamentales, con el eclecticismo de la *Terza Scuola*, y en cierto modo, ha venido siendo CUELLO en España el creador o inspirador de una dirección afín, como en Alemania lo fuera Von LISZT, salvadas todas las distancias. En su Seminario berlinés, en que se centralizaron con dimensión europea los esfuerzos de la Política Criminal para renovar los caducos sistemas represivos reinantes, no con ímpetu de extremismo revolucionario, sino de sincretismo y moderación. CUELLO se interesó profundamente por las tareas de la reforma penal en marcha a través de los grandes Proyectos europeos de la Anteguerra, que tanto le servirían, andando el tiempo, para sus cometidos de inspirador de la legislación penal patria. El Código de 1928, obra en gran parte de colaboración Saldaña y CUELLO, puede considerarse en sus mejores aspectos, fruto tadio de las enseñanzas político-criminales del Seminario berlinés.

Los contactos y preocupaciones por lo internacional, alterados con las múltiples tareas que le incumbían a España, dejaron jalones continuos en la obra de CUELLO: en 1915 redactó uno de los primeros trabajos sobre el tema entonces casi juliovernesco del Derecho: *La navegación aérea desde el punto de vista del Derecho penal*, y en 1928. *L'extradition des nationaux*, publicado en la "*Revue de Droit Pénal et de Criminologie*", de Bruselas, la gran publicación progresiva y europeísta, a la que CUELLO CALÓN ha estado toda su vida vinculado, siendo su único corresponsal español hasta su muerte, habiéndole sucedido desde entonces el autor de estas líneas.

Por lo que respecta a labores colectivas en asociaciones o certáme-

nes científicos de tipo internacional, hay que destacar el concurso prestado por el profesor español a las *Conferencias para la Unificación del Derecho penal*, notablemente a las de Varsovia de 1927 y Roma de 1928, así como al Congreso de la *Asociación Internacional de Derecho Penal*, el 11 de Bucarest, en 1929. Fué representante constante de España en la *Comisión penal y penitenciaria* y de su sucesora la *Fundación*, incorporada a la O. N. U., así como Presidente honorario por renuncia de la presidencia efectiva, del grupo español de la "Asociación Internacional de Derecho Penal", creado apenas un año antes de su muerte.

En el ámbito de lo internacional regional del mundo hispánico, aunque personalmente CUELLO CALÓN no llegase a cruzar el océano, su espíritu sí que hizo incesantes travesías. Su nombre y sus libros, sobre todo el insustituible manual de *Derecho penal*, puede afirmarse ser casi tan familiar a los estudiosos hispano-americanos como a los españoles. Por su cátedra de Barcelona (desde 1912) y Madrid (desde 1939) han desfilado varias generaciones de alumnos americanos, que algunos son ya maestros en sus respectivos países, llevando a las cátedras, y a veces a las leyes nacionales, las enseñanzas ecuanímes, claras y profundamente humanas del venerable maestro español. Uno de ellos, y de los más insignes, Raúl Carrancá y Trujillo, ha podido afirmar, respecto al Código penal mejicano, su inspiración principalísima en las ideas de Jiménez de Asúa, Saldaña y CUELLO CALÓN. Otro tanto pudiera decirse del de Defensa Social cubano, tan de cerca influido por el español de 1928, que, a su vez, como ya dije, fué en no escasa parte obra de Saldaña y CUELLO. En fin, una de las Ponencias generales del *Primer Congreso Hispano-luso-americano y filipino penal y penitenciario*, celebrado en Madrid en julio de 1952, fué encomendado al profesor CUELLO CALÓN, que desarrolló el tema, siempre para él tan querido, de *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*.

El internacionalismo de la mejor ley de CUELLO CALÓN, resalta, por lo demás, a lo largo de todas sus obras, por la extensión que generosamente acuerda a la bibliografía y legislación extranjeras. Lo que merced a él y a otros insignes profesores ha llegado a ser una constante de nuestras publicaciones científicas, asilo hospitalario a los temas comparatistas, y que contrasta felizmente con el exclusivismo de otras en que sólo se acogen las ideas locales, en alarde de chauvinismo, tan en pugna con el universalismo de que siempre hizo gala el genio hispánico y que, en la ciencia penal, en buena parte debemos al egregio ejemplo del desaparecido maestro salmantino.

La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal *

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. Interpretación del número 3.º del artículo 586: 1. Formación histórica de este precepto.—2. Ambito de aplicación: a) Objeto de protección; b) Clases de imprudencia que pueden considerarse incluidas en el número 3.º del artículo 586: a') Imprudencia simple sin infracción de reglamentos; b') Imprudencia de hecho y de derecho.—3. Estructura técnica del número 3.º del artículo 586.—III. Interpretación del artículo 600: 1. Formación histórica de este precepto.—2. Ambito de aplicación: a) Objeto de protección; b) Clases de imprudencia que pueden considerarse incluidas en el artículo 600.—3. Estructura técnica del artículo 600.—4. Significación del artículo 600 en orden a la incriminación culposa de los delitos de daños.—IV. La imprudencia simple sin infracción de reglamentos y la distinción legal entre delitos y faltas.—V. Naturaleza de la imprudencia simple sin infracción de reglamentos en nuestro Derecho positivo.—VI. Balance crítico de la Revisión de 1963 y conclusiones de *lege ferenda*.

I.—INTRODUCCIÓN

En la medida en que se interprete el término *voluntarias* del párrafo 1.º del artículo 1.º del Código penal como el soporte legal del elemento *culpabilidad* (1), es forzoso concluir que rigen, en principio,

(*) El tema del presente trabajo fue propuesto para desarrollar como becario de la Sección de Derecho Penal del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, de la que era Director el Profesor Cuello Calón. Constituye para nosotros un honor poder ofrecerlo, gracias a la gentileza del Consejo de Redacción del Anuario, como homenaje póstumo al que fue nuestro Director.

(1) Así, por ejemplo, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* I (Barcelona, 1960), página 272 y J. DEL ROSAL, *Derecho Penal español* I (Madrid, 1960), p. 202 y 204.

Como es sabido, la interpretación del término *voluntarias* dio lugar a dos direcciones doctrinales y jurisprudenciales: una que identifica la voluntariedad con el dolo —discutiéndose si con todas las clases de dolo o sólo con el directo—, entendiéndose que la infracción culposa se define en el artículo 565, y otra que sostiene que por voluntariedad ha de entenderse la culpabilidad en general. Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I (Madrid, 1949), p. 139 s. y A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* (Barcelona, 1958), p. 205 ss. A juicio de QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal* I (Madrid, 1963), p. 298. la interpretación omnicompreensiva es la "más conforme con la exégesis lógico jurídica" del párrafo 1.º del artículo 1.º. Vid. M. SERRANO RODRÍGUEZ, *Culpabilidad y Pena* (Santiago de Compostela, 1945), p. 96.

por expresa disposición de la ley, las mismas exigencias de culpabilidad para los delitos y para las faltas (2). El párrafo 1.º del artículo 1.º requiere para la existencia, tanto de los unos como de las otras, la presencia de la *voluntariedad*.

De este modo, nuestro Código parece resolver expresamente el discutido problema del elemento subjetivo de las faltas (3), que todo lo más cabría plantear —como indica Teruel— respecto a las faltas contenidas en leyes especiales (4). Pero incluso en relación con las faltas previstas en leyes especiales, es necesario tener en cuenta que, en tanto la propia ley especial no lo impida, también a ellas será de aplicación lo dispuesto con carácter general en el Libro I del Código penal. En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado ya que la no sujeción de las leyes especiales a las normas del Código penal, a

Ultimamente se han propuesto dos interesantes interpretaciones de la voluntariedad que se apartan de las direcciones que había señalado la doctrina tradicional. Quintano, partiendo de que la única posibilidad de situar conceptualmente, a la vista de la definición del artículo 1.º, lo culpable es subsumiéndolo en lo antijurídico e imputable, es decir, dentro del ambiguo adjetivo *voluntarias*, estima que, en definitiva, puede decirse que la idea de culpabilidad es extraña a la citada definición legal. Este punto de partida le permite concluir que la culpabilidad es, en nuestro Derecho, “un concepto más bien procesal que material, que se halla inmerso en el delito, pero que opera fuera de su estructura formal, en el acto de soberanía ejercitado por el órgano llamado a estimar valorativamente esa totalidad conceptual tan compleja que es la infracción criminal”. En última instancia, cree Quintano que, entre nosotros, “jurídicamente hablando, culpabilidad vale tanto en lo penal como *condenabilidad*”. Cfr. A. QUINTANO, *Nota a la traducción del Tratado de Mezger I* (Madrid, 1957), p. 17 y *Hacia una nueva concepción unitaria juridicopenal de la culpabilidad*, en *Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano II* (Madrid, 1959), p. 375 ss. Según Quintano el término *voluntarias* de la definición legal no hace referencia a la *culpabilidad*, sino a la *imputabilidad*. Vid. A. QUINTANO, *Nota cit.* y *Curso de Derecho Penal I cit.*, p. 208 s.

Por su parte, Córdoba Roda interpreta la voluntariedad del artículo 1.º “como voluntad no referida al resultado, sino a la norma, con la consecuencia de que, desde el momento en que el artículo 1.º habla de voluntariedad del acto y no de voluntariedad del resultado, deba rechazarse la interpretación de que el párrafo 1.º del citado artículo se refiera tan sólo a las conductas dolosas”. Cfr. J. CORDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito* (Barcelona, 1962), p. 68; del mismo autor, *Una nueva concepción del delito* (Barcelona, 1963), p. 87 ss. y *Nota a la traducción del Tratado de Maurach II* (Barcelona, 1962), p. 11 ss. Por consiguiente para Córdoba la voluntariedad debe ser entendida “como voluntad referida —opuesta— a la norma, ya a la prohibitiva de delito (en las conductas dolosas), ya a la que impone el deber de cuidado (en las culposas)” (*Nota cit.*, p. 12). De esta interpretación se deriva el carácter omnicomprendivo del art. 1.º (Cfr. *El conocimiento cit.*, p. 64) y se evitan, a juicio de Córdoba, los inconvenientes a que daba lugar cada una de las interpretaciones tradicionales, entre los que figura como fundamental, en su opinión, el de que “si se interpreta el término *voluntarias* en cualquiera de los dos sentidos tradicionales, se omitiría en la definición del delito la característica básica de la culpabilidad” (*Una nueva concepción cit.*, p. 88).

(2) Cfr. D. TERUEL CARRALERO, *Las Faltas* (Barcelona, 1956), p. 39 s.

(3) Vid. sobre esta cuestión L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal V* (Buenos Aires, 1956), p. 278 ss.

(4) D. TERUEL, *Las Faltas. cit.*, p. 40.

que hace mérito el artículo 7 de éste, no constituye una prohibición de su aplicación en todo lo que el propio Código regula con carácter general (5).

Como acabamos de ver, el Código, al definir los delitos y las faltas, requiere para unos y otras idéntica *voluntariedad*. Por otra parte, los artículos 586, núm. 3.º, y 600, en su actual redacción, muestran que las faltas —al menos algunas faltas— pueden realizarse tanto con *malicia* como por *imprudencia*. Si se entienden las expresiones legales *malicia* e *imprudencia* como alusivas a las dos formas de la culpabilidad (6), el paralelismo con los delitos es, en principio, completo. Así como del artículo 565 se deduce que los delitos pueden realizarse con cualquiera de las dos formas de la culpabilidad, lo mismo cabe deducir, en relación con las faltas, de los artículos 586, núm. 3.º, y 600.

La diferencia de trato entre delitos y faltas no se advierte, por tanto, ni en lo que afecta a la exigencia genérica de la culpabilidad.

(5) Sentencia 7 de noviembre de 1958. De la S. 26 de septiembre de 1958 puede deducirse claramente que cuando una ley especial utilice una categoría penal sin definirla, hay que buscar su concepto en el Código penal. De modo más concreto la S. de 9 de mayo de 1956 declaró que "el precepto contenido en el artículo 1.º (del Código penal) trasciende a todo el ordenamiento de dicha naturaleza dondequiera que se trate de llevar a efecto la acción sancionadora del Estado y no excluye norma alguna de tal carácter a pretexto de especializaciones o proteccionismos".

(6) En nuestra doctrina, la opinión dominante continúa extendiendo dolo y culpa, al estilo de la dogmática tradicional, como formas de la culpabilidad. Cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* I cit., p. 400 s.; J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I cit., p. 197; J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* I cit., p. 397 s.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso* I cit., p. 277 s.

Se han venido interpretando como alusivas al dolo las expresiones legales *intención* del núm. 8.º del artículo 8 y *malicia* 565 y núm. 3.º del 586, y como alusivas a la culpa las expresiones legales *culpa* del núm. 8.º del artículo 8, *imprudencia*, *negligencia e impericia* de los artículos 565 y 586, núm. 3.º. Cfr. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I cit., p. 205 y 222; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* I cit., p. 408 ss. y 430 s.; J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* I cit., p. 413 y 428; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso* I cit., p. 297 ss.

Sin embargo, el impacto producido por la dogmática de corte finalista se ha dejado sentir últimamente en nuestra literatura. En 1961 J. Cerezo Mir mantuvo la tesis de que el dolo, en el sentido de la teoría de la acción finalista, es un elemento constitutivo de lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español. Cfr. J. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en *Anuario de Derecho Penal* (1961), p. 66 ss. A la misma conclusión llega también J. CÓRDOBA RODA, *Notas al Tratado de Maurach* I cit., página 302 ss. y 310. No obstante, la exposición de ambos autores, difiere sustancialmente. A diferencia de Cerezo, Córdoba distingue entre *intención* (voluntad dirigida al resultado) y *malicia* (querer el resultado a sabiendas de su carácter antijurídico), teniendo en cuenta la reiteradísima doctrina jurisprudencial sobre el contenido de la *malicia*. Cfr. J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento* cit., página 64 s. La diversa postura mantenida por ambos autores en torno a si la *malicia* comprende o no la conciencia de la antijuricidad resulta decisiva a la hora de averiguar si nuestro Código permite o no la adopción del sistema finalista. Más adelante, cuando tratemos de precisar si en los artículos 586, núm. 3.º, y 600 tiene cabida la imprudencia de derecho, tendremos ocasión de terciar en la disputa.

siempre —repetimos— que se interprete la *voluntariedad* del párrafo 1.º del artículo 1.º como expresión legal de ese carácter esencial de la infracción criminal, ni tampoco en lo relativo a la *posibilidad* de que las faltas puedan cometerse tanto a título de dolo como a título de culpa. La diferencia fundamental en esta materia radica en la diversa posición adoptada por el Código respecto al *ámbito* de operabilidad concedido a la culpa en relación con los delitos y las faltas.

En efecto, el Código admite en el artículo 565 la posibilidad genérica de que todo delito pueda realizarse en forma culposa, en tanto en las faltas la imprudencia sólo es punible en los concretos casos que el propio Código prevé (7).

En el Código penal español —ha dicho Quintano— “se da la rara incongruencia de que, habiendo adoptado el sistema de incriminación abierta y genérica para los delitos del Libro II, siga, respecto a las faltas del III, la opuesta sistemática de más riguroso *numerus clausus*” (8). Esta diferencia de trato puede calificarse de rara incongruencia en relación con el sistema seguido con más frecuencia por los Códigos extranjeros (9). De siempre ha existido una tendencia a ver en la culpa la forma de culpabilidad característica de las faltas, hasta el punto de llegar a fundar la diferencia entre delitos y faltas apoyándose sobre la diversidad del *elemento subjetivo*, considerando delitos las infracciones dolosas y faltas las infracciones culposas (10). Pero, por lo demás, no sería imposible considerar como consecuenta la disparidad de trato entre delitos y faltas en lo referente a la culpa, si se atiende a lo que parece haber sido el punto de partida elegido por el propio Código. No debe olvidarse que Pacheco establecía la diferencia entre delitos y faltas en los siguientes términos: “La falta es el delito venial. Conviene con aquél en la esencia de su carácter: *se distingue de él en la menor importancia de sus resultados*” (11). Ahora bien, si, por ejemplo, se parte de la idea de que el Código español concibió, en principio, a las faltas, desde el punto de vista objetivo, como delitos en miniatura, podría pensarse que, mientras la gravedad objetiva de los delitos justifica, en general, su punición no sólo a título de dolo, sino también a título de culpa, la levedad objetiva de las faltas justi-

(7) Cfr. J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho Penal español II* (Valladolid, 1948), p. 543 ss. y L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V cit.*, p. 1064.

(8) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa cit.*, p. 289.

(9) Así, en Italia, por ejemplo, llega G. BETTIOL, *Diritto Penale* (Palermo, 1962), p. 383, a la conclusión de que en tanto de los delitos se responde en vía normal a título de dolo y sólo en vía excepcional a título de culpa, en lo que afecta a las contravenciones éstas pueden ser incriminadas indiferentemente a título de dolo o a título de culpa. En Alemania, si bien ciertos autores sostuvieron que en las faltas es suficiente la imprudencia, autorizadas opiniones mantuvieron el criterio absolutamente opuesto al afirmar que únicamente pueden ser castigadas cuando concurre el dolo, existiendo, por último, representantes de un criterio discriminador. Cfr. R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal II cit.*, p. 225.

(10) Cfr. B. PETROCELLI, *Principi di Diritto Penale* (Nápoli, 1955), p. 190.

(11) J. F. PACHECO, *Código Penal Concordado y Comentado III* (Madrid, 1881), p. 432.

fica en general, por el contrario, su impunidad cuando se realizan con la forma menos grave de la culpabilidad. En este caso, a la mínima gravedad objetiva vendría a sumarse la mínima reprochabilidad subjetiva (12).

Sea como quiera, no cabe duda de que nuestro Código no establece, en relación con las faltas, ninguna cláusula genérica concebida en términos abiertos, al estilo del artículo 565 (13). En consecuencia, se puede hablar, por contraposición al criterio consagrado en relación con los delitos, del sistema de *numerus clausus* adoptado por el Código en cuanto a la incriminación culposa de las faltas, pero siempre que no se olvide que, al lado de tipos de faltas específicamente culposos, como el del artículo 592, existen dos preceptos —el artículo 586, núm. 3.º, y el artículo 600— que en su actual redacción se muestran, recordando en buena parte la fórmula utilizada en el artículo 565, como cláusulas genéricas, aunque referidas, respectivamente, a los limitados sectores de las infracciones contra las personas y daños en las cosas.

Mediante las presentes líneas nos proponemos ofrecer algunas notas para una interpretación de esos dos preceptos, que permita precisar sus contornos. Sólo una vez fijado el alcance de ambas disposiciones podrá precisarse el ámbito real de la imprudencia en las faltas. Al mismo tiempo, en la medida en que actualmente tanto el número 3.º del artículo 586 como el artículo 600, contienen una expresa referencia a hechos que, si mediare malicia, constituirían *delito*, presentándose en este sentido como el indudable complemento del artículo 565, su interpretación resulta indispensable para lograr un cabal entendimiento del alcance de la imprudencia en el entero marco del Código penal. La configuración técnica de los artículos 586, núm. 3.º, y 600 nos obligará, finalmente, a tomar posición frente al problema de la naturaleza de la imprudencia en nuestro ordenamiento punitivo, cuestión planteada recientemente en la literatura española por Córdoba Roda (14).

(12) No se puede desconocer, sin embargo, que ya algún comentarista del Código reformado de 1850, entendía que la forma de culpabilidad normal de las faltas era la culposa y la excepcional la dolosa. Así J. VICENTE Y CARAVANTES, *Código Penal Reformado* (Madrid, 1851), p. 462.

(13) El Código de 1928, en el Título IX del Libro III, bajo la rúbrica de “Disposiciones comunes a las faltas”, contenía el artículo 854, cuyo texto decía: “A los que por imprevisión, imprudencia o impericia leves, con arreglo al artículo 34 de este Código, cometieren un hecho que, aun habiendo mediado malicia, sólo constituyere falta, se aplicará la pena según las reglas del artículo 162”. Se trataba, sin duda, de una disposición genérica aplicable, en principio, a todas las faltas, como se deduce de su colocación sistemática, pero reguladora tan sólo de la imprudencia o impericia leves, no de las otras clases de imprudencia definidas en el artículo 34. Vid. E. CUELLO CALÓN, *Las faltas en el nuevo Código Penal. Su exposición y comentario* (Madrid, 1929), p. 18 ss.

(14) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción* cit., p. 91 ss. y *Nota al Tratado de Maurach II* cit., p. 258.

· II.—INTERPRETACIÓN DEL NÚMERO 3.º DEL ARTÍCULO 586

1. *Formación histórica de este precepto.*

El artículo 493, núm. 5.º, del Código 1848-50 disponía que sería castigado con arresto de uno a cuatro días y reprensión privada:

“El que por simple imprudencia, o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causare un mal que, si mediare malicia, constituiría delito.”

Como puede deducirse fácilmente, se caracterizaba este precepto por dos notas fundamentales: por referirse únicamente a la causación de males que, de mediar malicia, constituirían *delito*, y por su gran amplitud al no precisar la índole de esos males. Esta segunda característica permitía interpretar en sentido amplio el núm. 5.º del artículo 493, no como aplicable tan sólo a los “males” causados a las personas, sino, en general, a cualquier tipo de infracción prevista como delito. La primera característica hacía que este precepto no fuese aplicable a los hechos que, de mediar malicia, constituirían falta y, por consiguiente, se presentaba pura y simplemente como el complemento de lo dispuesto en el artículo 480, correspondiente al actual 565.

El núm. 5.º del artículo 493 del Código 1848-50 no afectaba para nada, pues, al problema de la imprudencia en las faltas, sino que se limitaba a regular la imprudencia simple sin infracción de reglamentos en referencia con los delitos, estableciendo su castigo como falta. Así, escribía Pacheco: “Este número es el complemento del Título 15, Libro II, de la imprudencia temeraria. Lo que se hace por ésta es delito; lo que por imprudencia simple es falta tan sólo” (15).

El núm. 3.º de artículo 605 del Código de 1870 introdujo en esta materia importantes innovaciones, al disponer que serían castigados con la multa de 5 a 25 pesetas y reprensión:

“Los que por simple imprudencia o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal, que si mediare malicia, constituiría delito o falta.”

La primera y trascendental modificación salta a la vista: el precepto legal se refiere ahora tanto a los delitos como a las faltas. Desde ahora no sólo los delitos, sino también las faltas —al menos ciertas faltas— son punibles cuando se realizan por imprudencia simple sin infracción de reglamentos. Pero en tanto, para los delitos, el artículo 581, correspondiente al 565 actual, se ocupaba de castigar genéricamente la imprudencia temeraria y la simple con infracción de reglamentos, no existía en relación con las faltas una cláusula similar. De ahí que, a partir de la Reforma de 1870, el artículo 605, núm. 3.º, continúe siendo en el ámbito de los delitos el complemento del artículo 481, pero, en cambio,

(15) J. F. PACHECO, *Código III cit.*, p. 452.

venga a representar en el sector de las faltas el contrasentido de la punición de lo menos —imprudencia simple sin infracción de reglamentos— y la impunidad de lo más —imprudencia temeraria y simple con infracción de reglamentos—.

Desde otro punto de vista, el núm. 3.º del artículo 605 del Código de 1870 parece conservar aparentemente la gran amplitud que revestía el núm. 5.º del artículo 493 del Código 1848-50. Tampoco ahora se especifica la índole del “mal”. Pero la semejanza en cuanto a la amplitud es sólo aparente. A diferencia de lo que sucedía en el Código anterior, que no enumeraba las faltas agrupadas en Títulos, bajo su correspondiente rúbrica, el artículo 605 del Código de 1870 aparece inserto en el Título III del Libro III, cuyo epígrafe dice: “De las faltas contra las personas”.

La posición sistemática del artículo 605 del Código de 1870 permite restringir la esfera de aplicación de su núm. 3.º a las infracciones contra las personas, con exclusión de las de otra índole. En este sentido declaró la S. 18 octubre 1877 que no puede aplicarse este precepto al que causa daños en heredad ajena “porque los hechos consignados como probados demuestran hasta la evidencia que el recurrente no tuvo intención de causar un *mal al denunciante*, ni le causó en el sentido de dicho artículo, porque éste *se refiere a las faltas contra las personas*”.

El Código de 1932 se limita a reproducir, en el núm. 3.º de su artículo 580, lo establecido en el núm. 3.º del 605 del Código de 1870, dando origen a los mismos problemas que se planteaban ya bajo la vigencia de este último cuerpo legal.

2. *Ambito de aplicación del número 3.º del artículo 586.*

La delimitación de la esfera de aplicación del núm. 3.º del artículo 586 presupone la resolución de dos cuestiones: determinación del bien o bienes jurídicamente protegidos en este precepto, y fijación de las clases de imprudencia que pueden considerarse incluidas en el texto del mismo.

a) *Objeto de protección del núm. 3.º del artículo 586.*

Como ya hemos visto, la inclusión de este precepto en el Código de 1870 bajo el epígrafe de “Faltas contra las personas” —en donde continúa actualmente—, implicó, respecto a la legalidad anterior, una mayor precisión respecto a los bienes jurídicamente protegidos. La Sentencia antes citada de 18 octubre 1877 da la impresión de haberlo interpretado en sentido restringido, como referible únicamente a los “males” causados en la propia persona del sujeto pasivo, apoyándose precisamente sobre el argumento que se deriva de la rúbrica del Título.

Sin embargo, la interpretación jurisprudencial que parece deducirse de la Sentencia de 18 octubre 1877 no se mantuvo con posterioridad de un modo constante. Basta recordar que la Sentencia de 12 marzo 1927 condenó como constitutivo de la falta del núm. 3.º del artículo

lo 605 del Código de 1870 un supuesto de falsedad en documento público cometido por simple imprudencia sin infracción de reglamentos.

Sin duda, las vacilaciones que se observaban a la hora de fijar el ámbito del núm. 3.º del artículo 605 del Código de 1870 y su correspondiente 580 del Código de 1932, motivaron que la Reforma de 1944 completase la redacción con una expresa referencia a *las personas*. Puede decirse, pues, que la Reforma de 1944 trató de obtener una mayor concreción y operó con un espíritu limitador (16). Así, comentando la modificación, pudo decir Castejón que “se limita la simple imprudencia o negligencia sin infracción de reglamentos a los que causaren mal a las personas, porque el daño en las cosas cometido por negligencia o descuido se castiga en otro lugar” (17).

Con todo, pese al añadido de 1944, puede afirmarse que no se ha conseguido aún ofrecer un texto legal lo suficientemente claro como para lograr, en el plano doctrinal, la deseada unidad de interpretación. Es cierto que la expresión “mal a las personas” vino a excluir de modo inequívoco del núm. 3.º del artículo 586 los daños en las cosas causados por simple imprudencia sin infracción reglamentaria. Pero si toda su misión fué la de consagrar expresamente esta exclusión, la utilidad de la innovación es muy relativa, porque a idéntico resultado podría llegarse, sin demasiado esfuerzo, contando con el argumento que ofrece la rúbrica “De las faltas contra las personas” y con el que se deriva de la existencia de un precepto —artículo 600—, incluido en el Título de “Faltas contra la propiedad”, que precisamente, desde la misma Reforma de 1944, se destina a castigar de modo específico la causación imprudente de *cualquier daño* no superior a 250 pesetas.

Las dificultades para precisar la esfera de aplicación del núm. 3.º del artículo 586 provienen de que el concepto legal de *persona* es equívoco. Al término *personas* se le atribuyen, dentro del mismo Código, significados distintos, e incluso cuando se enuncia como objeto de protección se le asignan contenidos diversos. Basta pensar en la evidente diversidad de contenido del Título VIII del Libro II y Título III del Libro III, pese a que ambos ostentan, respectivamente, los epígrafes de “Delitos contra las personas” y “De las faltas contra las personas”.

Esta equivocidad del concepto legal de *persona*, en cuanto objeto de protección (18), explica la disparidad de opiniones surgidas en la interpretación del núm. 3.º del artículo 586. Cuello se limita a indicar que “el mal ha de recaer sobre las personas” (19). Teruel afirma que

(16) Vid. J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* cit., p. 226.

(17) F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944* (Madrid, 1946), p. 109.

(18) Vid. J. DEL ROSAL-M. COBO-G. R. MOURULLO, *Derecho Penal español. Parte Especial. Delitos contra las personas* (Madrid, 1962), p. 118; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, I, *Infracciones contra las personas* (Madrid, 1962), p. 30 s., y J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial I* (Valladolid, 1963), p. 17 s.

(19) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal II (Parte Especial)* (Barcelona, 1961), página 901.

“su elemento objetivo jurídico es la integridad física de éstas” (20). Probablemente con más acierto, señala Quintano que la disposición del número 3.º del artículo 586 se refiere a las *personas*, “pero con la salvedad importante de que en esta expresión no se comprenden tan sólo los ataques contra la integridad física, sino otros de carácter más ideal, tales como las amenazas y coacciones que en el artículo 585 aparecen, asimismo, dentro del epígrafe del Título, mucho más amplio, pues, en materia de faltas que en la de delitos” (21).

Esta disparidad de opiniones muestra, por de pronto, que la expresión *causare un mal a las personas*, que se utiliza en el núm. 3.º del artículo 586, puede ser entendida en un sentido más o menos amplio. Ahora bien, tanto en uno como en otro caso el contenido de la expresión habrá de recabarse de los datos que suministra el propio Código. Carece de base, por ejemplo, a nuestro modo de ver, concretar el bien jurídicamente protegido de modo exclusivo en la integridad física de las personas, porque esto equivale a dotar al término *personas* de un significado que no coincide ni con el que el Código le confiere en el Título VIII del Libro II ni tampoco con el que le atribuye en el Título III del Libro III. Se trata, por consiguiente, de un significado apriorístico.

Atendiendo a los datos legales, cabría decir que, en principio, pueden adoptarse dos posiciones extremas: interpretar el término *personas* en el sentido del Título VIII del Libro II, en cuyo caso el objeto de protección del número 3.º del artículo 586 sería no sólo la vida y la integridad física de las personas, sino también la esperanza de vida que representa el fruto de la concepción que todavía no ha nacido (22); o bien interpretarlo en un sentido mucho más amplio, como comprensivo, no sólo de los bienes protegidos en el Título VIII del Libro II, sino también de los restantes que aparecen penalmente protegidos en el Título III del Libro III, como son, por ejemplo, entre otros, la integridad moral de los menores (números 2, 3 y 9 del artículo 584), su seguridad (números 2, 3, 4 y 5 del artículo 585) o el honor (número 1 del artículo 586).

Todavía podría pensarse en una tercera posición discriminadora, consistente en interpretar la expresión *causaren mal a las personas* en el sentido del Título VIII del Libro II, cuando se tratase de hechos que, de mediar malicia, constituirían *delito*, y, por el contrario, en el sentido más amplio del Título III del Libro III, cuando se tratase de hechos que, en su caso, sólo integrarían *falta*. Pero esta posible interpretación debe rechazarse. En primer lugar, porque conduciría a dotar de mayor extensión el campo de la operabilidad de la simple imprudencia sin infracción de reglamentos en el sector de las faltas que en

(20) D. TERUEL, *Las Faltas* cit., p. 263. Considera al núm. 3.º del artículo 586 como “falta de lesiones”, L. M. DÍAZ VALCÁRCCEL, *La revisión del Código Penal y otras Leyes Penales* (Barcelona, 1963), p. 342 y 344.

(21) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* cit., p. 385.

(22) J. DEL ROSAL-M. COBO-G. R. MOURULLO, *Delitos contra las personas* cit., p. 319 ss.

la de los delitos, contrariando así el punto de partida del Código, que estimó punible de modo genérico, en principio, la imprudencia en los delitos, pero no en las faltas, mostrando de este modo la voluntad legal de conceder mayor amplitud a la imprudencia en el marco de los delitos que en el de las faltas. En segundo lugar, porque originaría el contrasentido de que en tanto un hecho constitutivo de falta contra las personas, pongamos por caso la coacción leve del núm. 5.º del artículo 585, sería punible incluso cuando se realizase con la forma mínima de la imprudencia; no lo sería, en cambio, la infracción de la misma naturaleza que, por su mayor gravedad, revistiere carácter de delito, por ejemplo, las coacciones previstas en el artículo 496 (23).

Parece obligado, pues, inclinarse por una u otra de las dos posiciones extremas que señalábamos anteriormente.

La interpretación amplia del giro *causare mal a las personas* que se emplea en el núm. 3.º del artículo 586 tiene a su favor el hecho de que esta norma se encuentra sistemáticamente incluida en el Título III del Libro III, en el que el legislador incrimina como ataques *contra las personas* no sólo lesiones a su integridad física, sino a su seguridad, a su integridad moral, a su honor, a su libertad, e incluso violaciones de deberes derivados del *status* familiar como, por ejemplo, de la relación de patria potestad o tutela (números 5.º y 6.º del artículo 583 y 5.º, 8.º, 10, 11, 12 y 16 del 584) o del matrimonio (números 2.º y 3.º del artículo 583). Puede argumentarse, por tanto, que si la ley agrupó los ataques a todos esos bienes jurídicos bajo la denominación común de *faltas contra las personas*, es porque consideró la lesión de dichos bienes como *males* causados a las personas.

La interpretación estricta del término *persona* comprensivo, en cuanto objeto de protección, tan sólo de los bienes vida, esperanza de vida e integridad corporal, cuenta con el apoyo del contenido del Título VIII del Libro II y con el sentido que se le confiere en ciertos preceptos del Libro I del Código, como son, por ejemplo, los números 4, 5 y 6 del artículo 8, en los cuales se contraponen la defensa de la *persona* a la defensa de los *derechos*, de tal modo que incluso la defensa de la mayor parte de los llamados bienes altamente personales (honor, libertad, honestidad, etc.) (24) ha de considerarse incluida en la defensa de los *derechos*, quedando contraída la defensa legítima de la *persona* a los bienes vida e integridad física. El término *persona* se refiere exclusivamente, en los números 4, 5 y 6 del artículo 8, a los bienes vida e integridad corporal, y la agresión ilegítima a la persona presupone, según estos preceptos, un concreto atentado a tales bienes. Así, por ejemplo, declaró la Sentencia 6 mayo 1935 que “la agresión injusta tiene un concepto diferente según se trate de la *persona* o de los derechos, y así, en el primer caso, debe consistir en un

(23) Sobre la posibilidad de coacciones culposas, vid. A. QUINTANO, *Tratado I cit.*, p. 988.

(24) En torno a la distinción entre bienes personales y reales, vid. G. D. PRASPIA, *Introduzione alla Parte Speciale del Diritto Penale* (Milano, 1948), p. 147 y siguiente.

acometimiento actual o inesperado contra aquélla, capaz de *poner en peligro su vida o su integridad física*".

Pudiera pensarse que esta interpretación estricta obtiene también apoyo del propio tenor literal del núm. 3.º del artículo 586, que habla de la *causación* de un mal a las personas. Cabría argumentar sobre el significado material del verbo *causar* hasta llegar a sostener que el *mal* a las personas ha de interpretarse en el sentido de un resultado material que incide físicamente sobre éstas, de tal suerte que quedarían excluidos los atentados a aquellos otros bienes de la persona cuya lesión no implica la causación de un resultado material. Pero el sentido del verbo *causar* es, a lo largo del Código, equivoco. Basta pensar que la expresión *mal causado* que se utiliza en el núm. 7 del artículo 8 no puede interpretarse exclusivamente en el sentido de la causación de un resultado material. *Mal causado* equivale aquí, como se deduce del propio núm. 7 del artículo 8, a la *lesión de un bien jurídico o infracción de un deber* (25). El verbo *causar* se ha referido en este punto no al resultado material, sino al daño representado por la lesión de un bien jurídicamente protegido.

Aparte de que es posible interpretar la expresión *causare un mal a las personas* en un sentido no exclusivamente material, como acabamos de ver, ciertas declaraciones jurisprudenciales sentadas en torno a la expresión afín *causar un mal en sus personas*, que se emplea en el artículo 493, se pronuncian en contra de la identificación de este giro gramatical con los ataques a la vida e integridad corporal, dotándole, en cambio, de un contenido más amplio. Así, la Sentencia 30 mayo 1953 declaró: "El artículo 493 del vigente texto refundido del Código penal determina la responsabilidad en que incurren, según los casos, el que amenazare a otro con causar al mismo o a su familia, en sus personas, honra o propiedad, un mal que constituya delito, o sea que la figura penal a que esta norma se refiere exige inexcusablemente que el sujeto activo de la infracción comine e intimide al sujeto pasivo de la misma con causarle, por sí o por otros, o a sus parientes, un mal que constituya delito, bien *en sus personas (ataques contra la integridad física, libertad o seguridad)*, en su honra (ataques contra el honor o la honestidad) o en su propiedad (ataques contra el patrimonio)."

No debe olvidarse, pues, que si, pese al empleo de la preposición *en* que se utiliza en el artículo 493 y que parece indicar con mucha más fuerza expresiva que la preposición *a*, empleada en el núm. 3.º del artículo 586, la idea de atentados que inciden materialmente sobre la persona física, el Tribunal Supremo interpretó ya en algún caso la frase *causar un mal en sus personas* del artículo 493 como comprensiva también de los ataques a la libertad y seguridad, con mayor razón deberá entenderse en un sentido amplio el núm. 3.º del artículo 586, por no impedirlo su tenor literal y exigirlo, en cambio, el significado

(25) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación de la exigencia de caso fortuito*, en *Anuario de Derecho Penal* (1963), p. 281.

atribuido a la rúbrica del Título III del Libro III en el que se halla comprendido.

En conclusión, creemos que es perfectamente lícito afirmar que el objeto de protección del núm. 3.º del artículo 586 está integrado por los bienes vida, esperanza de vida, integridad corporal, libertad, seguridad personal, honor, honestidad, así como por el valor que representan el exacto cumplimiento del deber de protección que incumbe al marido y del de obediencia que corresponde a la mujer y el correcto ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes derivados de la patria potestad y tutela.

Esta conclusión permite asegurar que el ámbito de la imprudencia simple sin infracción de reglamentos se extiende, a tenor del núm. 3.º del artículo 586, a todos los delitos cuyo objeto de protección coincida con los bienes anteriormente señalados, cualquiera que sea el lugar sistemático que ocupen en el Libro II, siempre, claro está, que la estructura del respectivo tipo no imposibilite el juego de la imprudencia.

b) *Clases de imprudencia que pueden considerarse incluidas en el número 3.º del artículo 586.*

a') *Imprudencia simple sin infracción de reglamentos.*

Como es sabido, el Código penal español distingue, en principio, dos clases de imprudencia: imprudencia temeraria y simple, subdividiendo, luego, a esta última en imprudencia simple con infracción de reglamentos e imprudencia simple sin infracción reglamentaria. Prácticamente, y para simplificar, puede decirse que el Código opera con una clasificación tripartita de la imprudencia: temeraria (art. 565, párrafo 1.º), simple con infracción de reglamentos (art. 565, párrafo 2.º) y simple sin infracción de reglamentos (arts. 586, núm. 3.º, y 600) (26).

La clasificación legal de la imprudencia no se basa, como ya tiene declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Supremo, en una diversa naturaleza de cada una de las tres categorías, sino exclusivamente en su distinta gravedad. En este sentido, declaró, por ejemplo, la Sentencia de 28 febrero 1927 que "los delitos y faltas de imprevisión, a diferencia de los intencionales, no se distinguen entre sí por su esencia o naturaleza específica, sino por la *importancia* o *cuantía* del abandono o descuido que revelan; así, hay imprudencia temeraria o simple, según las proporciones de la imprevisión cometida, sancionándose la primera en el párrafo primero del artículo 581 (hoy 565), y la simple negligencia en el segundo, en el caso de que entrañe infracción de

(26) Sobre el alcance que debe dársele al término *reglamentos*, vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* cit., p. 285 s. Téngase en cuenta que la *imprudencia* y *negligencia profesional*, a que se refiere el párrafo 5.º del artículo 565, no operan como clases autónomas de imprudencia, sino como *cualificaciones agravatorias*. La *imprudencia* y *negligencia profesional* presuponen, pues, a tenor del citado precepto, una imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, representando respecto a éstas tan sólo un *plus*. Vid. la interesante sentencia de 16 de octubre de 1962.

reglamentos, y si no los contraviene queda reducida a una mera falta comprendida en el párrafo tercero del artículo 605 (hoy 586)".

El Tribunal Supremo se preocupó de caracterizar la clasificación legal de la imprudencia. En este sentido, entre otras muchas, la Sentencia de 8 junio 1948 afirmó: "La doctrina jurisprudencial, supliendo la falta de definición que se advierte en el artículo 565 de nuestro ordenamiento jurídico, acerca de la culpa generadora de imprudencia temeraria, ha fijado siempre, de modo constante y uniforme, su verdadero concepto legal y exacto alcance, refiriéndolo a los actos exentos en absoluto de malicia, pero que habiéndose llevado a cabo omitiendo las medidas de racional cautela que aconseja la más elemental previsión, la adoptada por la generalidad de las personas normalmente cuidadosas, producen como resultado ilícito un mal al individuo o daño en las cosas, que de haber mediado voluntad consciente o intención constituiría un delito de los que prevé y sanciona aquél; diferenciándose de la simple imprudencia o negligencia, con infracción de los reglamentos, o sea la común, a que se contrae el segundo párrafo de dicho precepto, en que la entidad de la imprudencia es menor, de inferior grado, mas está ligada inseparablemente al quebrantamiento de una norma positiva de obligada observancia; y, finalmente, de la falta a que se refiere el número 3.º del artículo 586, en que la culpa es levisima, por concurrir las circunstancias de que el mal fue realmente causado por mero descuido de dicha clase y no se infringió ningún precepto."

Ahora bien, el número 3.º del artículo 586 se refiere textualmente a la simple imprudencia sin infracción de reglamentos. El hecho de que el Código se haya preocupado de distinguir tres clases de imprudencia y aluda exclusivamente en la citada norma a una de ellas, origina una laguna, que ya Rodríguez Muñoz había destacado (27). En efecto, al aludirse en el citado precepto, desde el Código de 1870, no sólo a hechos que constituirían *delito*—como hacia el Código 1848-50—, sino también a hechos que, en su caso, integrarían *falta*, acaba por establecerse, en cuanto al juego de las clases de imprudencia, un trato desigual para unos y otras. Tratándose de hechos que, si mediare malicia, constituirían delito, resulta que son punibles cuando se realicen con la forma más grave de la culpa (imprudencia temeraria del primer párrafo del artículo 565), con la forma media (imprudencia simple con infracción de reglamentos del segundo párrafo del artículo 565) y con la forma mínima de la culpa (imprudencia simple sin infracción de reglamentos del número 3.º del artículo 586). Pero no sucede lo mismo con los hechos que, si mediare malicia, integrarían tan sólo falta. Como el artículo 565, regulador de la imprudencia temeraria y simple con infracción de reglamentos se refiere únicamente a hechos que, en su caso, constituirían *delito*, resulta que las faltas a que se refiere el número 3.º del artículo 586, sólo serán punibles cuan-

(27) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I* (Madrid, 1955), p. 11 ss.

do se cometan mediando la forma mínima de la culpa, es decir, la imprudencia simple sin infracción de reglamentos (28).

La actitud de nuestra mejor doctrina frente a la apuntada laguna no es unánime. Antón Oneca entiende que el artículo 586, número 3.º, "se refiere a las faltas, cualquiera que sea el grado de la imprudencia, pues aunque se menciona únicamente la simple, es evidente que donde hay lo más se da por supuesto lo menos, y sería absurdo declarar impunes las faltas por imprudencia temeraria y sancionar aquellas en que la imprudencia fuera simple" (29). El parecer de Antón lo suscribe enteramente Jiménez de Asúa, quien advierte, por su parte, que "cabe todavía hacer un esclarecimiento que no puede llamarse de interpretación extensiva. El número 3.º del artículo 586 se refiere de modo expreso a la simple imprudencia. Cabría decir que sí, en vez de ser simple la imprudencia, fuese temeraria, ya no sería falta culposa, sino delito culposo (30); pero no debe olvidarse que al final del transcrito inciso dice: *que si mediar malicia constituiría delito o falta*. Esto es, que también puede haber falta *contra las personas* configurada como maliciosa (dolosa), que aparezca informada por la otra especie de culpabilidad (culpa). Puesto así el problema, resultaría inconcebible—concluye Jiménez de Asúa—limitar la punición de las faltas culposas contra las personas al caso de que se cometieran por simple imprudencia, mientras que se beneficiarían los imprudentes temerarios" (31). Teruel estima que esta solución es la más aconsejable, insistiendo en que "es preciso considerar que en este caso no se trata de una interpretación extensiva de la ley penal (ni analógica ni sistemática), sino de la lógica inclusión en la infracción de sanción más benigna de hechos que no caben en la que la tiene más grave, de inclusión en una falta, degradación de un delito, de lo que no llega a constituir esto, pero que tiene mayor gravedad que el que en aquélla se sanciona" (32).

No se puede poner en tela de juicio el evidente valor lógico de la interpretación propuesta por Antón Oneca y Jiménez de Asúa. Tampoco se puede negar que interpretada en otro sentido es necesario reconocer que la ley vendría a consagrar una solución absurda. Pero el que la ley incurra, en esta concreta materia, en un absurdo—originado por una apresurada y poco meditada reforma como fué la de 1870, al añadir una mención a los hechos que constituirían, de mediar malicia, simples faltas—no autoriza, sin más, a sostener una interpretación correctora que conduzca a la solución lógica. El problema radica en determinar si esa interpretación, que supera la laguna legal, está o no permitida por el propio tenor de la ley.

En estos mismos términos planteó la cuestión, con el máximo rigor técnico, Rodríguez Muñoz, al advertir: "si, en cambio, la culpa es más

(28) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 11.

(29) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I* cit., p. 226.

(30) En este sentido se pronuncia E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal II* cit., página 901.

(31) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V* cit., p. 1064.

(32) D. TERUEL, *Las Faltas* cit., p. 264.

grave, si constituye una imprudencia temeraria o, sin serlo, media infracción de los reglamentos, entonces... no puede darse la punibilidad del agente. Se dirá: esto es absurdo; la ley no puede establecer semejante situación; pero lo cierto es que sólo en virtud de una interpretación correctora puede eludirse tal resultado. Y fijémonos bien: de una interpretación correctiva cuya finalidad es ampliar la culpabilidad; incluso más aún: teniendo en cuenta la peculiaridad de nuestro Código en lo que atañe a la culpa, ampliar una serie de tipos legales" (33). Rodríguez Muñoz—finalmente— se preguntaba: ¿Es acaso posible esto?" (34).

La cuestión estriba, pues, en precisar si al incluir también en el número 3.º del artículo 586 la imprudencia temeraria y la simple con infracción de reglamentos se incurre, o no, en una interpretación extensiva y, como tal, vedada en el área penal.

Rodríguez Muñoz entendía que, en efecto, con semejante inclusión se operaba una interpretación extensiva, pues aunque tratándose de una conducta informada por imprudencia temeraria, la considerásemos como de simple imprudencia o negligencia, en base al razonamiento de que lo más comprende lo menos, siempre quedarían los casos de imprudencia con infracción de reglamentos, y si se quisiera también incluirles en el número 3.º del artículo 586, sería yendo terminantemente en contra del texto de la ley, que habla de la simple imprudencia, *sin cometer infracción de los reglamentos* (35).

De la misma opinión es actualmente Quintano, quien, reconociendo la gran autoridad de Antón y Jiménez de Asúa, sostenedores de la tesis contraria, afirma que "por muy cargada de lógica que esté tal interpretación, no deja de ser extensiva *in peius*, supliendo una tipicidad inexistente y, por tanto, vedada a la hermenéutica penal" (36).

La posición adoptada por Rodríguez Muñoz y Quintano es, a nuestro juicio, exacta. En efecto, no se puede olvidar que el Código se preocupó de establecer una clasificación tripartita de la imprudencia y que, en el número 3.º del artículo 586, no alude en general a la imprudencia, sino sólo a una de las clases legales de imprudencia. Probablemente por esto no sea del todo correcto el planteamiento que se propone para llegar a la solución contraria. El número 3.º del artículo 586 no viene a afirmar, así linealmente, que las faltas contra las personas pueden revestir la forma de dolosas (si mediare malicia) o culposas, sino, de modo mucho más preciso, que tales faltas pueden cometerse a título de dolo y a título de imprudencia *simple sin infracción de reglamentos*. Por otra parte, no es lícito prescindir del requisito negati-

(33) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I cit.*, p. 13.

(34) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I cit.*, p. 13.

(35) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I cit.*, p. 13-14.

(36) A. QUINTANO, *Derecho Penal de la Culpa cit.*, p. 290, y del mismo autor, *Curso I cit.*, p. 302, en donde vuelve a insistir en la grave laguna a que da origen el núm. 3.º del artículo 586. Vid. M. LUZÓN DOMÍNGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal II* (Barcelona, 1960), p. 253 y L. M. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión cit.*, p. 343 s.

vo estampado de manera expresa en el mencionado precepto: *sin cometer infracción de los reglamentos*. Si el agente realizó una de las faltas a que se refiere el número 3.º del artículo 586 por imprudencia, pero cometiendo infracción de los reglamentos, es evidente que su conducta, aunque más grave, no puede tener cabida en dicho precepto, pues no se satisface uno de sus requisitos negativos, cuyo cumplimiento, para la aplicación del mismo, es tan inexcusable como el de cualquiera de sus requisitos positivos.

Ahora bien, si se incluye la imprudencia temeraria y la simple con infracción de reglamentos en el número 3.º del artículo 586, se evita, sin duda, la impunidad de lo más grave, pero a base de prescindir de uno de los requisitos necesarios para la aplicación de la norma. Resulta evidente, en consecuencia, que prescindiendo del tenor del artículo 586, número 3.º, se extiende la punibilidad a conductas que, ateniéndose al texto de dicho artículo, quedan excluidas y restan, por tanto, impunes. Que se trata, por consiguiente, de una interpretación extensiva, nos parece que no se puede negar.

Sería erróneo, a nuestro juicio, ver detrás de la tesis que niega la posibilidad de incluir la imprudencia temeraria y la simple con infracción de reglamentos en el número 3.º del artículo 586, una especial complacencia por las interpretaciones gramaticales. No se trata aquí de quedar apegados a una interpretación puramente gramatical, sino de conceder a ésta el insobornable valor negativo que le corresponde en la esfera penal. Al respecto observaba, con acierto, Rodríguez Muñoz que la interpretación gramatical sólo tiene, en el aspecto positivo, un valor que pudiéramos calificar de provisional, pero, en cambio, en el aspecto negativo, al señalar los límites posibles de una interpretación teleológica, reviste decisiva importancia (37).

Si el texto del número 3.º del artículo 586 requiere que el agente obre *sin cometer infracción de los reglamentos*, ninguna interpretación teleológica podrá extenderse hasta el extremo de prescindir de esta expresa exigencia. Es cierto que se habla, a veces, de una posible interpretación *extensiva* también permitida en el campo penal. Pero cuando se afirma esta posibilidad, se hace la salvedad de que esta interpretación extensiva sólo será admisible en la medida en que la permitan los resultados obtenidos de la interpretación *literal* y teleológica (38).

La interpretación gramatical, en la medida en que está al servicio del fundamental valor de la certeza del Derecho (39), cumple una función limitadora, tanto respecto a cualquier interpretación extensiva de sentido *descendente*—que tiende a abarcar lo que es menos grave que lo previsto— como respecto a cualquier interpretación extensiva de sentido *ascendente* que tienda a comprender lo que es más grave que lo pre-

(37) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota* al *Tratado* de Mezger I cit., p. 138.

(38) Así, por ejemplo, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *La Ley y el Delito* (México-Buenos Aires, 1954), p. 128.

(39) Sobre el tema, el espléndido libro de F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho* (trad. de S. Sentís y M. Ayerra) (Buenos Aires, 1953).

visto, pero queda expresamente excluido por el inequívoco tenor literal de la ley. Claro está que el resultado final, cuando se trata de rechazar interpretaciones extensivas de sentido ascendente, ha de ser necesariamente el reconocimiento de que la ley ha incurrido en un absurdo, puesto que se afirmará la punibilidad de lo menos grave y la impunidad de lo de mayor gravedad. Sería, sin embargo, peligroso dejarse llevar por el deseo lógico de superar el absurdo legal. Para evitar situaciones absurdas de esta índole, está la capacidad previsora del legislador, que no puede suplir la interpretación científica. Por efecto de la función limitadora de la interpretación gramatical, la ley se convierte no sólo en garantía del ciudadano honrado, sino contemporáneamente, y de modo inevitable, en la *Magna Charta* del delincuente, para utilizar la conocida expresión de von Liszt. Y así, en relación con el número 3.º del artículo 586, no cabe duda de que cuando el agente haya realizado una falta de las encuadradas en dicho artículo por imprudencia, pero mediante infracción de reglamentos, podrá esgrimir en su defensa que su comportamiento fué expresamente excluido del citado precepto.

El Tribunal Supremo declaró reiteradamente que la imprudencia a que se refiere el número 3.º del artículo 586 es la simple sin infracción de reglamentos. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 8 junio 1948 expuso las características diferenciales del número 3.º del artículo 586, afirmando que “la culpa es levisima, por concurrir las circunstancias de que el mal fué causado por mero descuido de dicha clase y no se infringió ningún precepto”. Con relativa frecuencia el Tribunal Supremo excluyó el supuesto de hecho del ámbito de la citada norma por haber mediado infracción reglamentaria. La Sentencia de 29 septiembre 1943 declaró, en este sentido, que “la imprudencia simple equivale a lo que jurídicamente se entiende por culpa leve y se sanciona como falta en este artículo, salvo en el caso de que concurra la circunstancia de haber obrado el agente con infracción de normas reglamentarias” (40). De modo no menos claro, asegura la Sentencia de 12 febrero 1957 que para la existencia de la falta del número 3.º del artículo 586 “es preciso, según el mismo texto del artículo que se invoca, que la simple imprudencia o negligencia que allí se castiga se haya cometido sin infracción de los reglamentos”. Recientemente, la Sentencia de 15 noviembre 1962 afirmó que el requisito de la infracción de reglamentos es “elemento positivo” del párrafo 2.º del artículo 565 y “negativo” del artículo 586, número 3.º.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que todas estas declaraciones jurisprudenciales suelen referirse a hechos que, si mediare malicia, constituirían delito, como se desprende, por ejemplo, de la misma Sentencia de 29 septiembre 1943, acabada de citar, en la que puede leerse que “la circunstancia de haber obrado el agente con infracción de normas reglamentarias es el otro elemento necesario para convertir la simple imprudencia de mera falta en el delito definido en el artículo 558, segundo” (hoy 565). Que tratándose de hechos que, de

(40) Cfr. Sentencias 19 de junio de 1959 y 2 de noviembre de 1959.

mediar malicia, integrarían delito, el artículo 586, número 3.º, regula exclusivamente la simple imprudencia sin infracción de reglamentos, está fuera de toda duda, puesto que las otras dos clases de imprudencias aparecen disciplinadas en el artículo 565. El problema surge en relación con los hechos que, aunque hubiese mediado malicia, constituirían tan sólo falta, problema que no resuelven, pues, de modo expreso las resoluciones del Tribunal Supremo anteriormente citadas.

b') *Imprudencia simple de hecho y de derecho.* ~

Desde otro punto de vista, creemos que en el número 3.º del artículo 586 tiene cabida tanto la imprudencia simple *de hecho* como la imprudencia simple *de derecho*.

Como es sabido, se habla de imprudencia de derecho cuando el autor pudo con el esfuerzo debido evitar el error de prohibición. La posibilidad de admitir en nuestro ordenamiento jurídico la imprudencia de derecho ha sido planteada y discutida últimamente. En 1958 Quintano afirmó que le parecía "totalmente aceptable la posición de Welzel en el seno de la Gran Comisión de Reforma del Código penal alemán (Sesión IV, de 1955), sosteniendo que el error de prohibición puede excusar o atenuar, pero de lo que es incapaz es de transmutar mágicamente el dolo en culpa, poseyendo cada cual su genética propia" (41). Sin embargo, posteriormente, en 1962, el propio Quintano, al enfrentarse con un problema de *ius positum*, como es el de determinar las formas de la culpabilidad en el delito de coacciones, admite la posibilidad de que el error de prohibición origine una responsabilidad culposa, al decir "error de prohibición que, en nuestro Derecho, al ser invencible, exculparía por ausencia de culpabilidad, pero que al no serlo pudiera engendrar la imprudencia genérica del artículo 565" (42).

El mérito de haber centrado en su justo punto la cuestión de la posibilidad de admitir en nuestro ordenamiento punitivo la imprudencia de derecho corresponde a Córdoba Roda (43). Partiendo de la premisa de que "la malicia está constituida por la voluntad del resultado a conciencia de su antijuricidad", argumenta Córdoba: "La imprudencia requiere de un elemento negativo, constituido por la ausencia de malicia. Y, como la malicia puede faltar tanto por no haber querido el sujeto el resultado—el automovilista que conduce descuidadamente no quiere producir ningún evento lesivo—, como por no haberse representado su carácter antijurídico —la mujer que causa el aborto en un muy temprano estado del embarazo cree que su conducta no es contraria a Derecho—, es evidente que nuestro ordenamiento alberga en los artículos 565 y 586, número 3.º, tanto la *imprudencia de*

(41) A. QUINTANO, *Derecho Penal de la Culpa* cit., p. 260.

(42) A. QUINTANO, *Tratado I* cit., p. 988.

(43) J. CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la culpabilidad penal* (Resumen de Tesis Doctoral) (Barcelona, 1958), p. 17 ss.; *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito* cit., p. 130 ss.; *Una nueva concepción* cit., p. 92, y *Notas al Tratado de Maurach II*, cit., p. 144 y 162 ss.

hecho como la de derecho" (44). Por otra parte, Córdoba indica agudamente que no son aplicables a nuestro Derecho las objeciones dogmáticas y político-criminales que se formularon en la doctrina alemana en contra de la admisión de la imprudencia de derecho, objeciones que provienen del sistema seguido por el legislador alemán, que, por un lado, incrimina específicamente los delitos culposos, empleando los términos "ejecución imprudente de una conducta", y, por otro, al haber elegido el sistema de *numerus clausus*, origina la imposibilidad de castigar las acciones llevadas a cabo con error evitable sobre la prohibición en las que la imprudencia no está incriminada (45).

La posición afirmativa de Córdoba no es compartida por Cerezo, quien estima que los artículos 565 y 586, número 3.º, están recortados únicamente para la imprudencia de hecho (46). Disparidad de opiniones que se muestra ya en relación con la premisa de que la *malicia* comprende la conciencia de la antijuricidad, que Cerezo no admite. "La palabra malicia—había escrito con anterioridad Cerezo—puede ser equivalente en la técnica penal al conocimiento y voluntad de la concurrencia de las circunstancias objetivas que pertenecen al tipo de lo injusto. No es preciso, a mi juicio, que tenga un sentido más amplio, comprensivo de la conciencia de la antijuricidad, como cree Antón Oneca" (47). Para Cerezo la opinión contraria conduciría a conclusiones absurdas, fundamentalmente a estas dos: 1.ª) "si la palabra malicia incluyera necesariamente la conciencia de la antijuricidad, no estarían comprendidos en el artículo 565 todos aquellos casos de culpa consciente en que el autor actúa con conciencia de que su conducta crea un peligro *antijurídico* de un bien jurídico protegido"; 2.ª) "si se aceptase la llamada teoría del dolo (según la cual éste comprende la conciencia de la antijuricidad), habría que incluir en el artículo 565 los casos de la culpa jurídica", pero para ello "habría que forzar, sin embargo, los límites del tenor literal del precepto, pues difícilmente podría decirse que el autor había realizado el hecho por imprudencia temeraria (o simple con infracción de reglamentos) cuando había actuado dolosamente, con dolo de hecho" (48).

Partiendo, pues, de la idea de que la malicia no comprende la conciencia de la antijuricidad, Cerezo rechaza lógicamente la distinción que Córdoba establece entre *intención* o *propósito* (voluntad referida al resultado) y *malicia* (voluntad del resultado a conciencia de su antijuricidad). Esta distinción carece, a juicio de Cerezo, de base legal, pues "en el mismo artículo 565 aparecen expresamente equiparadas la malicia y la intención" (49). Además, esta distinción le hace incurrir a Córdoba, según Cerezo, "en el error de reconocer la existencia de

(44) J. CÓRDOBA, *Una nueva concepción* cit., p. 92.

(45) Cfr. J. CÓRDOBA, *El conocimiento* cit., p. 134.

(46) J. CEREZO MIR, *Nota bibliográfica sobre la traducción castellana del Tratado de Maurach, en Anuario de Derecho Penal* (1962), p. 667 s.

(47) J. CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos* cit., p. 67.

(48) J. CEREZO MIR, *Lo injusto* cit., p. 68.

(49) J. CEREZO MIR, *Nota bibliográfica* cit., p. 667.

una culpa de derecho". "La inclusión de la llamada culpa jurídica en el artículo 565 —añade Cerezo— no es posible, por otra parte, sin violentar el tenor literal del precepto. Si el autor realiza dolosamente un hecho delictivo e incurre en un error de prohibición culpable sobre la antijuricidad 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 —se pregunta Cerezo— en este último caso la exigencia de la infracción de reglamentos?" (50).

La argumentación de Cerezo, que conduciría, en definitiva, a negar la inclusión de la imprudencia de derecho en el artículo 586, núm. 3.º, no nos parece del todo convincente. En primer lugar, no resulta fácil compartir la afirmación inicial de que la *malicia* no comprende la conciencia de la antijuricidad, porque una de las acepciones que se asignan a este término implica, como expuso acertadamente Antón Oneca, "obrar a conciencia de que se procede mal" (51), y más aún si se tiene en cuenta que esta acepción es la que ininterrumpidamente le viene atribuyendo el Tribunal Supremo que, de esta suerte, ha dotado de un preciso contenido en el ámbito de nuestro lenguaje jurídicopenal al vocablo malicia. En este punto le asiste, a nuestro juicio, la razón a Córdoba, que toma oportunamente en consideración la reiteradísima doctrina jurisprudencial (52). En este sentido, el Tribunal Supremo ha llegado a declarar, en las sentencias de 13 marzo 1940 y 9 mayo 1953: "Malicia es *dañada voluntad* de hacer u omitir lo que la ley prohíbe o manda bajo amenaza de una sanción".

No creemos que admitiendo este punto de partida —que la malicia comprende la conciencia de la antijuricidad— se originen las dos consecuencias absurdas que apunta Cerezo. Respecto a la primera, es decir, a la de que quedarían excluidos de los artículos 565 y 586, núm. 3.º, todos los casos de culpa consciente en los que el autor actúa con conciencia de que con su conducta crea un peligro antijurídico, no creemos que exista razón alguna para que se opere semejante exclusión. Como es sabido, en la imprudencia el autor puede actuar con un conocimiento actual del injusto. Al respecto advierte Maurach que a menudo, en la culpa consciente, "el sujeto sabe que existe el riesgo de que se produzca un resultado prohibido, pero confía en que por su habilidad lo podrá evitar", sin que ese conocimiento convierta la imprudencia en dolo (53). En el ejemplo de culpa consciente que propone Cerezo, precisamente porque se trata de un supuesto de *culpa*, el autor se decide a actuar porque, pese a saber que crea una situación de peligro para un bien jurídico, confía y espera evitar el resultado, y sólo porque

(50) J. CEREZO MIR, *Nota cit.*, p. 667.

(51) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I cit.*, p. 206; del mismo autor, *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado IV* (Madrid, 1948), p. 104.

(52) Cfr. J. CÓRDOBA, *El conocimiento cit.*, p. 70; *Una nueva concepción citada*, p. 92, y *Nota al Tratado de Maurach I cit.*, p. 308.

(53) R. MAURACH, *Tratado de Derecho Penal II cit.*, p. 253.

tiene esta confianza no se abstiene. Si las cosas fuesen de otro modo el sujeto estaría versando ya, al menos, en dolo eventual. Falta, por consiguiente, en el ejemplo citado, la *voluntad del resultado*. El sujeto no ha *consentido*, en absoluto, la verificación del resultado. Ahora bien, si se entiende —como hace Córdoba— que la *malicia* está constituida por la *voluntad del resultado* y la *conciencia de su antijuricidad*, es evidente que no quedarán excluidos del artículo 565 los supuestos de culpa consciente a que alude Cerezo, pues en ellos falta, por definición, la *voluntad del resultado* y, por tanto, la *malicia*. El conocimiento incluso actual de que se crea una situación de peligro para un bien jurídicamente protegido, no convierte por sí solo en *malicioso* al actuar cuando falta una de las componentes básicas de la malicia, es decir, la *voluntad del resultado*.

La segunda consecuencia absurda que señala Cerezo, sólo podrá darse en la medida en que se opere simultáneamente, sin diferenciarlos, con dos conceptos distintos del dolo: dolo en el sentido del tradicional *dolus malus* y dolo como simple dolo de hecho. Ahora bien, si, por ejemplo, se acepta que en nuestro Derecho positivo el dolo tiene el primero de los sentidos y comprende, por tanto, la conciencia de la antijuricidad (54), no se incurre, luego, en ningún absurdo si se afirma

(54) Este parece ser el sentido que el Tribunal Supremo ha atribuido al dolo en repetidas ocasiones. Así, la Sentencia de 20 de febrero de 1934 afirma textualmente que la “intención dolosa” presupone que “el agente viola la ley a sabiendas de que su conducta perturba el orden jurídico establecido”, y según la Sentencia de 6 de junio de 1945 la “intención dolosa” implica “consciencia de la ilicitud de la acción u omisión” y la ausencia de esta consciencia *excluye el dolo*. Además, como es sabido, el Tribunal Supremo viene entendiendo la presunción del párrafo segundo del artículo 1.º como presunción de *voluntad dolosa* (SS. 19 de diciembre de 1941, 15 de octubre de 1942, 8 de marzo de 1952 y 30 de diciembre de 1955) o presunción de *dolo* (SS. 5 de enero de 1935, 6 de marzo de 1942 y 21 de octubre de 1953), y, por otra parte, ha declarado que “la consciencia de la antijuricidad, exigida por el artículo 1.º para reputar delito o falta la acción penada por la ley, se presume en todos los casos en que dicha acción punible aparece definida en la ley penal por precepto contenido en el artículo 1.º” (S. 21 de junio de 1944).

La palabra *dolo* es ajena al lenguaje de nuestro Código Penal. El texto reformado de 1944 empleó el adjetivo *dolosos* en la redacción del artículo 423, pero fue desterrado por la revisión de 1963 en el actual correspondiente artículo 427. Sería, sin embargo, apresurado deducir de este silencio plena libertad para dotar, entre nosotros, de un contenido cualquiera al término *dolo*. Este vocablo posee un concreto significado en nuestro ordenamiento jurídico, en primer lugar dentro del propio Derecho legislado. Así, por ejemplo, se utiliza en los artículos 673, 674, 713, 1101, 1102, 1107, 1265, 1269, 1270, 1301, 1302, 1314, 1316 y 1817 del Código civil. Según A. DE COSSIO Y CORRAL, *El dolo en el Derecho civil* (Madrid, 1955), p. 31, puede atribuírsele al dolo dentro de la técnica de nuestras leyes civiles una doble significación: “*intención de dañar ilegalmente*” y “*engaño o maquinación*”. Se trata, en todo caso, en opinión de Cossio, de “un concepto contrario al de buena fe”, que “supone conocimiento del daño” (p. 33). En segundo lugar, según acabamos de ver, la palabra *dolo* ha sido consagrada jurisprudencialmente. En tercer lugar, fue acogida y utilizada tradicionalmente en el acervo doctrinal con un concreto significado. En cuarto y último lugar, trascendió del plano jurídico al estamento del lenguaje común también con un determinado significado.

que el sujeto ha obrado por imprudencia, a pesar de que haya actuado con *dolo de hecho*, puesto que éste no es todavía el dolo, según el concepto que previamente se ha admitido, que requiere, además, la conciencia de la antijuricidad. Obsérvese, por otra parte, que no es preciso violentar el *tenor literal* de ningún precepto, porque la expresión *dolo* es ajena al texto de los artículos 565, 586, núm. 3.º, y 600. Estos preceptos hacen una referencia excluyente no al *dolo de hecho*, sino a la *malicia*. Es perfectamente lícito, pues, afirmar, sin que ello suponga una contradicción en los términos, que el que obra con *dolo de hecho* no actúa por ello sólo con *malicia*, y si falta la malicia, puede existir, según nuestro Derecho positivo, *imprudencia*.

No se puede desconocer, sin embargo, que el argumento que pretende derivar Cerezo del párrafo último del artículo 565 y del número 8.º del artículo 8 posee mucha más fuerza que las anteriores argumentaciones. Cerezo afirma que “en el mismo artículo 565 aparecen expresamente equiparadas la malicia y la intención” y que “el término intención está utilizado en el número 8.º del artículo 8 como sinónimo de dolo” (55). Ambas afirmaciones son, a nuestro modo de ver, exactas y deben ser acogidas. El propio de Córdoba reconoció ya de antemano que “el último párrafo del artículo 565 al disponer que en ningún caso se impondrá pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido *intencionalmente* ofrece, sin embargo, una base para entender que *malicia* e *intención* son una misma cosa, y para incluir, por lo tanto, tan sólo a la imprudencia de hecho dentro del artículo 565” (56). Añade Córdoba que “existen, por lo demás, una serie de sentencias que hablan de *malicia* e *intención*

Todos estos datos habrán de tenerse especialmente en cuenta a la hora de establecer paralelismos entre las posibilidades de interpretación que ofrece la palabra alemana *Vorsatz* y la palabra castellana *dolo*. J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista* (Valencia, 1953), p. 37 y ss., n. 26, hizo al respecto algunas observaciones oportunas. Últimamente, S. SOLER, *Culpabilidad real y culpabilidad presunta*, en *Anuario de Derecho penal* (1962), página 497, ha escrito: “La expresión *Vorsatz* no presupone la existencia de una valoración normativa, la expresión *dolo*, sí”, hasta el punto de estimar que el concepto natural del dolo “encierra una *contradictio in adjecto*”. Soler pone asimismo de relieve que el concepto de *dolo* es un concepto originariamente jurídico, lo que imposibilita, a su juicio, la existencia de un concepto natural de dolo: “y aún es imposible que lo haya —dice—, 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 aún la de que ambos se parezcan mucho... Pero cuando el concepto cobra existencia en el derecho mismo y, por decirlo así, se divulga después y se generaliza, como ocurre con el concepto de dolo, por mucho que querramos, no lograremos despojarlo de su veste jurídica para llegar a un *dolo natural*” (p. 497-498).

(55) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Hacia una nueva interpretación*, cit. p. 282 s.

(56) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach I*, cit., p. 309 s.

como conceptos idénticos”, y cita concretamente las de 3 julio 1886 y 8 marzo 1946 (57).

Ahora bien, a nuestro juicio, el hecho indudable de que el último párrafo del artículo 565 equipare la *intención* a la *malicia* y que el número 8.º utilice el término intención como sinónimo de dolo, no prejuzga que la malicia no comprenda la conciencia de la antijuricidad. Sería así si se demostrase previamente que el *concepto legal* de *intención* coincide siempre de modo necesario con el significado psicológico de pura intención del resultado.

Es cierto que la primera acepción del término intención es aquella que la refiere al *resultado exterior* (58). En este sentido, ya Delitala advirtió que “verdaderamente voluntaria no es, en todo caso, más que la acción, en tanto el evento, mejor que voluntario, debería decirse intencional” (59), y, por su parte, Grispigni hizo la observación de que “debería evitarse la afirmación equívoca e inexacta según la cual es *voluntario* el evento, en tanto debería decirse que es *intencional*, desde el momento en que *voluntaria* solamente puede ser la conducta” (60).

Pero es igualmente cierto que el vocablo intención posee en nuestro lenguaje jurídicopenal otras significaciones. Para comprobar esta *equivocidad* del término intención basta repasar las colecciones jurisprudenciales: se habla de *intención de delinquir* (Ss. 24 marzo 1900, 29 septiembre 1944, 28 noviembre 1955, 22 marzo 1955 y 24 mayo 1958), de *intención de quebrantar un bien jurídico de los que la ley garantiza* (Ss. 17 marzo 1934 y 8 marzo 1946), de *intención dolosa* (Ss. 20 febrero 1934, 6 junio 1945 y 12 noviembre 1957) y de *intención maliciosa* (Ss. 12 diciembre 1927, 13 diciembre 1928 y 3 febrero 1960). Estas expresiones muestran que, entre nosotros, jurídicamente hablando, el término *intención* no tiene por qué referirse de modo necesario a la simple *voluntad del resultado*.

La frase “intención de quebrantar un bien jurídico de los que la ley garantiza” no puede equipararse a la simple voluntad del resultado, pues no es lo mismo tener la voluntad de causar un resultado que tener la intención de quebrantar un *bien jurídico* de los que garantiza la ley. A nuestro modo de ver, la intención de quebrantar un bien jurídico implica la conciencia de la antijuricidad, pues no se puede tener *intención de quebrantar un bien jurídico* más que sabiendo que el bien que se pretende quebrantar está jurídicamente protegido o, lo

(57) J. CÓRDOBA, *Nota al Tratado de Maurach I*, cit., p. 310.

(58) L. PETOELLO MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato* (Milano 1954), p. 60. Cfr., de esta misma obra, las páginas 53-62, relativas a la *estructura de la acción voluntaria*.

(59) G. DELITALA, *Il “fatto” nella teoria generale del reato* (Padova 1930), p. 68. Cfr. A. DE MARSICO, *Coscienza e volontà nella nozione del dolo* (Napoli 1930), p. 147 s.

(60) F. GRISPIGNI, *La sistemática del reato nella più recente dottrina tedesca*, en *Appendice a su Diritto Penale italiano*, volume secondo (Milano 1952), p. 304.

que es lo mismo, sabiendo que la conducta de uno atenta contra un bien garantizado por la ley y es, por tanto, contraria a Derecho.

Lo mismo cabe decir de la expresión *intención de delinquir*, pues malamente podrá decirse que el sujeto tuvo intención de delinquir si no sabía que su conducta estaba prohibida por el Derecho.

Otro tanto sucede con el giro *intención maliciosa*. En la medida en que la *malicia* comprende la conciencia de la antijuricidad, en la expresión *intención maliciosa* deberá considerarse comprendida la voluntad del resultado a conciencia de su antijuricidad.

Por lo que se refiere a la frase *intención dolosa*, el propio Tribunal Supremo ha declarado de modo expreso que existe “*cuando el agente viola la ley a sabiendas de que su conducta perturba el orden jurídico establecido*” (61).

En consecuencia, hay que reconocer que la intención puede entenderse, en el lenguaje jurídicopenal español, como simple voluntad del resultado, pero también —según las expresiones acuñadas en reiteradas ocasiones por el Tribunal Supremo— como referida al quebrantamiento de un bien jurídico garantizado por la ley, implicando en este segundo caso la conciencia de la antijuricidad y presentándose, por tanto, como una *intención maliciosa* o *intención de delinquir*.

Es preciso tener en cuenta que la mayoría de las veces que el Tribunal Supremo equipara la *intención* a la *malicia* no se refiere a la simple intención del resultado (voluntad del resultado exterior), sino a la intención de quebrantar un bien jurídico garantizado por la ley, intención de delinquir o intención dolosa, que implica, como acabamos de ver, la conciencia de la antijuricidad. Así, por ejemplo, entre otras, en la sentencia de 8 marzo 1946: “La voluntariedad en el orden penal presupone siempre, salvo prueba en contrario, la existencia de *malicia* o *intención de quebrantar un bien jurídico* garantizado por la ley penal”.

Ahora bien, si el Tribunal Supremo cuando ha hablado en plano de sinonimia de malicia e intención se ha referido muchas veces no a la simple intención del resultado, sino a la intención de quebrantar un bien jurídico que se sabe protegido por la ley o intención de delinquir, parece posible y lógico entender que cuando el Código habla, equiparándolas, de malicia e intención —como sucede en los párrafos primero y último del artículo 565— no se refiere a la simple intención del resultado externo, sino a aquella otra intención de delinquir, intención de quebrantar un bien jurídico garantizado por la ley o intención maliciosa —según la expresión jurisprudencial— que lleva implícita la conciencia de la antijuricidad.

Creemos por esto que, en definitiva, la equiparación entre malicia e intención que se deduce de la comparación de los párrafos primero y último del artículo 565 no arguye en contra de la tesis que sostiene que la *malicia* implica la conciencia de la antijuricidad y no se opone,

(61) S. 20 febrero 1934. Cfr., en idéntico sentido, S. 6 junio 1945.

por consiguiente, a la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de la imprudencia de derecho.

Por último, el argumento contrario a la admisión de la llamada culpa jurídica que pretende deducir Cerezo de la expresa referencia legal a la infracción de reglamentos, tampoco nos parece decisivo. No se trata ahora de discutir si el legislador de 1848 se había planteado el problema de la imprudencia de derecho o, por el contrario, tenía puesto el pensamiento cuando reguló la imprudencia en la imprudencia de hecho. En este sentido, puede darse por bueno esto último. Se trata de poner de relieve y no olvidar el significado que tuvo históricamente, y continúa teniendo en la actualidad, la referencia legal a la infracción de reglamentos. Esta referencia constituye el expediente del que se ha valido el legislador español para calibrar la *gravedad* de la imprudencia.

Históricamente la mención a la infracción reglamentaria nació para delimitar los confines entre lo que debía castigarse, por su mayor gravedad, como delito y lo que debía sancionarse tan sólo como falta. Ya sabemos que Pacheco comentaba el artículo 493, núm. 5.º, del Código 1848-50 en los siguientes términos: "Este número es el complemento del Título 15 del Libro II, de la imprudencia temeraria. Lo que se hace por ésta es delito, lo que por imprudencia simple es falta tan sólo. A la primera corresponde la negligencia con infracción de reglamentos; a esta otra, la negligencia sin infracción" (62). Y Viada, al referirse al artículo 605, núm. 3.º, del Código de 1870, advertía: "Ya lo dijimos en otro lugar y repetimos aquí: que para que la simple imprudencia o negligencia pueda calificarse de *falta* con arreglo a este artículo, es preciso que, sin cometer infracción de reglamentos, ni incurrir en imprudencia temeraria alguna, etc." (63).

Por su parte, el Tribunal Supremo siempre concedió a la referencia legal a la infracción reglamentaria el carácter de simple criterio para determinar la *gravedad* de la imprudencia simple. La sentencia de 29 septiembre 1943, por ejemplo, declara que "la infracción de reglamentos sólo determina, en el caso de imprudencia simple, la elevación del hecho de falta a delito". La de 28 febrero 1927 afirma que "los delitos y faltas de imprevisión, a diferencia de los intencionales, no se distinguen entre sí por su esencia o naturaleza específica, sino por la importancia o cuantía del abandono o descuido que revelan; así, hay imprudencia temeraria o simple, según las proporciones de la imprevisión cometida, sancionándose la primera en el párrafo primero del artículo 581 (hoy 565), y la simple negligencia en el segundo, en el caso de que entrañe infracción de reglamentos, y si no los contraviene, queda reducida a una mera falta". La sentencia de 2 marzo 1960 declara que la infracción reglamentaria tiene "en lo criminal una *virtud meramente coadyuvante*".

(62) J. F. PACHECO, *Código III*, cit. p. 452.

(63) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal Reformado de 1870 VII* (Madrid 1927), p. 241.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestra más autorizada doctrina actual. Jiménez de Asúa señala que “en la legislación española la imprudencia o negligencia, o seáse la culpa, debe reunirse en todos los casos —y los que el Código de España distingue son sólo de *gravedad*— los requisitos de ella; es decir: obrar imprudente o negligentemente y sin malicia; y la infracción de reglamentos, *extrínseca a su índole*, funciona como circunstancia cualificativa del delito” (64). Según Quintano, la infracción de reglamentos no representa un *alterius*, sino un *plus* de la imprudencia, y de ahí que pueda coexistir tanto con la simple como con la temeraria, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (65). La infracción de reglamentos —observa agudamente Córdoba— no puede, bajo ningún concepto, identificarse con la esencial lesión del deber de cuidado que integra la imprudencia, según se deduce del texto del artículo 586, núm. 3.º (66). Por eso, precisando el valor de la referencia legal a la infracción de reglamentos en materia de imprudencia, afirma acertadamente Quintano que “es la simple donde lo antirreglamentario adquiere virtualidad obligada, aunque siempre *secundaria*, reforzando a la imprudencia simple para llevarla al rango de delito. Tan cierto es ese *papel secundario* que, según Ss. de 9-III-1935 y 11-VI-1954, no es necesaria la referencia exacta del precepto infringido, bien que ello sea aconsejable” (67).

La referencia legal a la infracción reglamentaria, como simple expediente que es para determinar la *gravedad* de la imprudencia simple, no afecta a la esencia de la imprudencia ni prejuzga su naturaleza de hecho o de derecho. La infracción de reglamentos es *extrínseca* a la índole de la imprudencia, según la expresión de Jiménez de Asúa.

Por consiguiente, no hay ningún obstáculo para considerar comprendida en el número 3.º del artículo 586 la imprudencia simple de derecho, como sería, por ejemplo, la del que causa un mal a las personas de los previstos en dicho artículo, porque actúa en la creencia errónea, pero evitable con el esfuerzo debido, de que le asiste un derecho de corrección.

3. Estructura técnica del número 3.º del artículo 586.

La fórmula utilizada por el legislador en el número 3.º del artículo 586 recuerda, en buena medida, a la empleada en el artículo 565. En principio, esta semejanza obliga a plantearse también en relación con el número 3.º la ardua cuestión de si debe estimarse como un tipo específico de falta o, por el contrario, como una cláusula genérica, aunque de ámbito limitado.

(64) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V* cit., p. 930. Hemos subrayado nosotros.

(65) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit. p. 281.

(66) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach II*, cit., p. 243.

(67) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit. p. 285. El subrayado es nuestro.

No hay en nuestra doctrina unanimidad de pareceres sobre este punto. Cuello habla del número 3.º del artículo 586 como si se tratase de un tipo específico de falta (68), y otro tanto hace Puig Peña, quien la califica incluso de modo expreso de "falta de imprudencia" (69). Por el contrario, Antón interpreta el precepto del número 3.º del artículo 586 en el sentido de una "norma general" (70), y en la misma dirección, Rodríguez Muñoz-Jaso Roldán lo caracterizan como "fórmula general sobre la imprudencia", referida a las faltas contra las personas (71).

Consciente de la doble posibilidad de enjuiciamiento, señala, por su parte, Quintano que "cabe dudar de que la modalidad prevista en el número 3.º del artículo 586 ofrezca carácter rigurosamente específico de culpa", y añade que "constituye, más bien, una estructura relativamente genérica" (72).

Se ha dicho que existen poderosas razones que tienden a mostrar la regulación de los artículos 565 y 586, núm. 3.º, como un *crimen culpae*. Destacan, entre esas razones, las siguientes: la colocación sistemática del artículo 565; la graduación de la penalidad en atención a la gravedad de la imprudencia y no al resultado producido; la apreciación de una sola infracción en los casos en que de un solo acto imprudente deriva una pluralidad de resultados (73).

Por un lado, se ha querido ver una ventaja práctica en el reconocimiento de un *crimen culpae*, sobre todo en las hipótesis de resultados plurales al permitir que el delito pueda continuar considerándose único (74). Pero, por otro, se han enunciado una serie de desventajas. Rodríguez Muñoz hizo al respecto las siguientes observaciones, que recogemos, poco más o menos, en sus propios términos: Desde el momento en que la tesis del *crimen culpae* hace radicar la esencia del delito culposo en la imprudencia —la acción antijurídica y culpable consiste sólo en realizar algo imprudente—, el denominador común "imprudencia" es el llamado a establecer el carácter unitario de la conducta. Sólo a los efectos de la penalidad se exige aún otra cosa: la verificación de un resultado. Pero la posible variedad del resultado —advierte Rodríguez Muñoz—, entendido como mera condición objetiva de penalidad, en nada afecta al carácter unitario del propio delito, y de ahí que la relación de éste con el resultado habrá de ser lo más laxa imaginable, puesto que cuanto mayor sea el grado de independencia del resultado más se asegurará el carácter unitario del delito. Ahora bien, si se tiene en cuenta —continúa Rodríguez Muñoz— que de lo que se trata es, por un lado, de establecer aquel indispensable víncu-

(68) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* II, cit. p. 901.

(69) F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal* (Barcelona 1959), IV, p. 322.

(70) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I, cit. p. 226.

(71) T. JASO ROLDÁN, en *Derecho Penal* II, de J. Antón Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz (Madrid 1949), p. 465.

(72) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit. p. 385.

(73) Cfr. I. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach* II, cit., p. 254.

(74) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso* I cit., p. 298.

lo, y, por otro, de asegurar hasta el máximo el carácter unitario del delito, no resulta difícil entrever la índole del vínculo en cuestión, pues de todas las relaciones que entre ambos extremos pudieran imaginarse, ninguna —concluye Rodríguez Muñoz— como la representada por la mera conexión de las condiciones dice menos sobre la propia naturaleza jurídica y espiritual del antecedente (75).

El inconveniente extremo de la tesis del *crimen culpa* radica, pues, en la desconexión que opera respecto al resultado. Esta desconexión produce luego consecuencias trascendentales tanto en el área de la culpabilidad como en el área de la propia acción.

En el plano de la culpabilidad, toda vez que el resultado se muestra como simple condición objetiva de penalidad, hay que operar necesariamente —como señala Córdoba— sobre la base de una total desconexión psíquica, incluso potencial, entre el actuar del sujeto y el resultado producido, y, por consiguiente, no podrá exigirse la concreta previsibilidad del resultado causado por el autor. Bastará, en todo caso, la abstracta previsibilidad de un resultado delictivo, cualquiera que éste sea (76).

En el plano de la acción, la tesis del *crimen culpa* obliga fatalmente a operar con el criterio de la *conditio sine qua non* para determinar la existencia de causalidad, y si se pretendiese, para amoldarse a las necesidades de la vida jurídica, abandonar ese criterio, se incurriría —como observó Rodríguez Muñoz— en una grave incongruencia que pondría en peligro la propia construcción que pretende mantenerse (77). En efecto, en el cuadro lógico del *crimen culpa* no hay lugar para la pregunta de si una *conditio* es adecuada. ¿Adecuada para qué? —pregunta Rodríguez Muñoz—. Y responde: “Sin duda, para un resultado típico. Pero entonces ya se ha establecido una relación *apriorística* entre la imprudencia y el resultado, ya hay que hablar no de imprudencia pura y simple, sino unas veces de *imprudencia respecto a la muerte de un hombre*, otras de *imprudencia respecto al incendio de un edificio*, etc.” (78). Esto equivaldría, claro está, al reconocimiento de *crimina culposa*.

La tesis del *crimen culpa* origina igualmente dificultades en el plano de la antijuricidad. Para dotarle en este plano de unidad sería necesario apelar a un genérico deber de cuidado, denominador común de todo actuar imprudente. Pero este genérico deber de cuidado es una pura entelequia. Es cierto que se afirma frecuentemente que el juicio global “imprudencia” se define por dos componentes, “configuradas tradicionalmente como lesión del general, objetivo, deber de cuidado, y desatención del cuidado individual posible al autor concre-

(75) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 207-208. Vid. también J. M.^a RODRÍGUEZ DE VESA, *Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la Ley de 24 de diciembre de 1962, en separata del número 15 de la Revista Española de Derecho Militar* (Madrid 1963), p. 82 s.

(76) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach II*, cit., p. 254 s.

(77) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 210.

(78) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 210.

to" (79). Es posible, aunque este punto sea discutible y haya sido objeto de viva controversia (80), entender que el lugar sistemático de este deber general es el de la antijuricidad y no el de la culpabilidad del delito imprudente. Pues bien, aun en esta hipótesis, debe tenerse en cuenta que no se trata aquí de la lesión de un indiferenciado y general deber de cuidado, como aquel con el que lógicamente se vería obligada a operar la tesis del *crimen culpae*, sino, por el contrario, de un deber general, objetivo, de cuidado referido a un concreto bien jurídico. No debe olvidarse que para concretar la infracción de este deber se parte, en todo caso, de la causación no maliciosa —según nuestra terminología legal— de un concreto y determinado resultado típico. Si los sostenedores de la existencia de un *crimen culpae* quisiesen valerse igualmente de este criterio correrían, en este punto, el mismo peligro que corren en el plano de la acción si intentasen operar con el criterio de la causación adecuada, es decir, negarían su propio punto de partida. Sería tanto como reconocer que resulta obligado partir, caso por caso, de la lesión de un determinado bien jurídico, con lo que se renunciaría a la ansiada unidad del objeto de protección. Un deber genérico e indiferenciado de cuidado, desligado al máximo de concretos y específicos bienes jurídicos, representa un concepto vacío. El deber —como señala Bettiol— es una categoría formal que nada dice hasta tanto no se ponga en relación con los valores tutelados y no sea, de este modo, especificado y concretado (81).

Al margen de la bondad o inconveniencia de la tesis del *crimen culpae* en el plano puramente teórico, entendió Rodríguez Muñoz, refiriéndose concretamente al artículo 565, que dicha tesis aparece en contradicción con el mismo precepto legal. En primer lugar, la ley no indica con la claridad que sería menester que el resultado sea en el delito imprudente tan sólo una *consecuencia* de la verdadera y propia conducta delictiva. En segundo lugar, al hablar el artículo 565 del "que por imprudencia temeraria *ejecutare un hecho que si mediare malicia constituiría delito*", estima Rodríguez Muñoz que "no se puede decir de manera más clara que no es suficiente colocar una *conditio*, que no basta el dogma causal, que es preciso llevar a cabo precisamente la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos". "La ley, de modo terminante, recaba la conexión más estrecha, y al enca-

(79) R. MAURACH, *Tratado* II, cit. p. 229.

(80) El deber general, objetivo de cuidado puede insertarse sistemáticamente como elemento perteneciente a la culpabilidad o como elemento perteneciente a la antijuricidad. A su vez, dentro de esta última dirección es posible concebirlo como elemento positivo del injusto de los delitos culposos, que entonces aparecerá integrado materialmente por la lesión de un bien jurídico y la infracción de ese deber, o por el contrario, considerarlo en función negativa, entendiendo que la adecuación al deber objetivo de diligencia desplaza el injusto, en cuyo caso el contenido material de éste estaría representado tan sólo por la lesión de un bien jurídico. Cfr. R. MAURACH, *Tratado* II, cit., p. 229 ss. y R. F. SUÁREZ MONTES, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo* (Pamplona 1963), p. 72 ss.

(81) G. BETTIOL, *Diritto Penale*, cit. p. 157.

denar típicamente la imprudencia al proceso de ejecución —ja todo el proceso de ejecución con sus genuinas modalidades!— de los delitos dolosos, exigiendo precisamente *identidad* de conducta objetiva, afirma de manera terminante la realidad de los *crimina culposa*" (82).

En definitiva, para Rodríguez Muñoz el sistema consagrado por el artículo 565 se explica por razones de economía y estilo legislativo, y se presenta como un medio técnico-legislativo, el único posible, una vez que el Código partió de la base de considerar punibles en principio todas las conductas imprudentes que, de mediar malicia, determinarían una responsabilidad a título de dolo, sin que debajo de este sistema se esconda nada sustancial (83).

En la misma dirección se ha pronunciado Quintano. Para Quintano el artículo 565 consagra la tipicidad del delito culposo, pero a través de una doble forma hipotética y de reenvío, que resalta de la sola lectura de su texto. El precepto del artículo 565 ofrece —a juicio de Quintano— la forma de una "norma en blanco", que deberá integrarse por la directamente tipificadora, que es la que la completa y presta vida penal. La tipicidad no subyace —en su opinión— en el artículo 565, como sucedería de integrar éste un *crimen culpae*, sino que de él irradia a los demás del Código o de las leyes especiales, en función de reenvío. Esto explica —añade Quintano— que en múltiples ocasiones el Tribunal Supremo haya exigido que se mencione de modo inexorable el artículo de la ley que ha sido infringido, considerando insuficiente la referencia al genérico del Título XIV del Libro II del Código (84).

Interpretado así, el artículo 565 se ofrece como una norma incriminadora, necesitada de integración, que no protege un bien jurídico específico. En principio, todos los heterogéneos bienes jurídicos a que el Código presta protección en su Libro II pueden hallar asimismo protección contra los ataques imprudentes a través del artículo 565.

La posición jurisprudencial en torno a la existencia o inexistencia de un *crimen culpae* en nuestro Derecho positivo dista mucho de ser clara y está, por el contrario, llena de inconsecuencias y contradicciones.

(82) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 209. En contra de la suposición de que el tipo del delito culposo y el tipo de la correspondiente infracción dolosa coinciden, se ha pronunciado J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach I*, cit., p. 304.

(83) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 208-209.

(84) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit. p. 219. Asimismo niega la existencia de un *crimen culpae* en nuestro Derecho positivo J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial I* cit. p. 34, nota 21 y *Los delitos culposos*, cit., p. 82-83. En este último estudio Rodríguez Devesa destaca acertadamente que no se trata de una cuestión teórica inocua, puesto que la tesis del *crimen culpae* reduce el resultado a mera condición objetiva de penalidad, o, cuando más, a elemento cualificante —en el supuesto de que la imprudencia se castigue ya en sí misma como delito básico—, interpretación que luego tendrá relevancia en el plano de la justicia material. Vid. M. LUZON DOMINGO, *Tratado de la Culpabilidad*, II cit. p. 70 s.

Una dirección doctrinal del Tribunal Supremo declara que “la imcrimación que ha de formularse de acuerdo con la técnica adoptada por nuestra ley sancionadora *no es la de un delito de daños causado por imprudencia*, sino la calificación de imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, que de mediar malicia constituiría delito de daños” (85), insistiendo en que “es inadecuado y poco jurídico calificar un hecho de delito de homicidio, lesiones o daños por imprudencia, pues lo correcto es calificarlo de un *delito de imprudencia*, temeraria o simple con infracción de reglamentos, del que resultó homicidio, lesiones o daños” (86). Abundando en esta dirección, la Sentencia de 29 septiembre 1962 se pronunció clara y terminantemente por la tesis del *crimen culpae*, al decir “mientras subsista en nuestra legislación represiva el combatido concepto de la *punibilidad de la imprudencia como entidad autónoma, y no como grado de la responsabilidad criminal*, precisa construir dicho concepto a base de un núcleo antijurídico constituido por la culpa o negligencia en cualquiera de sus categorías”.

En sentido contrario, otra dirección doctrinal del Tribunal Supremo continúa hablando de delito de homicidio, etc., por imprudencia. Así, en el fallo de la segunda Sentencia de 2 noviembre 1963 puede leerse: “Condenamos al acusado como *autor responsable de un delito de homicidio por imprudencia temeraria*”. Se ha declarado, por otra parte, que el delito de imprudencia *es un delito de resultado* (87). En esta afirmación no está claro, sin embargo, si el resultado juega como *auténtico resultado* dentro de la estructura del delito o, por el contrario, si con esa expresión quiere significarse únicamente que para la punibilidad de la imprudencia se requiere la producción de un resultado, siquiera sea a título de mera condición objetiva. En cierto modo, hablar de *delito de imprudencia*—expresión que parece acoger la tesis del *crimen culpae*—y, a continuación, asegurar que se trata de un *delito de resultado* constituye una verdadera contradicción en los términos. Se ha reconocido, además, reiteradamente la función de reenvío a los tipos objetivos de los delitos dolosos que cumple el artículo 565, al afirmar que es elemento integrante de la imprudencia punible “un mal efectivo típicamente definido en la ley como delito” (88), y que “el mal cierto y positivo resultante de la imprudencia o negligencia sea constitutivo de una de las infracciones dolosas especificadas en la ley penal” (89). De ahí la exigencia jurisprudencial—recordada por Quintano—de la necesidad de señalar en las condenas por imprudencia como infringidos no sólo el genérico artículo 565, sino también el definidor del correspondiente delito doloso (90).

(85) S. 11 mayo 1940.

(86) S. 5 octubre 1942, 18 enero 1949 y 28 enero 1955.

(87) S. 13 mayo 1959 y 16 octubre 1962. La S. 22 noviembre 1962, abundando en la misma idea, contrapone el artículo 565 a los delitos de peligro.

(88) S. 7 diciembre 1933 y 6 febrero 1952.

(89) S. 28 junio 1933.

(90) S. 12 noviembre 1951 y 18 diciembre 1951.

Estas últimas declaraciones jurisprudenciales parecen abonar la existencia de *crimina culposa*. Pero verdaderamente decisiva al respecto, es, a nuestro juicio, la más reciente interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo de la regla contenida en el párrafo 4.º del artículo 565. Las Sentencias de 3 octubre 1962 y 12 diciembre 1962, las dos en idénticos términos, han declarado: “Con arreglo a la moderna doctrina de esta Sala, el giro ambiguo *pena que corresponda*, empleado en el artículo 565, párrafo 4.º del Código penal, para determinar la pena aplicable a la imprudencia delictiva cuando la señalada al delito doloso sea igual o menor que las contenidas en los dos primeros párrafos del mismo artículo, ha de ser interpretado de modo que, en cada caso concreto, la pena resultante, una vez practicada la imperativa degradación, sea la *adecuada al acto culposamente sancionado*, a fin de mantener siempre la inexcusable proporcionalidad entre delito y pena, y como de aceptar la tesis mantenida por el Ministerio fiscal resultaría el absurdo de que la pena aplicable al delito *culposamente sancionado* de daños ejecutados por el reo sería mayor que la procedente si, en lugar de los daños, el resultado hubiere consistido en unas lesiones menos graves, debe ser desestimado el único motivo del medio de impugnación utilizado por el Ministerio público”. Es decir, que se interpreta la citada regla no sólo en el sentido de evitar que el delito culposamente sancionado sea sancionado con pena superior o igual al correspondiente delito doloso, sino también en el sentido de que es obligado evitar que, por ejemplo, un delito culposamente sancionado de daños resulte castigado con pena superior a un delito culposamente sancionado de lesiones menos graves. Se establece, pues, una relación comparativa para concretar la penalidad, no ya entre delito culposamente sancionado y correspondiente doloso, sino entre *dos* delitos culposamente sancionados, lo cual carece de sentido en el marco de la tesis del *crimen culpae*. Es de observar, además, que no sólo se habla de *delito culposamente sancionado de daños*, sino también de que la *pena sea adecuada al acto culposamente sancionado*, lo que presupone necesariamente la existencia de *crimina culposa*. De este modo, al afirmar que es absurdo que un delito culposamente sancionado de daños resulte castigado con pena superior a la que correspondería a un delito culposamente sancionado de lesiones, porque se faltaría al principio de la “inexcusable proporcionalidad entre delito y pena”, se viene a reconocer la *pluralidad* de delitos culposamente sancionados, pues de existir uno solo no tendría justificación invocar el mencionado principio.

La problemática del *crimen culpae* presenta especiales matices, que sería poco prudente desconocer, en relación con el número 3.º del artículo 586. En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con el artículo 565, el número 3.º del 586 no aparece en un título independiente. Es más, ni siquiera ocupa, dentro del Título de las “faltas contra las personas”, un artículo independiente, sino que se incluye en un artículo en el que se tipifican, cubiertas por idéntica sanción, dos faltas específicas. Por otra parte, la inclusión sistemática del número 3.º del artículo 586 en el Título III del Libro III, y la expresa referencia a las *personas* que se contiene en el mismo precepto, le dota de una

relativa unidad. En tanto el artículo 565 es, según hemos visto, una norma incriminadora sin un propio bien jurídico, el artículo 586, número 3.º, permite concretar el repertorio de bienes que encuentran amparo en el mismo. Aunque se trata de una pluralidad heterogénea de bienes jurídicos, es posible, en todo caso, establecer de modo exhaustivo el círculo de intereses tutelados por el número 3.º del artículo 586. Por último, si bien la fórmula utilizada en este precepto recuerda en lo esencial a la que se emplea en el artículo 565, media entre ambas una notable diferencia de redacción. El número 3.º del artículo 586 se refiere al que *causare un mal* que, de mediar malicia, constituiría *delito o falta*. No se requiere aquí expresamente la *ejecución de un hecho* que constituiría, en su caso, delito. Esto permite enunciar, al menos, la posibilidad de entender que, a diferencia de lo que parece desprenderse del artículo 565, no se deduce del número 3.º del artículo 586 *identidad* de conducta objetiva con los delitos o faltas de carácter doloso, o, lo que es igual, que no se requiere la puesta en práctica del mismo proceso de ejecución, con todas sus genuinas modalidades, de los delitos o faltas dolosos.

Todas estas razones hacen más apto, sin duda, al artículo 586, número 3.º, para una interpretación unitaria. Sin embargo, aunque en un campo más reducido, una interpretación de esta índole reproduciría aquí los inconvenientes de la tesis del *crimen culpae*. No puede echarse en olvido la heterogeneidad de los bienes protegidos en el número 3.º del artículo 586. En el campo de la causalidad habrá de operarse necesariamente con el criterio de la equivalencia de las condiciones, y no habrá lugar para la pregunta de si han sido adecuadas. En el plano de la antijuricidad—caso de estimar que el general y objetivo deber de cuidado pertenece sistemáticamente a la misma—no podrá referirse ese deber general de cuidado, caso por caso, al concreto bien jurídico lesionado, vida, integridad corporal, honestidad, libertad o seguridad personal, etc. En el ámbito de la culpabilidad no se podrá exigir la concreta previsibilidad del resultado producido, pese a que éste puede ser de muy distinta naturaleza y entidad.

A pesar de todos estos inconvenientes, habría que inclinarse por la interpretación del *crimen culpae* si, en efecto, fuese posible demostrar que la ley no se remite, como sucede, en cambio, con el artículo 565, a los tipos objetivos de delitos y faltas dolosos previstos en otros artículos, sino que consagra uno propio. Sin embargo, el argumento que puede derivarse de no haber empleado el número 3.º del artículo 586 la expresión *ejecutar un hecho* y limitarse a exigir que se *cause un mal* que, de mediar malicia, constituiría delito o falta, no nos parece convincente.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el giro *causare un mal a las personas* no puede entenderse, como ya expusimos al concretar el objeto de protección del número 3.º del artículo 586, en un sentido material. Como es sabido, el término *mal* posee, a lo largo del Código, significaciones diversas. Indica unas veces el resultado naturalístico de la conducta, pero significa, en otras ocasiones, *daño*, en

sentido de valoración jurídica de la lesión del bien protegido. Este último significado es el que ostenta, a nuestro juicio, en el número 3.º del artículo 586. Causar un mal a las personas significa aquí tanto como producir la lesión de uno de los bienes jurídicos protegidos en el citado precepto. De esta forma, la expresión utilizada en el número 3.º del artículo 586 no se refiere *directamente* a las modalidades del proceso objetivo de ejecución. Ahora bien, como, según se deduce del propio precepto, se requiere que el *mal* causado—producción de la lesión del bien jurídico—constituya, si hubiese mediado malicia, *delito* o *falta*, y no constituyen delito o falta más que las lesiones de bienes jurídicos producidas a través de las concretas modalidades de conducta previstas en los respectivos artículos, resulta que el número 3.º del artículo 586 implica identidad de conducta objetiva con los delitos y faltas de carácter doloso a que se refiere.

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que la interpretación contraria conduciría a resultados absurdos. En efecto, si se entendiese que no se requiere aquí identidad del proceso objetivo de ejecución, se llegaría a la conclusión de que mientras para la incriminación a título de dolo, imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, se requiere que el autor realice la modalidad de conducta prevista en el correspondiente tipo, para la incriminación a título de imprudencia simple sin infracción reglamentaria, basta que el autor haya *causado* la lesión del bien jurídico, cualquiera que sea la modalidad de conducta a través de la cual la produjo.

Una conclusión de esta índole desconocería la función individualizadora que cumple el tipo penal, pues cuando el legislador no castiga en un tipo toda lesión de un bien jurídico, sino tan sólo la realizada a través de una determinada modalidad de conducta, es porque estima indiferentes las restantes, y si lo estima así para los supuestos más graves de lesiones dolosas o producidas por imprudencia temeraria, sería un contrasentido dotar de relevancia penal a todas las lesiones de un determinado bien jurídico provocadas con la forma mínima de la culpa. Es decir, habría que admitir que, en relación con determinados bienes jurídicos, la esfera de la imprudencia simple sin infracción de reglamentos es más amplia que la esfera del dolo, o lo que es lo mismo, que en tanto determinados ataques dolosos a ciertos bienes jurídicos son atípicos, no lo serían nunca los ataques producidos por simple imprudencia sin infracción de reglamentos.

El tenor literal de la ley no obliga en este punto, como sucede, por el contrario, en otras ocasiones, a llegar a una conclusión absurda. La diferencia gramatical que se observa en los artículos 565 y 586, número 3.º, no alberga, a nuestro juicio, ninguna diferencia sustancial. En la expresión del número 3.º del artículo 586 *causaren un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría delito o falta*, va contenida implícitamente una remisión a los tipos objetivos de delitos o faltas dolosos en los que se protegen los mismos bienes jurídicos que encuentran amparo en el citado precepto. Por consiguiente, si existe *identidad* de conducta objetiva y lo único que sucede es que, en virtud del

número 3.º del artículo 586, se sustituye la *malicia* por la imprudencia simple sin infracción de reglamentos. lo más aconsejable es interpretar este precepto como una cláusula relativamente genérica reguladora de la forma menos grave de la culpa, es decir, en el mismo sentido que el artículo 565, si bien destacando su más reducido campo de operatividad.

III.—INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 600

1. *Formación histórica de este precepto.*

Como hemos visto anteriormente, el Código de 1848-50 castigaba como falta en su artículo 493, número 5.º, la causación de un mal por simple imprudencia sin infracción de reglamentos que, si mediare malicia, constituiría delito, sin que entonces se especificase la naturaleza del “mal”, con lo cual se dotaba a este precepto de una gran amplitud.

El Código de 1870 sigue un camino distinto. En tanto incluye bajo la rúbrica de “Faltas contra las personas” una norma (art. 605, número 3.º) en la que castiga, como tal, la causación de un mal por simple imprudencia sin cometer infracción de los reglamentos que, si mediare malicia, constituiría delito o falta, dando a entender por la situación sistemática que esta norma no se refiere a los atentados contra el patrimonio, introduce, paralelamente, en la rúbrica de “Faltas contra la propiedad” otro precepto relativo a la negligencia, el artículo 619, que constituye el antecedente del actual artículo 600.

El artículo 619 del Código de 1870 decía así:

“Los que intencionalmente, por negligencia o por descuido, causaren un daño cualquiera no penado en este libro ni en el anterior, serán castigados con la multa del medio al tanto del daño causado si fuere estimable, y no siéndolo, con la multa de 5 a 75 pesetas.”

El texto del artículo 619 del Código de 1870 permite llamar la atención sobre dos extremos. En primer lugar, hay que destacar la absoluta equiparación de la actuación *intencional* con la negligente. En puridad de principios una equiparación de esta índole ha de estimarse siempre anómala. Si se quisiera buscar una razón práctica que la justificase habría que tener en cuenta, en este caso, la mínima gravedad objetiva del daño contemplado en este precepto, que comprende cualquier daño no previsto en el Código ni como delito ni como falta, refiriéndose incluso a daños de cuantía inestimable. Esta mínima gravedad objetiva del daño puede explicar que se haya estimado indiferente que la producción del mismo sea intencional o negligente. En segundo lugar, al referirse a la producción *intencional* de un daño cualquiera no penado en el libro III ni en el II, el artículo 619 del Código de 1870 vino a consagrar una repetición innecesaria. En este sentido, observó Viada: “Nada tendríamos que decir de la disposición de este

artículo, que no existía en el Código de 1850, si se hubiese limitado a penar los simples daños cometidos por negligencia, descuido; pero, extendiéndose también a los causados *intencionalmente*, creemos que es desde este punto de vista innecesaria y hasta inconveniente, supuesto que por el artículo 616 se penan ya cualesquiera daños que no excedan de 50 pesetas, con exclusión de los demás *especialmente definidos* en este libro o en el anterior” (91).

El artículo 594 del Código de 1932 reproduce el 619 del de 1870, y, por su parte, la reforma de 1944 redacta el artículo 600, último de los incluidos en el título de “Faltas contra la propiedad”, en los siguientes términos:

“Los que por negligencia o por descuido causaren un daño cualquiera no superior a 250 pesetas, serán castigados con la multa del medio al tanto del daño causado, si fuere estimable, y no siéndolo, con la multa de 5 a 250 pesetas.”

La Ley de 30 de marzo de 1954 elevó la cuantía del daño hasta 500 pesetas y añadió a la anterior redacción que “en ningún caso alcanzará la multa la cifra de 1.000 pesetas”, disposición de bien dudosa utilidad, puesto que si el daño ha de ser inferior a 500 pesetas y la multa que se establece es la del medio al tanto del daño causado o, en su caso, la de 5 a 250 pesetas, difícilmente podrá exceder la multa de 1.000 pesetas.

Las innovaciones fundamentales de la reforma de 1944 son dos: la supresión de la referencia a la modalidad *intencional*, y la sustitución de la referencia a un daño no penado en el libro III ni en el II por la alusión a un daño no superior a 250 pesetas (posteriormente, a 500), es decir, a un daño que se mantiene por su cuantía dentro del marco de las faltas. En relación con la primera de las innovaciones ha dicho Castejón que se suprimió “la intención de esta falta de daño, reduciéndola al daño negligente, para evitar el doble y contradictorio castigo del intencional en este artículo y en el 597” (92).

Finalmente, la revisión de 1963 ofrece una nueva redacción del artículo 600, del siguiente tenor:

“Serán castigados con multa de 50 a 500 pesetas los que por imprudencia o negligencia simples, sin cometer infracción de los reglamentos, causen daño en las cosas que, si mediare malicia, constituiría delito o falta.”

Este escueto cuadro histórico basta para poner de relieve que las transformaciones operadas, a través de las distintas reformas, en el contenido del actual artículo 600 fueron decisivas, como tendremos ocasión de comprobar en los apartados siguientes.

(91) S. VIADA y VILASECA, *Código Penal Reformado* VII, cit., p. 297.

(92) F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario*, cit. p. 110.

2. *Ambito de aplicación del artículo 600.*

Al igual que sucedía con el número 3.º del artículo 586, la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 600 presupone la resolución de dos cuestiones: determinación del bien o bienes jurídicamente protegidos en este precepto, y clase o clases de imprudencia que pueden considerarse incluidas en el mismo.

a) *Objeto de protección del artículo 600.*

La revisión de 1963 al sustituir la expresión "causaren un daño cualquiera", que figuraba en las redacciones anteriores, por la mucho más concreta "causen daño en las cosas", permite precisar, con mayor facilidad, el objeto de protección del artículo 600.

Bajo la vigencia de la redacción anterior, Rodríguez Muñoz, si bien advertía que la palabra "daño", que entonces se utilizaba sin ulteriores concreciones, debía entenderse en su acepción técnica, por deducirse así de la conexión de este artículo con los anteriores, admitía, sin embargo, como posible una interpretación más amplia del artículo 600, cuyo límite vendría dado por el círculo de las faltas contra la propiedad (93). Esta última interpretación que —repetimos— Rodríguez Muñoz sólo enunciaba como *posible*, fué calificada por Jiménez de Asúa de "atrevida en exceso" (94).

Hoy, a la vista del texto revisado de 1963, no hay lugar para la discusión. El artículo 600 se refiere de modo inequívoco a los daños en las cosas, como grupo homogéneo dentro del cuadro de infracciones contra el patrimonio, que se caracterizan por determinar un objetivo perjuicio del valor y de la función de la cosa (95). El objeto de protección del artículo 600 se concreta, pues, en el valor que representa, especialmente para su titular, la integridad de la cosa (96).

Sin embargo, sería erróneo entender la alusión al daño en las cosas del artículo 600 como referente exclusivamente a los supuestos de daños previstos en el capítulo IX del título XIII del libro II. Lo fundamental, a efectos del artículo 600, es que se esté a presencia de la causación de un daño en las cosas que, de mediar malicia, constituiría delito, sin que se requiera expresamente que se trate de uno de los delitos previstos en el citado capítulo IX del título XIII. Lo establecido en el artículo 600 será, por tanto, perfectamente referible a las figuras delictivas, cuyo contenido esencial radique en la causación de un daño en las cosas, aunque sistemáticamente no aparezcan incluidas en el capítulo "De los daños". Así, por ejemplo, lo dispuesto en el artículo 600 será aplicable a las hipótesis delictivas comprendidas en el capítulo VIII del título XIII, "Del incendio y otros estragos", en la medida, claro está, que la estructura del respectivo tipo se muestre

(93) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger I*, cit., p. 14.

(94) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, cit., p. 1064.

(95) Cfr. F. MANTOVANI, *Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio* (Milano 1962), p. 116.

(96) Cfr. A. DE MARSICO, *Delitti contro il patrimonio* (Napoli 1951), p. 113.

compatible con la imprudencia. El artículo 557, a través de su referencia excluyente, viene a reconocer las afinidades de contenido que existen entre las figuras delictivas comprendidas en los capítulos VIII y IX.

b) *Clases de imprudencia que pueden considerarse incluidas en el artículo 600.*

Al hablar el artículo 600 en su anterior redacción de *negligencia* o *descuido*, sin adjetivar ni a la una ni al otro, daba lugar, si bien en una esfera limitada, a una regulación consecuente de la imprudencia en las faltas. En efecto, equiparada esencialmente la negligencia a la imprudencia (97), en el término negligencia que utilizaba, a secas, el artículo 600, necesariamente debían tener cabida las tres clases legales de imprudencia: temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción reglamentaria. El no haber adjetivado a la negligencia, salvaba al artículo 600 de los reproches que podían dirigirse al número 3.º del artículo 586, y no originaba ninguna laguna absurda como, en efecto, sucedía con el último precepto.

En todo caso, bajo esta perspectiva, el artículo 600 venía a resaltar aún más la laguna del número 3.º del artículo 586, que, tratándose de faltas contra las personas, sólo castigaba las cometidas por imprudencia simple sin infracción reglamentaria, consagrando, así, la impunidad de las otras dos especies más graves de imprudencia. De esta forma, contrariamente a lo que parecería más lógico, la esfera de la imprudencia punible era mucho más amplia en las faltas de daños que en las faltas contra las personas.

En el sentido indicado de considerar incluidas en la *negligencia* de que hablaba antes el artículo 600 las tres modalidades legales de imprudencia, se pronunció Rodríguez Muñoz (98). Sin embargo, como el artículo 600 se refería exclusivamente a los daños constitutivos de faltas—no superiores a 500 pesetas—, se originaba, a su vez, la siguiente conclusión poco satisfactoria: los daños superiores a 500 pesetas—daños constitutivos de delito—sólo eran punibles en su forma culposa cuando hubiese mediado imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos (art. 565), en tanto los daños de cuantía inferior a esa cifra lo eran, además, cuando se realizasen también con la forma mínima de la culpa, imprudencia simple sin infracción de reglamentos (artículo 600).

Esta conclusión ha hecho decir a Teruel que “sólo entendiendo que la *negligencia* o *descuido* de la fórmula examinada, ha de ser de tal magnitud que constituya una imprudencia temeraria o que el cuidado exigible esté especialmente consignado en un reglamento al que se falta

(97) Como es sabido, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* I, cit., p. 432 era partidario de entender que en tanto la “*imprudencia* supone una actividad positiva”, la *negligencia* “equivale a descuido y se refiere a la omisión de la atención y diligencias debidas”.

(98) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado de Mezger* I, cit., p. 14.

se salva este absurdo. Abona esta interpretación —continúa Teruel— el que el número 3.º del artículo 586 emplea la expresión minorativa *simple* imprudencia, que éste no contiene” (99).

El texto revisado de 1963 plantea la cuestión en términos nuevos. Por un lado, se alude ahora a daños en las cosas que, de mediar malicia, constituirían *delito* o falta. Por otro, se ha sustituido la expresión “los que por negligencia o descuido” por la mucho más concreta y restringida “los que por imprudencia o negligencia simples, sin cometer infracción de reglamentos”. Ahora, de acuerdo con la primera innovación, los daños que por su cuantía, si mediare malicia, serían constitutivos de delito son punibles cuando se causan por imprudencia temeraria (art. 565, 1.º), imprudencia simple con infracción reglamentaria (art. 565, 2.º) y simple sin infracción de reglamentos (art. 600). Pero, en virtud de la segunda modificación, el nuevo texto del artículo 600, al referirse únicamente a la imprudencia simple sin infracción de reglamentos, con olvido de que el artículo 565 sólo es aplicable a *delitos*, origina en el marco de las faltas de daños una laguna de la misma índole que la que determina el número 3.º del artículo 586, que tampoco podrá ser rellenada aquí más que al precio de incurrir en una interpretación extensiva y, como tal, prohibida. Todo ello con la particularidad de que al sustituir la genérica expresión *negligencia* por la mucho más concreta de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, la revisión de 1963 da a entender que pretendió restringir el ámbito del artículo 600 a una sola especie de imprudencia —la menos grave—, con exclusión de las otras dos.

Creemos, pues, que en el actual artículo 600 sólo puede considerarse incluida la simple imprudencia sin infracción reglamentaria, en cualquiera de sus modalidades de hecho o de derecho.

3. Estructura técnica del artículo 600.

El estrecho paralelismo del nuevo texto del artículo 600 con el del número 3.º del artículo 586, evidencia ya que también habrá de preguntarse si conviene o no a aquel precepto la consideración técnica de una figura específica de falta imprudente de daños o, por el contrario, la de una cláusula relativamente genérica reguladora de una forma de la culpabilidad.

Las modificaciones que sufrió, a través de las distintas reformas, el actual artículo 600 afectaron de un modo esencial a su configuración técnica.

El artículo 619 del Código de 1870 —y lo mismo cabe decir del 594 del Código de 1932— consagraba, sin duda alguna, una figura específica de falta de daños. El citado artículo preveía un específico tipo objetivo. Tan específico que se caracterizaba precisamente por la *causación de un daño cualquiera no penado en este libro ni en el anterior*.

La reforma de 1944 operó, en este sentido, un cambio radical. Se

(99) D. TERUEL, *Las Faltas*, cit. p. 308-309.

habla a partir de esta fecha tan sólo de un *daño cualquiera no superior a 250 pesetas* (posteriormente, 500). Cabe discutir ahora, por tanto, si el artículo 600 contiene un específico tipo objetivo o, por el contrario, el único que hace es remitirse genéricamente—a través de la limitación de la cuantía— a los distintos tipos objetivos de faltas de daños. No se requiere ya que se trate de un *daño cualquiera no previsto ni como falta ni como delito en otro artículo del Código*. Por ello la jurisprudencia anterior a 1944, que declaraba que este precepto tiene por exclusivo objeto sancionar aquellos hechos dañosos que no se hallen expresamente penados en otros artículos (100), debe considerarse absolutamente derogada (101). Según la redacción de 1944, el *daño* puede ser cualquiera de los inferiores a la cuantía que se señala, previstos ya, en su versión dolosa, como falta en los artículos inmediatamente anteriores.

La doctrina no interpretó de un modo unánime el artículo 600 del Código de 1944. Como ejemplo de entendimiento diverso cabe señalar que, en tanto Antón Oneca lo consideró como una figura especialmente culposa de falta contra la propiedad (102), Rodríguez Muñoz-Jaso Roldán calificaron al artículo 600 de “disposición general” (103). Puede decirse que la primera interpretación fué la dominante (104).

El texto revisado de 1963 favorece la estimación del artículo 600 como una cláusula genérica. La expresión “causen *daño* en las cosas que, si mediare malicia, constituiría delito o falta”, parece encerrar, por un lado, un reenvío a los tipos objetivos de delitos y faltas en los que se describen conductas que afectan a la integridad de la cosa, y, por otro, parece indicar que la función primordial de esta norma no es tanto la de delimitar un nuevo tipo objetivo de daños como la de regular los efectos de la sustitución de la malicia (dolo) por la forma mínima de la culpabilidad (imprudencia simple sin infracción de reglamentos). La referencia indistinta a la causación de daños que, de mediar malicia, constituirían *delito o falta*, abona esta interpretación.

Entendido como cláusula reguladora de una forma de la culpabilidad en el ámbito de los daños en las cosas, el artículo 600 reproduce la misma problemática del número 3.º del artículo 586, a la que nos hemos referido ya y sobre la que no insistimos para evitar repeticiones.

Sin embargo, no se puede desconocer que el artículo 600 presenta menos inconvenientes que el número 3.º del artículo 586 a la hora de intentar estimarlo como una específica figura culposa. Esta mayor aptitud del artículo 600 para ser considerado como una figura específica

(100) Vid. Sentencias 5 noviembre 1886, 24 marzo 1903, 26 mayo 1923 y 5 marzo 1935.

(101) En sentido contrario, E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* II, cit. p. 910.

(102) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I, cit. p. 226.

(103) T. JASO ROLDÁN, en *Derecho Penal*, de J. Antón Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz, II, cit., p. 466.

(104) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit., p. 385; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* II, cit., p. 910; F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, cit. IV, p. 326; I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal español II* (Madrid, 1950), p. 522.

explica, por ejemplo, que Quintano en tanto entiende el número 3.º del artículo 586 como cláusula relativamente genérica, continúe, después de la revisión de 1963, otorgando al artículo 600 el carácter de figura específica (105).

La posibilidad de considerar con mayor facilidad al artículo 600 como una figura específica de falta culposa contra la propiedad proviene, por un lado, de que su ámbito de aplicación aparece más restringido que el del número 3.º del artículo 586 y referido a un único bien jurídico, dotándole de una homogeneidad de la que carece este último precepto, y por otro, de que, a diferencia de lo que sucedía con la expresión "causen daño a las personas" utilizada en el artículo 586, que no podía interpretarse en sentido material, como referente de modo directo a la conducta objetiva, sino como lesión de uno de los bienes jurídicos personales protegidos en dicha norma, la expresión "causen daño en las cosas" que emplea el artículo 600 ha de interpretarse necesariamente en sentido material. La causación del daño de que habla el artículo 600 se anuda aquí de modo directo y expreso al objeto material: *cosa*. Esto hace que en tanto se puede sostener que en el número 3.º del artículo 586 no hay ninguna alusión directa a las modalidades objetivas de conducta, sea posible mantener coetáneamente que en el artículo 600, en cambio, sí se contiene una expresa referencia a la conducta objetiva, que se describe como consistente en la *causación* de un daño en las cosas. Esta observación podría permitir la afirmación de que el artículo 600 no se limita a regular una forma de la culpabilidad, sino que contiene un propio tipo objetivo.

Ahora bien, en todo caso no puede negarse que la referencia a la causación de un daño en las cosas que, de mediar malicia, *constituiría delito o falta* encierra una remisión precisa a las causaciones de daños previstas como delitos en el Título XIII del Libro II o como faltas en el Título IV del Libro III. Creemos, por tanto, que el artículo 600 implica identidad de tipo objetivo con los respectivos delitos o faltas de daños y su misión fundamental es la de regular los efectos de la realización de esos tipos objetivos por imprudencia simple sin infracción de reglamentos. En el plano objetivo el actual artículo 600 no añade nada nuevo, como sucedía en los Códigos de 1870 y 1932, a lo ya previsto en los restantes artículos definidores de los delitos y faltas de daños, a los que expresamente reenvía.

En definitiva, puede mantenerse, pues, que el vigente artículo 600 ofrece el carácter de una cláusula relativamente genérica reguladora de una forma de culpabilidad, análoga, en este sentido, a la del número 3.º del artículo 586.

(105) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso I*, cit., p. 299.

4. *Significación del artículo 600 en orden a la incriminación culposa de los delitos de daños.*

La posibilidad de incriminación dolosa del delito de daños en nuestro Derecho positivo ha sido doctrinalmente controvertida (106). En la disputa sobre este tema ha desempeñado un papel importante el artículo 600. De la redacción anterior de este precepto se ha derivado ya un argumento favorable a la posibilidad de incriminación culposa de los delitos de daños. Sería un contrasentido —como señala Antón— que, en virtud de este precepto, se castigasen los daños por negligencia a descuido cuando no excedan de 500 pesetas, y no se pudieran sancionar penalmente los de mayor entidad (107).

A juicio de Quintano, el categórico precepto del artículo 600 venía a zanjar definitivamente el problema en el plano del Derecho positivo, valiendo las opiniones contrarias a la incriminación culposa de los delitos de daños como mera tesis doctrinaria de *lege ferenda* (108).

Al referirse ahora expresamente el texto revisado del artículo 600 no sólo a daños que constituirían, de mediar malicia, simples *faltas*, sino también a los que integrarían, en su caso, *delitos*, viene a robustecer el ya sólido argumento que se desprendía de la redacción anterior. En efecto, si un daño superior a 500 pesetas que, si mediare malicia, constituiría *delito* es punible, a tenor del artículo 600, cuando se haya cometido por imprudencia simple sin infracción de reglamentos, no se podrá negar seriamente su punibilidad, de acuerdo con el artículo 565, cuando haya concurrido imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos.

IV.—LA IMPRUDENCIA SIMPLE SIN INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS
Y LA DISTINCIÓN LEGAL ENTRE DELITOS Y FALTAS

En virtud de lo establecido en los artículos 586, núm. 3.º, y 600, la gravedad de la forma de la culpabilidad es determinante de la distinción entre delitos y faltas. La muerte de una persona causada por simple imprudencia o negligencia puede ser delito o falta según haya existido o no infracción reglamentaria (109). La sentencia de 24 de

(106) Vid. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, cit., p. 1059; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit., p. 496 y ss.; M. LUZON DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad II*, cit., p. 519 y ss.; F. PUIG PEÑA, *Culpa extracontractual o daños por imprudencia*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (1943), p. 365 y ss.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Daños*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix VI* (Barcelona, 1954), p. 215; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal II*, cit., p. 870 y V. SILVA MELERO, *Tecnicismo Jurídico Civilista en el Derecho Penal* (Oviedo, 1950), p. 117 y s.

(107) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit., p. 225.

(108) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa*, cit., p. 290 y s. y 497.

(109) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso I*, cit., p. 299 y 301-302, y J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte especial I*, cit., p. 34. En contra, J. DEL ROSAL, M. COBO, G. R. MOURULLO, *Delitos contra las personas*, cit., página 145 y s.

abril de 1879 aplicó el número 3.º del artículo 586 a un supuesto en que, a consecuencia de las mordeduras de una perra hidrófoba, se ocasionó la muerte de dos personas.

La conclusión puede parecer, a primera vista, contradictoria con el propio sistema clasificador del Código, que precisamente en materia de infracciones contra las personas y contra la propiedad da la impresión de que sienta la distinción entre delitos y faltas atendiendo a la entidad objetiva del daño. Piénsese, por ejemplo, en las lesiones del artículo 582 y número 1.º del 583, en las amenazas *leves* del número 2 del 585, en la coacción *leve* del número 5.º del mismo artículo, en las injurias *livianas* del número 1.º del artículo 586, etc., en el hurto que *no exceda de 500 pesetas* del número 1.º del artículo 587, en la estafa o apropiación indebida *no superior a 500 pesetas* del número 3.º del mismo artículo, la realización de los actos de usurpación que define el artículo 518 cuando la utilidad *no excediere de 500 pesetas* que se castiga en el número 1.º del artículo 589, el incendio de cosas a que se refiere el artículo 552 cuando el daño causado *no exceda de 500 pesetas* que se pune en el artículo 595, en los daños cuyo importe *no exceda de 500 pesetas* que se incriminan en el número 1.º del artículo 591, en el primer párrafo del 593, en el artículo 597 y 598, la sustracción o distracción de aguas cuyo importe *no exceda de 500 pesetas* del artículo 599, etc.

El haber adoptado contemporáneamente dos sistemas para operar la distinción entre delitos y faltas, por un lado el de atender a la entidad objetiva del daño y, por otro, el de atender a la gravedad de la forma de culpabilidad, puede crear, de primera intención, desconcierto en algunos supuestos extremos. Sucede así, por ejemplo, cuando, precisamente por no ser fraccionable el resultado lesivo típico en un *plus* o un *minus*, como sucede en el homicidio, el propio Código renunció a estampar un específico tipo objetivo de falta.

En el caso del homicidio hay que llegar a la conclusión de que la producción de la muerte de una persona, que aparece prevista únicamente como resultado característico de un *tipo de delito*, constituye una *falta* cuando se dan las condiciones del número 3.º del artículo 586. Se ha sostenido por algunos autores que en el caso del homicidio la extrema gravedad del resultado muerte excluye la existencia de la forma mínima de la culpa (110). Esta observación tropieza con la dirección jurisprudencial que ha declarado que "aunque la imprudencia punible es un delito de resultado, *no puede ser éste el normativo para la valoración de aquélla en el orden penal, sino que ha de atenerse al acto mismo realizado por el agente en función de las normas de prudencia, cautela o previsión que debió realizar el autor dadas las circunstancias de lugar, tiempo y modo*" (111). Declaración jurisprudencial exacta, pero que no impide que, en la práctica, el propio Tri-

(110) Cfr. J. DEL ROSAL, M. COBO, G. R. MOURULLO, *Delitos contra las personas*, cit., p. 145.

(111) S. 16 octubre 1962.

bunal Supremo haya afirmado que la imprudencia “constituye en el caso de autos, *dada la cuantía de los daños producidos*, el delito definido en el artículo 565, párrafo 1.º, del Código penal” (112).

De todos modos cabe afirmar, sin excepción alguna y, por consiguiente, sin excluir tampoco al homicidio, que los artículos 586, número 3.º, y 600 dan lugar a que la *realización objetiva de un tipo de delito*, con la forma mínima de la culpa, constituya simple *falta*.

V.—NATURALEZA DE LA IMPRUDENCIA SIMPLE SIN INFRACCIÓN DE REGLAMENTOS

En nuestra doctrina dominante, la imprudencia, en general, y, por tanto, también su forma mínima de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, vino considerándose como expresión de la culpabilidad (113). Moviéndonos en la línea de la doctrina dominante, hemos interpretado el número 3.º del artículo 586 y el artículo 600 como cláusulas relativamente genéricas reguladoras de la forma mínima de la culpa. El problema de si la imprudencia encierra o no un juicio de culpabilidad es independiente de la discutida cuestión de si en nuestro Derecho positivo existe o no un *crimen culpae*, pues la admisión de éste no obliga a negar a la imprudencia la naturaleza de juicio de culpabilidad.

Recientemente se ha negado, sin embargo, que la imprudencia constituya en el Derecho español un juicio de culpabilidad. Corresponde a Córdoba el mérito de haber puesto en tela de juicio, de manera sumamente aguda, el carácter que tradicionalmente se le venía concediendo a la imprudencia. Las observaciones de Córdoba obligan, naturalmente, a una revisión crítica de la cuestión.

En opinión de Córdoba “*imprudencia y negligencia* representan, en el ordenamiento penal español, puros juicios de antijuricidad” (114). Córdoba llega a esta conclusión partiendo de dos órdenes de consideraciones: la posición jurisprudencial del Tribunal Supremo que ha definido la *imprudencia* como *infracción de una norma general y objetiva de cuidado*, y la diferencia entre *negligencia* y *excusabilidad* que se deriva del texto de los artículos 355, 358 y 360 del Código penal.

En el primer sentido, observa Córdoba que nuestro más alto Tribunal ha establecido que: “*existe imprudencia si consta que el resultado dañoso se hubiera evitado mediante el empleo de una ordinaria*

(112) S. 30 noviembre 1962.

(113) Vid. nota 6 respecto a la equiparación imprudencia-culpa. Entienden a la culpa como *forma* de la culpabilidad: J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit., p. 197; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal I*, cit., p. 400; J. DEL ROSAL, *Derecho Penal Español I*, cit., p. 397; J. M.ª RODRÍGUEZ DEVEVA, *Los delitos culposos*, cit., p. 81 y s.; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso I*, cit., p. 277; A. FERRER SAMA, *Comentarios I*, cit., p. 19; F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, cit I, página 292. Como *especie* de la culpabilidad: L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado V*, cit., p. 276. Como *grado* de la culpabilidad: I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español I* (Madrid, 1950), p. 184.

(114) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción*, cit., p. 96.

diligencia" (Ss. 26 enero 1944, 6 febrero 1952, 7 diciembre 1933), "se caracteriza por la omisión de las medidas de cautela que aconseja la más elemental previsión" (Ss. 3 octubre 1946, 19 enero 1931, 4 junio 1932) (115). Ahora bien, "un inimputable —añade Córdoba— puede realizar un resultado dañoso que hubiera evitado mediante el empleo de una ordinaria diligencia, puede omitir las medidas de cautela que aconseja la más elemental previsión. La imprudencia es definida, pues, por la jurisprudencia, en conformidad al texto legal, como un fenómeno del que no cabe desprender aún la existencia de *delito*" (116). Córdoba estima, en otro lugar, que el que la jurisprudencia española "únicamente exija, al tratar de la imprudencia, la infracción de una norma de cuidado más o menos concreta, sin preocuparse por las potencias del sujeto individual —que tal vez no le permitían obrar con la diligencia debida, o que, a la inversa, le ofrecían la posibilidad de evitar el resultado— puede ser debida a una importante razón sistemática" (117). Esta razón estribaría en que "en la ley española la *imprudencia punible* constituye un *tipo* delictivo, a saber; el formulado en el artículo 565 del Título XIV del Libro II, y el incriminado en el número 3.º del artículo 586 en el Título III del Libro III. Si la comisión imprudente de un hecho configurado en la ley penal —continúa Córdoba—, no constituye más que un determinado *tipo* de infracción, resultará perfectamente correcto que la jurisprudencia no haya, por lo general, destacado la componente subjetiva del poder (elemento de culpabilidad) para apreciar la existencia de imprudencia punible. Por supuesto que para la presencia de un *delito* imprudente se requerirá que el sujeto, por haber *podido* adaptar su conducta a la general norma objetiva de cuidado, haya desatendido sus potencias individuales. Pero la exigencia de este *poder* no resultará del tipo de los artículos 565 y 586, núm. 3.º, sino de la característica de *culpabilidad* indispensable para el delito, formulada en la *voluntariedad* del artículo 1.º del Código penal" (118).

En un segundo orden de razones, Córdoba cree que la tesis de que la imprudencia representa en nuestro ordenamiento un simple juicio de antijuricidad, resulta confirmada por el texto de los artículos 355, 358 y 360 del propio Código. "En efecto —dice—, el término *inexcusable* constituye, sin duda, un juicio de culpabilidad, pues se refiere al *poder* del sujeto de cumplir el cuidado debido; califica a la negligencia de reprochable. Si el texto legal habla, pues, de *negligencia* y emplea la voz *inexcusable* para perfilar a la misma, es claro que la *negligencia* no contiene el carácter de *inexcusable*; la negligencia podrá ser *excusable* o *inexcusable*. En suma, la negligencia no encierra un juicio de culpabilidad" (119).

La tesis de Córdoba, que hemos procurado recoger en lo esencial

(115) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción*, cit., p. 90.

(116) J. CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción*, cit., p. 90.

(117) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach II*, cit., p. 258.

(118) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach II*, cit., p. 258-259.

(119) J. CÓRDOBA, *Una nueva concepción*, cit., p. 91.

en sus propios términos, merece, sin duda, por la importancia del tema y la agudeza con que está expuesta, una meditación profunda y una revisión de los fundamentos sobre los que apoya la concepción tradicional de la imprudencia en el Derecho español. Por nuestra parte, nos limitamos tan sólo a señalar algunas observaciones que deberán, a nuestro modo de ver, tenerse en cuenta para una resolución definitiva de la cuestión y que, en tanto esta no llega, pueden justificar la adhesión a la doctrina dominante.

Así, en relación con el hecho de que frecuentemente la jurisprudencia carga el acento, a la hora de hacer declaraciones sobre la imprudencia, sobre la infracción de una norma general y objetiva de cuidado, sin preocuparse por las potencias del sujeto individual, deberá tenerse presente que tal proceder problememente puede explicarse, al menos en buena parte, por la peculiar estructura del recurso de casación. Los recurrentes, con mucha mayor frecuencia que poner en tela de juicio la posibilidad del sujeto de adaptar su conducta a la norma objetiva de cuidado, optan por negar la infracción de ésta, lo que obliga al Tribunal Supremo, dando por supuesta esa capacidad individual, a centrar su declaración sobre la otra componente —infracción de la norma objetiva de cuidado—, por ser éste el único motivo de debate sometido a su decisión. Por otra parte, la frecuencia con que en las resoluciones del Tribunal Supremo se alude a la norma objetiva de cuidado, obedece también a la necesidad diaria de distinguir entre imprudencia simple y temeraria. La distinción entre ambas especies legales de imprudencia se lleva a cabo precisamente en atención al carácter del deber —elemental o no— derivado de la norma de cuidado (120), y la tendencia de los recurrentes a negar el carácter de temeridad es también notoria. En muchas ocasiones, pues, ni siquiera se discute ante el Supremo la existencia de imprudencia, sino su calificación, posición que obliga al Tribunal a moverse exclusivamente sobre el plano de la norma objetiva de cuidado para averiguar, así, el carácter del deber infringido.

De todos modos, tampoco puede olvidarse que en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo aludió expresamente a la componente de culpabilidad propia de la imprudencia. Así, por ejemplo: se ha caracterizado a la imprudencia como la producción de un mal no previsto por el autor, pero que *hubiera debido prever* (S. 19 marzo 1885 y 28 abril 1952), con lo cual se presupone que *podía* preverlo; como la producción de un mal que se *pudo* y debió evitar (S. 24 octubre 1944): se declaró imprudente una conducta cuando “a consecuencia de esa no previsibilidad en aquello que la requería, no sólo como *posible*, sino como *obligada*, no se evitó un mal (S. 5 marzo 1954); se afirmó que la imprudencia supone “una falta de previsión indisculpable que causa un daño que *pudo* y *debió* evitarse” (Ss. 14 febrero 1945 y 12 noviembre 1962); se ha declarado, asimismo, que existe imprudencia cuando

(120) Cfr., entre otras, las Sentencias 13 de octubre 1962, 25 octubre 1962, 12 noviembre 1962, 23 noviembre 1962 y 6 diciembre 1962.

“se causan males a personas o cosas que *pudo y debió prever el agente*” (S. 23 marzo 1957) o si “el resultado era previsible por un conductor de tipo medio y *podía haber sido evitado por el recurrente*” (S. 18 diciembre 1962). En sentido negativo, se ha declarado también que no existe imprudencia “si *el procesado no pudo haber previsto*” el evento (S. 23 octubre 1962).

Es de observar igualmente que si, en efecto, el Tribunal Supremo en sus sentencias caracterizase a la imprudencia únicamente en su vertiente objetiva, ninguna razón sistemática podría justificar su incorrecto proceder. Aunque nuestro más Alto Tribunal partiese de la idea de que los artículos 565 y 586, número 3.º, consagran tan sólo *tipos* de delitos imprudentes—no delitos completos—, y, por consiguiente, las exigencias de culpabilidad derivasen del artículo 1.º, párrafo 1.º, como su misión no es la de pronunciarse tan sólo sobre los elementos del *tipo* de delito imprudente, sino, por el contrario, declarar, a efectos de dictar un fallo condenatorio o absolutorio, si existen o no *todos* los elementos integrantes de ese delito, su despreocupación por las exigencias de culpabilidad sería harto criticable. Téngase en cuenta, además, que la trayectoria sistemática de entender la imprudencia de los artículos 565 y 586, número 3.º, como puro juicio de antijuricidad, y referirle luego la exigencia de culpabilidad derivada de la *voluntariedad* del artículo 1.º, párrafo 1.º, no tiene cabida dentro del marco lógico de la doctrina jurisprudencial. Como es sabido, el Tribunal Supremo interpretó la *voluntariedad* del párrafo 1.º del artículo 1.º en dos sentidos diferentes: como sinónima de malicia (*dolo*) y como comprensiva tanto de la malicia como de la imprudencia. En el primer sentido se ha declarado que la *voluntariedad equivale a malicia o intención* (121) y que tal *voluntariedad* integra el elemento subjetivo *equivalente a la intención dolosa de la persona responsable* (122). En el segundo sentido se afirmó que el principio general de *voluntariedad* que, como elemento esencial, ha de concurrir en todo hecho punible, *se diversifica* en los dos grados de responsabilidad criminal, a saber, el *dolo* o *malicia* y la *culpa* o *imprudencia* (123). Ahora bien, es evidente que, sea cualquiera de las dos interpretaciones jurisprudenciales de la *voluntariedad* con la que opere, el Tribunal Supremo no podrá entender primero la imprudencia como puro juicio de antijuricidad y referirle, luego, el requisito de la culpabilidad derivado del párrafo 1.º del artículo 1.º. No podrá hacerlo operando con el primer significado asignado por el propio Tribunal Supremo a la *voluntariedad*, en la medida en que ésta se identifica con el *dolo*. Tampoco podrá hacerlo operando con el segundo significado, porque en este caso la imprudencia no es sino una de las dos *versiones* de la *voluntariedad*, es decir, la imprudencia presupone ya la *voluntariedad* del párrafo 1.º del artículo 1.º y no puede referírsele ésta por segunda vez.

(121) S. 10 marzo 1882, 11 octubre 1928 y 24 mayo 1932.

(122) S. 24 septiembre 1954.

(123) S. 22 octubre 1940.

Por lo que se refiere al argumento derivado de los artículos 355, 358 y 360, hay que reconocer, en primer término, su evidente fuerza lógica. No se puede negar, en efecto, que tales preceptos ofrecen un expreso apoyo legal para sustentar la tesis de que en nuestro ordenamiento la imprudencia representa un puro juicio de antijuricidad. Sin embargo, también en este punto deberán de tomarse en cuenta, a la hora de adoptar una posición definitiva sobre el problema debatido, las observaciones que se derivan de la formación histórica de dichos preceptos, las razones político-criminales que presidieron su redacción y la interpretación jurisprudencial de los mismos.

La expresión *negligencia inexcusable* es frecuente en el ordenamiento jurídico español. No sólo se utiliza en los artículos 355, 358 y 360 del Código penal, sino en otros del propio Código, como el 395, repitiéndose, por otra parte, en los artículos 260 y 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el 903 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Las prevaricaciones culposas, así como la malversación culposa del artículo 395, fueron innovaciones del Código de 1870. En principio, la tipificación de estas figuras—nos referimos especialmente a las prevaricaciones de los artículos 355 y 358 y a la malversación del 395—obedeció al puritarismo que informó, en materia de funcionarios públicos, al Código de 1870 (124). El Código de 1848-50 no había previsto ningún tipo específico de prevaricación culposa. El comentario de Pacheco se había mostrado contrario al reconocimiento de una prevaricación no dolosa: “Sin embargo, no sólo técnicamente—escribió Pacheco—y en el orden del derecho y de la justicia, sino aun en el idioma vulgar, no toda falta a su obligación merece tan severo nombre. Es necesario que la falta sea a sabiendas, que sea maliciosa, que se cometa por algún efecto de la voluntad, y no por yerro de la inteligencia o del juicio. El juez fanático que ve realmente crímenes donde la razón fría y desapasionada no puede hallarlos, será un juez injusto, pero no un juez prevaricador” (125).

Sin duda, estos antecedentes acentuaron la cautela del legislador de 1870, que, si por un lado quiso abrir las puertas a la imprudencia, por otro no quiso abrirlas tanto como para que cupiese toda clase de imprudencia. Se trató, pues, desde este punto de vista, de elevar a rango delictivo tan sólo ciertas prevaricaciones culposas: las más graves. Al mismo tiempo, razones derivadas de la propia materia a regular imponían al legislador la necesidad de adjetivar la ignorancia o la imprudencia. No se podría olvidar que todo lo relacionado con las interpretaciones jurídicas en que apoyan las sentencias, resoluciones administrativas o actuaciones de los abogados o procuradores constituye, en principio, materia siempre discutible, en la que los errores pueden ser frecuentes. El propio ordenamiento jurídico toma en cuenta esta circunstancia cuando prevé todo un sistema de recursos para impug-

(124) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* cit., p. 330.

(125) J. F. PACHECO, *Código Penal Concordado y Comentado* II (Madrid, 1881), p. 394.

nar las resoluciones que se estiman erróneas. Se comprende así la delicada tarea que correspondió al legislador de 1870, a la hora de tipificar prevaricaciones culposas. Se intentó, en el fondo, separar lo que pudiéramos llamar error o negligencia "explicables" por razón de la materia de aquel otro error o negligencia no tan fácilmente explicables, sin cuyo distingo se hubiese expuesto, desde luego, a los jueces a ser blanco diario de acciones criminales entabladas por las partes vencidas en el proceso. En última instancia, se trataba de distinguir la ignorancia o negligencia "disculpable" desde el punto de vista penal, por razón de la materia, de la ignorancia o negligencia "inexcusable". Y éste fué el término que utilizó, con mejor o peor fortuna, el legislador de 1870 para aludir a una ignorancia o negligencia particularmente graves. Probablemente, el término *inexcusable*, pese a todo su poder evocador, no tenga más función que la de circunscribir ciertas especies de ignorancia o imprudencia más graves, dejando las de menor gravedad al margen del Derecho penal. Su misión quizá consista tan sólo en adjetivar la gravedad de la negligencia, sin prejuzgar la estructura de la misma. Su significado sería, por consiguiente, no tanto el de indicar que la negligencia no encierra ya en sí un juicio de reproche personal—que puede incluso encontrar sanción ya en el ámbito de otras ramas jurídicas—(126), como el de señalar que no toda negligencia integra necesariamente el *delito de prevaricación* (127).

(126) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* cit., página 454-455.

(127) El artículo 262 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al decir que "la negligencia o ignorancia se tendrán por inexcusables cuando, aunque sin intención, se hubiere dictado providencia manifiestamente contraria a la ley o se hubiere faltado a algún trámite o solemnidad, mandada observar por la misma bajo pena de nulidad", parece caracterizar la inexcusabilidad apoyándose en datos puramente objetivos. Pero, en todo caso, el argumento que pudiera derivarse del tenor literal del citado precepto en pro de la tesis que se sugiere en el texto no sería decisivo.

En primer lugar, claro está, es discutible el trasplante de ese precepto al campo penal. Lo ha considerado aplicable a la responsabilidad criminal la Sentencia de 28 de enero de 1902, declarando que, aunque la Ley Orgánica lo consigna al tratar de la responsabilidad civil de los jueces y magistrados, este precepto define la significación de las palabras que la ley emplea en el actual artículo 355. Lo consideró igualmente aplicable a la esfera penal la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899. Parecen seguir idéntico criterio E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal II* cit., p. 333 y F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal III* cit., p. 326.

En cambio, se ha pronunciado en contra A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal IV* (Madrid, 1956), p. 73 s., estimando, por un lado, que el artículo 262 de la LOPJ. se refiere al recurso de responsabilidad civil y, por otro, que, aún considerándolo aplicable, no resolvería nada a la hora de interpretar el artículo 355 del Código Penal por originar un auténtico círculo vicioso, dada la reiteración de términos que se observa en ambos preceptos. La opinión de Ferrer parece compartirla A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* cit., p. 378 s. En todo caso, hay que reconocer que la declaración del artículo 262 LOPJ. carece de la necesaria amplitud como para revelar el carácter que debe otorgarse al calificativo *inexcusable* que emplea el Código Penal. En efecto, aunque se estimase aplicable a la interpretación del artículo

En este sentido se ha pronunciado la interpretación doctrinal, desde los propios comentaristas del Código de 1870. Groizard señaló ya el particular esmero con que el legislador *limitó* al máximo el campo de las prevaricaciones culposas, hasta el punto de crearlas prácticamente de muy difícil realización (128). Viada escribió, refiriéndose al actual artículo 355: "*Culpa lata proxima dolo*, dijeron los romanos. Esa culpa lata la constituye aquí la *negligencia o ignorancia inexcusables* de que habla el artículo" (129). Actualmente, la interpretación de la *inexcusabilidad* en sentido puramente limitador y selectivo y refiriéndola a la *gravedad* de la imprudencia continúa siendo opinión común (130). En esta línea resulta sumamente clara la reciente exposición de Quintano, para quien la *inexcusabilidad*, que se menciona en las prevaricaciones y se vuelve a repetir en el artículo 395, "parece hacer referencia a una cuantía máxima de imprudencia, equivalente a la temeridad", estimando que "no caben, por lo tanto, las formas de imprudencia simple, aun con infracción de reglamentos" (131).

Este mismo significado es el que suele concederle la interpretación jurisprudencial. Así, se ha caracterizado en general a la imprudencia *temeraria* como una "negligencia inexcusable" (132) o como una "inexcusable irreflexión" (133). En materia de prevaricaciones se ha declarado reiteradamente que no basta el mero error interpretativo, dada la habilidad de la inteligencia humana (134), y que la ignorancia o negligencia son inexcusables cuando implican una injusticia mani-

355, resultaría forzada su aplicación al artículo 358 y, desde luego, de aplicación imposible en la interpretación de los artículos 360 y 395.

En segundo lugar, y esto es decisivo a los efectos de nuestra exposición, aunque se dijese que el artículo 262 LOPJ. supone un antecedente normativo, que no es lícito desconocer, en el que la *inexcusabilidad* se caracteriza objetivamente, atendiendo a la contrariedad manifiesta de la providencia a la ley o a la naturaleza normativa de la solemnidad a que se ha faltado, prescindiendo de toda referencia al *poder individual* del sujeto, podría replicarse, con toda razón, que dicho precepto contiene una *presunción* legal de culpabilidad basada en esos datos objetivos. Podría argumentarse, efectivamente, que el hecho objetivo de haber dictado providencia manifiestamente contraria a la ley o haber faltado a algún trámite o solemnidad mandado observar bajo pena de nulidad, permite presumir que el juez *podía* adaptar su conducta a la norma. En este sentido, ha dicho JASO ROLDÁN, en *Derecho Penal* de J. Antón Oneca y J. A. Rodríguez Muñoz II cit., p. 196: "dado el principio *iura novit curia*, el hecho de que el juez dicte una resolución manifiestamente injusta supone por lo menos la existencia de la forma menos grave de la culpabilidad".

(128) A. GROIZARD, *El Código Penal de 1870 Concordado y Comentado* IV (Salamanca, 1891), p. 101.

(129) S. VIADA y VILASECA, *Código Penal Reformado de 1870* IV (Madrid, 1926), p. 313.

(130) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal* II cit., p. 333 y 385; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal* IV (Madrid, 1956), p. 75 y 195; F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal* III cit., p. 326; I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal español* II, cit., p. 185.

(131) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la Culpa* cit., p. 380, nota 12.

(132) S. 25 de octubre de 1962.

(133) S. 13 de diciembre de 1962.

(134) S. 31 de enero de 1914.

fiesta que excluye toda razonable interpretación (135). La interpretación jurisprudencial de la *inexcusabilidad* como alusiva a la *gravedad* de la imprudencia se deduce todavía con mayor claridad de las sentencias dictadas en relación con el artículo 395. Así, por ejemplo, la Sentencia de 31 enero 1894 ha declarado que no todo abandono o negligencia integra el delito de malversación previsto en el citado precepto, sino sólo aquellas “rayanas con el dolo y la malicia”, y recientemente la de 20 abril 1960 afirma que el citado delito se integra por dos conductas antijurídicas: una dolosa, del que se apropia de los fondos públicos, y otra culposa de quien no vigila aquellos fondos, incurriendo en autor de *grave imprudencia*.

Esta interpretación de la inexcusabilidad en el sentido de entender que expresa una forma especialmente grave de la imprudencia, es, por otra parte, la única que permite, si no justificar de un modo absoluto, sí al menos explicar hasta cierto punto la equiparación de actuación *dolosa* y actuación por *negligencia inexcusable* que expresamente se lleva a cabo en los artículos 358 y 360.

Todas estas consideraciones hacen posible, en espera de una resolución definitiva del problema, la adopción del concepto tradicional de imprudencia (136).

Entendida en su sentido tradicional, y puesto que la figura legal de los delitos imprudentes en nuestro Derecho resulta, según cuanto dejamos expuesto, de la integración de la cláusula contenida en los artículos 565, 586, número 3.º, y 600 y el tipo objetivo del correspondiente delito doloso, la imprudencia que mencionan estos preceptos ostenta la condición de *característica de la culpabilidad*. Es decir, de elemento de la figura legal que determina directamente el grado de reproche y, por consiguiente, sólo puede concurrir en el actuar de los imputables (137).

VI.—BALANCE CRÍTICO DE LA REVISIÓN DE 1963 Y CONCLUSIONES DE “LEGE FERENDA”

La redacción de los artículos 586, número 3.º, y 600 anterior a la revisión de 1963 planteaba, como hemos visto, varios problemas de interpretación.

Por un lado, el artículo 586, número 3.º, al referirse indistintamente a *delitos* o *faltas* y al exigir de modo expreso que el autor hubiese obrado por imprudencia simple, *sin cometer infracción de reglamentos*, originaba en el marco de las faltas una criticable laguna. Por otro, el artículo 600, al referirse exclusivamente a daños de cuan-

(135) Vid. Sentencias de 25 de enero de 1911, 24 de abril de 1912, 30 de mayo de 1941, 13 de enero de 1948 y 17 de junio de 1950.

(136) Como se sabe, el Tribunal Supremo habla frecuentemente de imprudencia y culpa situándolas en un plano de perfecta sinonimia. Cfr. Sentencias de 22 de octubre de 1940, 30 de octubre de 1962, 23 de octubre de 1962, 16 de octubre de 1962 y 27 de noviembre de 1962, entre otras muchas.

(137) Cfr., en nuestra doctrina, la exposición de J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado* de Maurach I cit., p. 328 ss.

tía no superior a 500 pesetas, es decir, a daños que, en su caso, constituirían meras faltas, y al hablar simplemente de *negligencia*, en cuyo término encontraban cabida las tres especies legales de imprudencia, daba lugar al contrastido de que en tanto las faltas de daños resultaban punibles, no sólo cuando hubiese existido imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos, sino también cuando hubiese mediado simple imprudencia sin infracción reglamentaria, los delitos de daños sólo eran punibles en su versión culposa cuando hubiese concurrido imprudencia temeraria o simple con infracción de reglamentos.

Las diferentes fórmulas utilizadas en el número 3.º del artículo 586 y artículo 600 determinaban, a su vez, que el área de la imprudencia fuese más extensa en las faltas de daños que en las faltas contra las personas.

Una reforma del texto de 1944 debía tener en cuenta en primer término, pues, que la laguna del número 3.º del artículo 586 y el contrastido a que daba lugar el artículo 600 provenían de su falta de coordinación con el artículo 565. Hubiera debido tenerse presente que el primer precepto, contraído a regular exclusivamente la imprudencia simple sin infracción de reglamentos y que históricamente surgió como complemento de lo dispuesto en el actual artículo 565, no puede referirse indistintamente a *delitos* y *faltas*. Mientras que para los delitos las otras dos especies legales de imprudencia aparecen ya reguladas en el artículo 565, no existe en relación con las faltas un precepto paralelo que discipline las dos clases más graves de imprudencia. Asimismo debiera tenerse consciencia de que, contraído exclusivamente a las faltas de daños, el artículo 600 no podía referirse genéricamente a las tres clases legales de imprudencia. En la medida en que en relación con los delitos del artículo 565 no castiga más que la imprudencia temeraria y simple con infracción de reglamentos, resultaba que en tanto un daño inferior a 500 pesetas era punible a título de imprudencia simple sin infracción de reglamentos, un daño superior a esa cuantía jamás podía serlo.

La tarea de una reforma del texto de 1944 parece, pues, que había de ser la de lograr la ansiada coordinación de los artículos 586, número 3.º, y 600 con el 565, evitando, al mismo tiempo, que la esfera de la imprudencia fuese más extensa en las faltas de daños que en las faltas contra las personas.

En verdad, la revisión de 1963 parece haber sido movida por el exclusivo propósito de dotar de idéntica significación a los artículos 586, núm. 3.º, y 600, evitando que el ámbito de la imprudencia fuese más amplio en las faltas de daños que en las faltas contra las personas (138). Para lograrlo se ha trasladado al artículo 600 pura y simplemente la fórmula utilizada en el número 3.º del artículo 586. Con ello se ha renunciado a conseguir la necesaria coordinación con el

(138) Vid. la Base 18 de la Ley de 23 de diciembre de 1961.

artículo 565 y se reproduce ahora en el artículo 600 una laguna análoga a la que da lugar el 586, núm. 3.º

Es aconsejable, por tanto, que en una futura reforma se tenga en cuenta que, en la medida en que el artículo 565 se refiere únicamente a *delitos*, los artículos 586, núm. 3.º, y 600 no pueden limitarse a regular la imprudencia simple sin infracción de reglamentos refiriéndose conjunta e indistintamente a *delitos* y *faltas*. En este punto se impone como obligado el empleo de una fórmula diferenciada respecto a los hechos que, si mediare malicia, constituirían delito y aquellos otros que sólo integrarían falta. En relación con estos últimos, la fórmula legal *ha de referirse necesariamente* a las tres formas legales de imprudencia, en tanto en relación con los primeros *sólo puede referirse* a la imprudencia simple sin infracción de reglamentos, porque las otras dos clases de imprudencia ya quedan reguladas en el artículo 565.

Don Eugenio Cuello Calón, como Presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación

JUAN DEL ROSAL

Vocal permanente de la Comisión general de Codificación
y de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

Quizá fuera don Eugenio Cuello Calón el vocal de la Comisión general de Codificación que haya sumado mayor número de años de permanencia en ella. Con seguridad llegó a ser el más antiguo en la Sección 2.^a, en la que, cuando fui nombrado vocal permanente, si mal no recuerdo, allá por el año 1958, ostentaba la presidencia.

A la sazón se componía de los excelentísimos señores Romero de Tejada (q. e. p. d.), Castejón, Gutiérrez, y a la par hicimos la entrada don Pedro Fernández Valladares y, con posterioridad, don Ildefonso Alamillo.

Recuerdo, con viva emoción, mis primeros días de vocal, al lado de ilustres juristas que, junto a su saber, estaba la experiencia como redactores de leyes y, sobre todo, el caudaloso bagaje que ofrecían, venidos de distintas y prácticas actividades jurídicas y penales.

De buena gana reproduciría aquí la talla humana e intelectual de cada uno de ellos, pero la modestia de mi pluma y, de otra parte, el carácter recoleto, de diálogo sosegado y siempre con alteza de miras, podía enturbiar, al sacarlos a la luz pública, la gravedad de unos *decires* que, en última instancia, han servido para esclarecer conceptos y componer la obra legislativa penal.

La experiencia de acuñar leyes, tarea, por demás imbricada de dificultades, sólo es posible si se une la teoría y la práctica y a la vez una serenidad de concepción y de estilo, de extraño concierto. La dirección, por tanto, de una Sección dedicada al empeño de traducir en simbología juridicopenal las solicitudes de la vida historicosocial, o bien las urgencias inapelables de cualquier fenómeno, o la necesidad de arreglar, con visión estimativa, los valores sociales, reviste tamaña importancia que no es secreto de jurista expresar que constituye la misión más compleja en que puede empeñarse la actividad jurídica.

La presidencia de una Sección de codificación tiene que llevarse con sumo tacto y encauzar el debate, dentro de unos límites, que sólo la finura de la dialéctica jurídica es capaz de soportar.

Cuando empecé a asistir a la Sección 2.^a de la Comisión general de Codificación, presidida por don Eugenio Cuello Calón frisaba casi en los ochenta años de edad, y, sin embargo, hasta el último año, conservó la lozanía de espíritu y su deseo de perfeccionamiento del Derecho positivo. Durante la redacción de la reforma, acabada de entrar en vigor, llamada "texto revisado 1963", llevó el peso de la dirección, contribuyendo con numerosas ponencias, entre las que recuerdo la de cheque sin provisión de fondo, falsedad, gamberrismo, etc., etc.

De entre sus cualidades, como presidente de la Comisión, debo destacar, en justicia, que en todo momento se esforzó en modernizar el texto puntivo, encargando informes a los vocales de los extremos más delicados, y que en ocasiones habían sido objeto de crítica, por parte de la literatura penal extranjera. Su criterio era revisable, en cuanto se postulaba una tesis que le convencia, y nunca tuvo obstáculo en abandonar o modificar su postura. Podría citar algunos testimonios que avalan estos asertos. Valgan de ejemplo cómo mantuvo la sugerencia relativa al problema del consentimiento en las lesiones. La concierne al uxoricidio por adulterio, la eliminación de los delitos cualificados por el resultado, y tantas otras más.

Con este modo de proceder sentó plaza, por lo menos ante mi vista, de un espíritu dispuesto al diálogo y propenso a escuchar y recoger las indicaciones técnicas o dogmáticas que repercutieran en la mejor redacción de la fórmula legislativa. No recuerdo que hubiere de someterse ninguna cuestión, por ardua que fuere, a votación. La presidencia, de otro lado, tuvo la gentileza de no hacer uso de su prerrogativa.

Con ser numerosa su aportación a la bibliografía penal patria, acaso sea alto timbre de gloria su condición de vocal de la Comisión general de codificación, puesto que tuvo una significativa participación en la redacción del Código penal de 1928, publicando dos tomos de "Comentarios", sumamente valiosos, amén de un "Tratado" y de un Código, ambos conforme al texto de 1928.

Con posterioridad estuvo ausente de la reforma de 1944, la cual criticó con tino y acierto, y al poco tiempo interviene ya a lo largo del proceso reformativo. Principia por la modificación acertadísima de las falsedades de 27 de diciembre de 1947, la más importante por esta época, y finaliza su asistencia en el pasado mes de junio, con lo que tuvo una directa participación en la del "Texto revisado 1963"; elocuente testimonio, su última obra, "Código Penal. texto revisado 1963, y leyes penales especiales".

Su recuerdo en el seno de la Comisión estará siempre latente tanto en el trabajo cuanto en la conciencia de los que la integran y, sobre todo, permanecerá presente su modo de comportarse, cuyo espíritu estaba por encima de su edad, ya que sabía recoger cualquier alegato que mejorara la regla penal, cifrada en su dimensión politicocriminal, a costa, a veces, de su propio pensar.

El profesor Cuello Calón como maestro

MANUEL SERRANO RODRIGUEZ
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
de Salamanca

Este es el título que se me envía por la Comisión Organizadora del homenaje y recuerdo al llorado maestro profesor Cuello Calón.

Realmente, poco tendría que pensar para escribir sobre el profesor Cuello Calón como maestro, porque lo que se siente, lo que se ha vivido, y de lo que uno ha recibido tantos beneficios, sale con espontaneidad. Pero aún es más espontáneo, si espontáneamente, valga la redundancia, se ha escrito ya sobre ello en la intimidad de una carta privada a un universitario ejemplar que fué discípulo predilecto del maestro García Oviedo, a mi querido y entrañable amigo y compañero el profesor Manuel Clavero Arévalo. Sin perjuicio de transcribir las palabras que dirigí al profesor Clavero, también tienen una razón de ser estas que anteceden en relación con don Carlos García Oviedo. Porque don Carlos García Oviedo, que empezó su vida universitaria en las Cátedras de Derecho penal, además de ser un excelente maestro, fué un gran amigo del profesor Cuello Calón. Cuando tuve la suerte de ser destinado a Sevilla, siempre el profesor García Oviedo me preguntaba por el maestro Cuello Calón, y a la inversa, cuando llegaba a Madrid, el profesor Cuello Calón me preguntaba por el maestro García Oviedo. Lo difícil fué ocultar cariñosa y caritativamente al maestro Cuello Calón la muerte del profesor García Oviedo, que para mi maestro "siguió viviendo mucho tiempo después de haber fallecido". Esta, como otras cosas, era la expresión de cariño que, como una más, yo podía ofrecerle a quien fué maestro de tantos y a tantos nos dió su beneficio con su paternal e infantil condición, como generalmente poseen todos los auténticos sabios y maestros. Ese equilibrio necesario que establece Dios a través de la naturaleza, como compensatorio entre la gran inteligencia y ese ser un poco niños de todos los grandes hombres.

Decíamos en la carta al profesor Clavero lo siguiente: "Aprovecho ésta para agradecerle el sentimiento por mi maestro Cuello Calón. Sé que sabes interpretar mi dolor, del que aún no estoy repuesto. Su memoria y mi cariño hacia él queda permanentemente. Creo comprenderás, salí en un coche inmediatamente de aquí, y en un viaje de poco más de veinticuatro horas, lloviendo, con un camino malísimo, pasando el Puerto de Reinosa, llegué a Santander a las cuatro de la ma-

drugada. Fui con Josefina, naturalmente, porque la señora de don Eugenio es íntima amiga de Josefina y además una santa. La gran compañera de su vida, ejemplar mujer que tanto le ayudó. Como nos dijeron que el entierro era a las nueve, dormimos cuatro horas, si a eso se llama dormir, ya que a las ocho salimos para el pueblo de Esles, en donde vivió don Eugenio. Yo llevaba la representación, además, del alcalde de Salamanca y del rector. Precisamente se le ha nombrado hijo predilecto de Salamanca, y a una calle se le ha puesto su nombre. Esto era unos días antes de su muerte. El no lo verá, pero para mí es una gran satisfacción haber logrado esto en su pueblo natal y haberlo hecho yo. También pensaba que se le nombrase doctor de esta Universidad. Pero él todo se lo merecía. El entierro fué impresionante, pues el lujo de su casa-palacio en Esles, verdaderamente señorial, rodeada de bosques y de silencio, parecía o era como un don que Dios le concedía a ese amor al silencio y al estudio que él tuvo. Fué muchísima gente, a pesar de la distancia, el Gobernador de Santander, el delegado de Turismo, en representación de los ministros de Educación Nacional e Información y Turismo. Sacamos el féretro. Mosquete, Camargo y yo, junto con su hijo. El camino entre el verde y arbolado, caminos propiamente rústicos, la belleza del paisaje, la soledad del lugar, el sonar de la campana, el silencio que a todo acompañaba y la majestuosidad de esa mansión señorial indicaban al sentimiento y al recogimiento. Comprenderás que a mi llegada y ver el cuerpo inerte del maestro a quien tanto quise y tanto me quiso, me hizo llorar amargamente.”

Es muy corriente, y es expresión vulgar, hablar “del día de las alabanzas”, que corresponde a cantar los méritos de los hombres después de muertos. Y es expresión vulgar también estimar, por los que aún viven, que no desean la llegada de tal día, porque es la prueba de la falta de su existencia. Generalmente esto se dice, porque hasta los propios enemigos suelen destacar lo bueno o al menos lo fingen, y naturalmente lleva larvada tal alabanza, si no la alegría, por lo menos un cierto regusto de que aquél desapareció de nuestra vista.

Por el contrario, cantar los méritos de aquel que ya se nos fué, y del que ya nunca podremos recibir nada en el orden humano, es la mejor prueba de que en vida se le quiso con desinterés, y que, aun cuando de él se recibieron muchos beneficios, no podía o no podíamos en cierto modo decírselos, porque no lo estimase a adulación y a lisonja esperando nuevos acaeceres venturosos. Pero quienes después de recibir muchas bondades dimos pruebas de reconocimiento y agradecimiento, para no recibir más, y con aquéllas nos bastaban, aún pudimos escuchar de sus labios palabras paternales y cartas llenas de entrañable cariño que conservamos con emoción.

El profesor Cuello Calón, como maestro, fué pródigo en beneficio para todos sus discípulos. Tuvo una escuela superior a todos los maestros, porque con independencia de haber empezado a formarnos con él, excepto el profesor Pérez Vitoria, que fué el único que empezó.

y se formó plenamente con él. El profesor Cuello Calón recogió a tantos que formados, o mejor dicho, iniciados con otros maestros, terminó haciendo de todos en la cátedra o fuera de la cátedra, profesores y profesionales, y todos le debemos cuanto somos. Absolutamente todos.

Nunca el profesor Cuello Calón admitió la adulación, ni pensó que todo sería agradecimiento, pues prodigó el bien, su maestría, su enseñanza a todos cuantos le rodeaban. Yo, como testigo de mayor excepción, podría hablar de esto extensamente, porque si bien no lo hacía para que nadie se lo agradeciese, y la mejor prueba de ello era a veces su aislamiento, sentía profundamente el deseo de que todos le quisiésemos y le respetásemos después de recibir sus beneficios. Cuello Calón, como todos los hombres grandes, era a veces una paradoja: no le apetecía ser admirado ni adulado y, sin embargo, en otras ocasiones le apetecía, eso sí, un cierto reconocimiento. Quizá fuese esto un problema de equilibrio. Y esto era en el orden público, o de publicidad, como en el orden privado. Y así le molestaba cualquier intervención periodística, en relación con su persona, y a su vez le agradaba que al menos en términos sencillos se reconociese su obra. Y así era también para sus discípulos.

Pero el sentido de maestro no empezaba ni terminaba en la reducida escuela de los que dentro de su cátedra se especializaban. Era un gran maestro cumplidor dentro de la Universidad, con su constante y diario trabajo, y para ver hasta dónde llegaba su amor al discípulo en toda su realidad e intensidad, podríamos citar una anécdota que la vivimos, creo que el profesor Mosquete y yo. Estábamos examinando un día en el aula grande de la vieja Universidad. Por la gran cantidad de alumnos, los exámenes eran escritos. Entre tanto alumno había uno vestido con el uniforme de la Guardia Civil, pero simplemente como número de la Guardia Civil, sin graduación alguna. Dirigiéndose a Mosquete o a mí, o creo que indistintamente a los dos, nos dijo: "Fíjense en aquel alumno que está vestido con uniforme, para cuando haya que calificarle. Tomen el nombre, porque sin hacer regalos de aprobados es preciso tener en cuenta el esfuerzo que habrá hecho ese hombre trabajando y estudiando a la vez hasta llegar a este curso de la carrera". Porque aquel alumno estaba ya entrado en edad. Estas cosas son las que califican a un hombre como hombre con sentido humano, que es el auténtico valor, porque en aquel instante, llena la clase de alumnos, con su mundo siempre interesado en el estudio, y a veces, como todos los sabios abstraídos de la realidad, estaba en ella, porque ella principalmente debe ser amor al prójimo. Me contaba Mosquete el día de su entierro algo que también aclara sobre lo que era el maestro en su sencillez. Le decía que cuando él muriese no pusiese en el ANUARIO DE DERECHO PENAL que había sido su fundador y director. Y después exclamaba: ¡y después de muerto, a mí que me importa que lo pongan o no lo pongan! Lo grave hubiese sido decirle que se pusiese en vida. También se hubiese molestado o le habría importado poco. Y éstas son las parado-

jas del maestro, pues a veces se le acercaba una persona a quien parecía no atender bien, porque estaba en su mundo o creía que le podía interrumpir su mundo de trabajo, e inmediatamente rectificaba y la atendía con toda solicitud y hasta la regalaba un libro. Parecía no estar, como en el caso del guardia civil, atento a lo que le rodeaba, y, no obstante, estaba preocupado por ello. En su modestia, como todo ser humano, quería ser reconocido, pero precisamente por ello, y como todo hombre de valor, se sentía herido en esa propia modestia que yo creo él mismo estimaba como vanidad, cuando en realidad su valor era inmenso.

Mi llorado maestro el profesor Cuello Calón, que debe ser llorado y sentido por todos sus discípulos, fué el auténtico maestro superior a la formación de una escuela de tendencia o de partido, aun cuando lo científico jamás debe tener tendencias, porque es y debe ser la busca de la verdad. Fué el maestro que acogió, formó o terminó de formar y ayudó con sus sabios conocimientos, cariño y voluntad a cuantos trabajamos con él. No sólo en el terreno de la cátedra, sino especializándose con él los que en el día de mañana iban a ser jueces, fiscales o ya lo eran, y bajo su calor y su cariño fueron después catedráticos. Para todos tuvo aliento, consejo y franca ayuda. Formó profesionales y, naturalmente, fué el maestro auténtico universitario que cumplió con su deber desde el primer momento.

Podemos decir que si tuvo más o menos predilección en el orden de los afectos o mayor contacto con unos o con otros, jamás dejó de ser con imparcialidad absoluta el maestro de todos en todos los sentidos. No podría citar aquí distinciones en sus afectos, porque es posible que alguien se sintiese herido al no ponerle en plano de igualdad, cuando en realidad ésta la estableció para todos, y por sus frutos podemos observarlos. Llevaba su cariño y deseo hasta tal extremo de ayuda y orientación para todo el que quisiera trabajar en Derecho penal, o el considerarse con saber suficiente para ello, que sentía cuando alguien a quien él estimaba con saber, no se consagraba al estudio de esta materia. Para no citar nombres de momento y de los que estuvimos con él, puedo asegurar que jamás agradecerán suficientemente, aun cuando sé el cariño que le profesaban, las palabras y admiración que tuvo para Antonio Perpiñá y para Tomás Jasó. Sin haber entrado en la línea de sus discípulos directos, podíamos decir que en cierto modo renunciaron a ser elegidos.

Sólo los que le hemos tratado en la intimidad podemos saber de su justicia. Hemos hablado de discípulos a quien siempre cobijó, de aliento, ayuda y orientación para los que estimaba con valores. Para todos en sus juicios y apreciaciones se desentendió de cualquier pequeño roce, que, como todo lo humano, puede llevar consigo, porque su calor en la defensa de lo justo y del reconocimiento de valores, aun con aquellos que pudo tener una ligera diferencia, sólo lo sabemos los que con él convivimos tantos años, y también los que recibieron estos juicios imparciales porque directa o indirecta-

mente, más bien de este modo, supieron de su bondad, porque de ello teníamos que encargarnos, teníamos que decirlo los que veíamos este modo de proceder.

¡Qué admiración sentía por todos los maestros de Derecho penal, y cómo reconocía sus méritos, soslayando cualquier molestia que hacía su persona o su mucho saber pudiese recibir como ofensa!

A los que aún no eran consagrados, los recibía con el amor del auténtico profesor y guía que alienta y estimula. De los que fueron y son, demos un recuerdo imperecedero de su parte, a la que unimos la nuestra, como fué el gran maestro, que también lo fué nuestro, profesor don José Arturo Rodríguez Muñoz, al que dedicamos nuestras líneas también de recuerdo y admiración imperecedera. ¡Con qué ternura hablaba el profesor Cuello Calón de la grave dolencia que se llevó al profesor Rodríguez Muñoz, uno de los mejores penalistas de España, cuando aún podía dar muchos frutos!

¡Cómo miraba los muchos méritos de tantos y tantos a quien él enjuiciaba!, como puede ser ejemplo también el profesor Antón Oneca. Y así podíamos seguir diciendo, porque para él éste o el otro, amigo o menos amigo, siempre reconoció y apoyó, como lo prueban los hechos a quien él en justicia creía que lo merecía, con independencia de su más o menos proximidad y relación. Como hemos dicho, tuvo escuela, pero acogió también dentro de ella a todos los que pretendieran continuar, o apoyó a los que estando fuera de su órbita merecían su voto de reconocimiento.

Pero del profesor Cuello Calón tenemos que resaltar como maestro auténtico universitario su ejemplar vida consagrada al alumno de la Facultad de Derecho, y su ejemplo también viviente de un trabajo constante desde su juventud. Este ejemplo que es preciso seguir y que él nos lo dió a todos.

Muchas veces parece que lo anecdótico se inventa, y realmente no es así. A propósito del profesor Cuello Calón, de su muerte, precisamente el día que corríamos para asistir a su entierro, por coincidencia, y pensando en la rapidez "cómo se pasa la vida y cómo viene la muerte tan callando", salíamos de Salamanca muy tarde y tuvimos que cenar en Palencia. Verdadera coincidencia de que, preguntando por un hotel donde cenar, cenamos en el Jorge Manrique. Si antes habíamos hecho consideraciones en el silencio y tristeza que nos acompañaba, a partir de este momento surgieron muchas más. Nos acompañaba en el viaje nuestra propia mujer y una sobrina del profesor Cuello Calón, Elisa Cuello, cuyo nombre de pila correspondía a la madre de mi llorado maestro, una pintora extraordinaria, y de un talento extraordinario también, y como vulgarmente se dice: "se hacen lenguas de su valor". Y a quien don Eugenio, como le llamábamos cariñosamente, adoraba; adoraba a su madre.

El día antes, por pura coincidencia, había explicado a una de mis hijas las célebres y conocidas coplas de Jorge Manrique. De todo ello fué derivando en mi mente consideraciones hacia el maestro, hacia su

vida, hacia la rapidez con que ésta se pasó, a pesar de sus muchos años, afortunadamente para gloria de la ciencia española, y me hizo recordar otra poesía leída en mi juventud, que puede ser complementaria de la tan conocida a la que hacemos alusión. Es de Roberto Herrick, poeta inglés, que dice así:

*Mientras podáis, coged las flores,
pues la vejez llega presurosa;
la flor que ahora revienta en su capullo,
horas después está expirando.*

*El astro rubicundo, esplendoroso,
tanto más se eleva en su carrera,
otro tanto va acabando su camino
y más cerca está ya de su ocaso.*

*No hay hora mejor que la del alba:
en ella la sangre es más ardiente;
las horas que le siguen presurosas
son horas cada vez peores.*

*No seáis negligente, ¡oh doncellas!,
y sin temor acudid a nuestras bodas,
que si la primavera dejáis se os escape,
inútil será que esperéis vuestra hora.*

Esta fué la gran maestría del profesor Cuello Calón, que desde su juventud aprovechó las horas minuto a minuto, y nos dejó el ejemplo como maestro de su trabajo y de su inteligencia, porque el primero es el gran ejemplo que nos puede servir de guía, como sabiamente dijo Benavente cuando se refería a la inspiración, y añadía que ésta era también producto de un trabajo constante, y lo decía él, que fué la inspiración misma.

Hablar de su maestría en los libros de esos libros consagrados que fueron, son y serán la enseñanza de todos, es algo que no nos compete, porque son frutos, "y por sus frutos también conocemos al maestro". Dejemos esto a la consideración de todos, porque en España los libros de Cuello Calón son y serán clásicos.

El nos enseñó con su vida ejemplar, enseñándonos con su docencia y enseñándonos con su ejemplo. Es también coincidencia que mi destino en Salamanca, su ciudad natal, coincidiera con su muerte, como es coincidencia también que aproximadamente ingresó en la cátedra en la fecha de mi nacimiento. Todo son relaciones y recuerdos, que me han llevado más a conocer su vida. No por esto le quiero más ni le recuerdo con más insistencia. Es cierto que mi permanencia en Salamanca, cada esquina y cada lugar me recuerde tantas y tantas cosas que él me contó. Porque para mí el profesor Cuello Calón sigue viviendo, y quiero que así sea, porque aún pienso cuando voy a Madrid que voy a encontrarle. Me hacía mucha falta, y nos hacía mucha

falta a todos, porque uno nunca puede acostumbrarse a la falta de los padres, ni de los maestros, que son otros padres que nos protegieron sin obligación. Aun cuando no vivamos con ellos, siempre esperamos encontrarlos "allí". Ese "allí" ya no está para mí, sueño con que le encontraré, que en mis viajes iré a verle una vez más, charlaremos de muchas cosas, discutiremos, siempre oiré "sus cosas", y las palabras de confianza, incluso metiéndose conmigo, o con Camargo, a quien tanto quería. Pero eso ya no será. Me queda un recuerdo, un inmenso cariño, y una oración que todos los días le dedico, porque yo deseo que esté en el cielo, como así será, como compensación a su vida y a tantos bienes como prodigó.

Don Engenio Cuello Calón, como fundador y Director del Anuario

DOMINGO TERU L CARRALERO

Cuando aún había olor a pólvora en el ambiente, apenas extendida con la victoria a todo nuestro territorio la autoridad del Estado Nacional que surgía de ella, tiene éste la voluntad de renovar la gloriosa tradición científica española y crea para ello, en 24 de noviembre de 1939, el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, con los altos fines que se expresan en el preámbulo de su ley fundacional.

Esta labor de restauración de la cultura y propulsión de la investigación científica no puede en un restaurado estado de derecho dejar de acoger la materia jurídica, cuyo estudio, entre otros, ha de ser objeto de uno de los Patronatos que han de integrar el Consejo, el "Raimundo Lulio", del que desde el primer momento, como no podía menos de suceder, es consejero de número don Eugenio Cuello Calón.

Determinado en el Reglamento de 10 de febrero de 1940 para la aplicación de la ley fundacional los Institutos que se han de integrar en cada patronato, y entre ellos, en el Raimundo Lulio, el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos en relación con el Ministerio de Justicia. Se crea aquel Instituto por el Decreto de 29 de septiembre de 1944, y al determinarse los órganos investigadores según diversas secciones a cargo de secretarios, el de la Sección 6.ª, dedicada a Derecho penal, como no podía de otro modo suceder, se encarga a don Eugenio Cuello Calón.

Como uno de los fines del Instituto es el de favorecer la publicación de tratados y manuales que por su mérito merecieron y lo que luego resultó esencial y fundamental, las publicaciones periódicas, se crean bajo sus auspicios y dirección tres Anuarios, uno de ellos el de DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, cuya dirección nadie duda ha de corresponder a don Eugenio Cuello Calón, siendo subdirector de él Del Rosal, y secretario, Mosquete.

El acierto de esta creación no pudo ser mayor. Terminada la guerra y el período de postguerra inevitable, en el que a pesar de las difíciles circunstancias se realizó la labor que hemos reseñado, no existía desaparecida de veterana *Revista de los Tribunales*, de carácter más bien profesional que científico, la no menos veterana *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, en la que por su generalidad era poco el espacio que se dedicaba a la materia de Derecho penal, y la meri-

toria *Información Jurídica*, que desde nuestro punto de vista adolecía del mismo defecto.

Sólo existían como revistas especializadas, que canalizasen el ansia de saber y de comunicación de los estudiosos de esta materia, la *Revista de Estudios Penitenciarios*, centrada en esta parte del saber penal, aunque sus hospitalarias páginas acogiesen artículos que desbordaban el esticto cometido que indicaba su titular, y la *Revista de Estudios Penales*, que se publicaba bajo los auspicios de la Universidad de Valladolid, con las intermitencias naturales de curso y vacación de todo lo universitario.

En este ambiente, en 1948 se funda el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, nombre sin duda adoptado para indicar que si bien sus páginas se iban a dedicar preferentemente al Derecho penal las demás ciencias penales iban también a ser acogidas en ellas, con el propósito que no se ha abandonado de que apareciese en fascículos cuatrimestrales, referido, naturalmente, a cada año, con una división en secciones cada uno de ellos, que tampoco se ha abandonado.

El primer número, el que podríamos llamar fundacional, se abre, como es natural, con un artículo de Cuello Calón, al que acompaña otro de Del Rosal, y como segundo, otro de Ferrer Sama que, por desgracia, no ha de colaborar ya en el ANUARIO más que en el comentario de una sentencia del Supremo. Queda así establecida la norma, que no ha de interrumpirse, de tres artículos doctrinales por fascículo. En la Sección Legislativa aparece ya la firma de Sánchez Osés, que, salvo enfermedad, ha de aparecer en todos los números. En la Sección de Jurisprudencia, el comentario de Del Rosal a una sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo. Como se aportó al ANUARIO la labor que se había acumulado para la *Revista de Estudios Penales*, de Valladolid, no es de extrañar que en la Revista de Libros y en la Revista de Revistas, si bien se abren sus páginas con una recensión de Silva Melero, el mayor número de ellas sean de Del Rosal y de Stampa, entonces adjunto de la Cátedra de Penal de la Universidad vallisoletana, aunque también las hay muy numerosas de Mosquete y otras de Puig Peña y Camargo Hernández.

En los otros dos fascículos de este año inicial se va extendiendo el círculo de los colaboradores; el primer extranjero es el profesor Schonke, y el primer hispanoamericano Herrera Figueroa, que con Sánchez Tejerina, Silva Melero, Castejón y Jiménez Asenjo dan los tres artículos por fascículo de la Sección Doctrinal. En la de Jurisprudencia, González Serrano hace el resumen cuatrimestral, que va a repetir, por fortuna, en todos los números hasta época muy reciente en que, de mutuo acuerdo, es sustituido por Fernando Alamillo. La de recensiones, en las que el propio fundador y director no se desdeña de colaborar, se enriquece con firmas como la de Gordillo, Prieto Castro, Alamillo Canillas, Castejón y Martínez de Arizala, Gibert, Pérez Victoria y Rafael Castejón.

Creo que con esta rememoración de la fundación e iniciación del ANUARIO he puesto de relieve no sólo las grandes dotes de fundador

y organizador de nuestro llorado Cuello Calón, sino la amplitud de criterio, sin limitaciones ni prejuicios de orientación científica, ni de quehacer profesional, con que desde el primer número dirigió el ANUARIO, tratando de agrupar en él a todos los estudiosos de la materia, y aún más, en el segundo año se incorporan Camaño Rosa, el Padre Pereda, González Bustamante, Alvarez de Linera, Gordillo y Pérez Leñero, como articulistas, y Castro López, De Miguel Garcilópez y Navarrete, como recensionistas.

Quintano Ripollés llega al ANUARIO tan cargado de méritos, aunque aún no ha publicado el *Derecho Penal de la Culpa* ni *Infracciones contra las Personas*, que pronto es nuestro redactor-jefe, y publica sus primeras recensiones y su primer artículo, al que, por fortuna, han de seguir muchos trabajos de una y otra clase en el tomo III.

Citadas estas grandes firmas y preclaros nombres, voy a decir cómo llevó el límite del acogimiento, aun de los modestos, al autor de estas líneas, no por referirse a mí, sino porque ha de ser una información de primera mano y servir de claro exponente de cómo alentaba, animaba, y en mi caso ¿diré inducía?, a trabajar nuestra materia a todos los que nos sentíamos atraídos por sus problemas, y de lo que es más entrañable, aunque esto sólo tenga un valor emotivo, personal, de cómo se hacía querer de todo el que entraba en contacto con él.

Yo no era discípulo suyo, no fui tampoco alumno, pues el profesaba en Barcelona cuando yo estudiaba en Madrid, cuya Cátedra no siempre le citaba con respeto, personalmente no había tratado con él, aunque me había puesto en contacto con sus obras, más que con el *Tratado*, con su *Penología* y su *Tribunal de Menores*, a pesar de ser, y esto me irrita, los menos citados. También le era físicamente desconocido cuando, con motivo de la publicación de mi primera obra, poco más de un folleto sobre la Ley de Vagos y Maleantes, fui en mi impaciencia por la aparición en el ANUARIO, cuya gestación desconocía, pero no su aparición de una crítica, que me orientase para futuros trabajos, entré en contacto personal con él.

No solamente acogió y urgió la publicación de la recensión, sino que me preguntó por mi colaboración en la *Revista de Estudios Penitenciarios* que dirigía, y me instó a que de las obras de Derecho penal que le dije leía hiciese una recensión para el ANUARIO, y ya fui uno más de los que ponían, en mi bien modesta, aportación a su publicación, de paso me atreví a formularle preguntas y pedirle orientaciones sobre las materias que yo trabajaba, y al contestármelas y dár-melas, recibí su primera lección.

Ahora ya puedo revelar una pequeña habilidad para tener más frecuente y también fructíferos contactos de esta clase, y fue ir llevando una a una las recensiones que iba haciendo para multiplicar las posibilidades de que se realizasen. Hubo suerte, y fueron varias las tardes en que mientras desarrollaba su inquieta y apresurada actividad oía de él cosas que me valían por largas horas de lectura, o me evitaban largos ratos de búsqueda de obras.

Tan frecuentes conseguí que fuesen estas "coincidencias", que pron-

to me creí autorizado para sustituir el frío señor Cuello Calón por el cariñoso don Eugenio que le daban todos los que se movían a su alrededor, y fueron tantas las enseñanzas, orientaciones, alientos y apoyos que recibí en ellas, que no tuve empacho en llamarle maestro, yo que, por desgracia autodidacto, he dado a tan pocas personas.

Tan eficaz fue el aliento y apoyo, que yo, un tímido que trata de disimularlo y de vencerse, tuve la audacia de presentarle mi primer artículo para el ANUARIO, que se publicó en el tomo IV, al que siguieron otros, y aún llegó, para colmo de su bondad, a recibirme como miembro del equipo redactor, naturalmente, en el cargo más modesto, creo que esto fue como premio a mi voluntad, mi continuidad y dedicación más que a cualquier otra clase de méritos que de verdad sigo sin encontrármelos.

Terminado este para mí escape emocional, y deseo que sea para los demás información de primera mano de cómo dirigía el ANUARIO, atrayendo a su formación y redacción a todo el que tenía interés por la materia el que ya no ha de extrañar llame don Eugenio o maestro, voy a continuar la historia de esta asimilación a estas tareas que será la historia de su dirección.

Entre los no citados por otros conceptos, se publicaron artículos de Graven. Petrocelli, Camargo Marín, Lacconia, Viada, Canaño Rosa, Vicente González, Wernner Goldschmidt, Von Weber, Bonifacio Díez, Rodríguez Muñoz, Conde-Pumpido, López Sáiz y Codón, conjuntamente; Aftalión, Royo Villanova, López Riocerezo, Molina Pascual, Bastero Archango, Herzog, Sáiz Cantero, Fairén, Olesa, González Bustamante, Mezger, Rico de Estasen, Rodríguez Devesa, Del Toro, Cerezo, Cobo, Rodríguez Mourullo, Meneu, Pinatel, Messina, Reol, Merlé, Fernández Montes, Laguía, Jescnek, Sebastián Soler, Jiménez Ordeig y Faufmann.

Recientemente se aumentó o se desdobló la Sección de Jurisprudencia, y al lado del comentario de una sentencia del Tribunal Supremo y del resumen de la por el producida en el cuatrimestre anterior sobre Derecho penal sustantivo o material que se venía publicando, se añade otro comentario de otra sentencia de tan Alto Tribunal y un resumen de su jurisprudencia en materia procesal-penal, que corren, respectivamente, a cargo de Viada y de Gisbert.

Aún queda por decir, aunque se haya ya indicado, que la labor de don Eugenio no se limitó a fundar y dirigir, sus artículos ilustran numerosos números del ANUARIO, no desdendiéndose de la humilde labor de recensionista, que consagra sobre todo a autores extranjeros, y que por su autoridad y fiados los lectores en su fino espíritu selectivo, sabemos que con ello destaca lo mejor que se haya publicado. Su cariño por el ANUARIO es tal, que creo saber que la preocupación por el número a que había llegado su publicación fue absorbente en la hora final en que la luz de la razón se apaga con la de vida.

Así ha podido ser este tercer fascículo y por ello final del tomo XVI del ANUARIO, con una longevidad que ninguna otra revista jurídico-penal alcanzó en nuestra Patria y cuyo elogio mejor se hace en otra

revista argentina formada a su imagen y semejanza, el *Anuario de Derecho Penal y Criminología*, con estas palabras:

“Este Anuario es una de las mejores publicaciones periódicas del mundo, en cuanto a nuestra materia se refiere, especialmente por la completísima “Revista de libros” y “Revista de revistas” que en cada fascículo se incluye.”

Esta es la obra que debe perdurar, que ha de subsistir, que no puede menos de continuar, manteniendo vivo el recuerdo del Maestro que la fundó, dirigió y contribuyó a redactar, a lo que debemos contribuir, todos los que le quisimos, con espíritu de equipo, del que él trayéndonos formó, en torno a su memoria y a su nombre, que ha de campar como fundador prestigiando los números que han de seguir publicándose tras su muerte.

SECCION LEGISLATIVA

Decreto-Ley 29-1963, de 30 de diciembre por el que se aplaza la fecha de entrada en vigor de la Ley 122-1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor

La disposición final cuarta de la Ley ciento veintidós/mil novecientos sesenta y dos, de veinticuatro de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, señala el día primero de enero de mil novecientos sesenta y cuatro como fecha de su entrada en vigor. El Seguro Obligatorio que esta Ley impone y los mecanismos por ella creados para garantía de las víctimas de la circulación significa un cambio del sistema actual de aseguramiento de la responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor. Para que el tránsito de uno a otro sistema pueda hacerse sin violencia alguna y la implantación del previsto por la Ley se produzca con el menor trastorno y la mayor eficacia, tanto para el perjudicado como para el asegurado y asegurador, se hace preciso un mediató desarrollo de las disposiciones de la Ley en lo referente al Seguro Obligatorio, al Fondo Nacional de Garantía, al establecimiento de las bases de elaboración de tarifas y, en general, la resolución de los problemas que la puesta en marcha del nuevo sistema plantea. De otro lado, también las Entidades aseguradoras deben adaptar su organización a las nuevas exigencias y concertar las fórmulas de transición.

La Comisión creada al efecto, integrada por representantes de los diversos órganos de la Administración y de los elementos interesados en el seguro y en la circulación, viene realizando una intensa labor de estudio y de información que ha de conducir al más exacto cumplimiento de la Ley. Pero la necesidad de que los órganos en ella previstos se encuentren en efectivo funcionamiento en la fecha de su entrada en vigor, de un lado y de que los vehículos del Parque Nacional se hallen asegurados en tal momento, de otro, pues ello será condición precisa para circular, aconsejar aplazar la entrada en vigor de la Ley hasta el momento en que se hayan producido tales circunstancias.

Mientras tanto, la Comisión tiene el encargo de elevar al Gobierno el anteproyecto de Reglamentación del Seguro Obligatorio y del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, de poner en funcionamiento los órganos ejecutivos establecidos al efecto y de adoptar las medidas oportunas para elaborar las tarifas sobre las bases que señale la Reglamentación.

En su virtud, a propuesta del Consejo de Ministros en su reunión del día veinte de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, y en uso de la autorización que me confiere el artículo trece de la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, modificada por la de nueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, y oída la Comisión de las Cortes, en cumplimiento de lo dispuesto en el número tres del artículo diez de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

D I S P O N G O :

Artículo primero.—Se aplaza la entrada en vigor de la Ley ciento veintidós/mil novecientos sesenta y dos, de veinticuatro de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, hasta el día primero de enero de mil novecientos sesenta y cinco.

Artículo segundo.—Del presente Decreto-ley se dará cuenta inmediata a las Cortes.

Así lo dispongo por el presente Decreto-ley, dado en Madrid a treinta de diciembre de mil novecientos sesenta y tres.

Ley 154-1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público

El Decreto 1.749/1960, de 21 de septiembre, al hacer uso de la autorización conferida por la disposición transitoria segunda de la Ley de Orden Público, refundió las disposiciones de la Ley de 2 de marzo de 1943 y del Decreto-ley de 18 de abril de 1947, manteniendo la competencia que ambas establecían para enjuiciar los delitos objeto de su regulación.

La evolución de las circunstancias producidas desde entonces y la conveniencia de acomodar las disposiciones punitivas y jurisdiccionales a los dictados de la realidad social aconsejan ahora una revisión del expresado Decreto 1.794/1960, con la finalidad de someter los hechos comprendidos en el artículo 2.º del Decreto aludido a los correspondientes ordenamientos penales y jurisdiccionales, actualizándose así su calificación y enjuiciamiento.

Dicha revisión depara también la oportunidad de hacer una mejor puntualización de los matices delictivos del párrafo último del artículo 3.º del Decreto referido, completando con ello el designio a que obedece, y en el orden procesal la de autorizar la actuación de Abogados en ejercicio, si los nombran los acusados, en el procedimiento a que se remite el párrafo primero del artículo 8.º de aquél, aplicable al conocimiento de los hechos delictivos que por el estrago y alarma social que producen continúan sometidos a la jurisdicción militar, con la intervención correlativa en la misión acusadora del Fiscal Jurídico Militar, cualquiera que sea la persona responsable.

En inmediata relación con cuanto precede, la presente Ley organiza dentro de la jurisdicción ordinaria un Tribunal y Juzgado, a los que confiere competencia privativa para conocer de los delitos cometidos en todo el territorio nacional, singularizados por la tendencia en mayor o menor gravedad a subvertir los principios básicos del Estado, perturbar el orden público o sembrar la zozobra en la conciencia nacional.

Y por supresión del Tribunal Especial de Masonería y Comunismo se atribuyen al conocimiento del Tribunal y Juzgado expresados, ante el propósito de concreción jurisdiccional que caracteriza a esta Ley, los delitos previstos en la de 1 de marzo de 1940, puesto que acusan los rasgos que acaban de enunciarse.

La instalación de esos órganos judiciales, con las debidas garantías en su estructura y actuación, supondrá el logro de un doble y beneficioso objetivo, sin merma alguna del intangible derecho de defensa del reo; de un lado, la conse-

table unificación de criterio en el enjuiciamiento de los aludidos hechos punibles, y de otro, la seguridad de una pronta y justa resolución de las causas en que intervengan, por la atención exclusiva que a ellos han de prestar dichos Tribunal y Juzgado.

Con la expresada aspiración, rasgo trascendente de una ejemplar administración de Justicia, se prescribe que el Tribunal y Juzgado referidos observarán los trámites abreviados del procedimiento de urgencia que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el título III del libro IV, salvo la excepción establecida en el apartado 2) del artículo 9.º de la presente, cualquiera que sea la sanción que proceda imponer con facultad en todo caso para seguir el proceso en rebeldía, medida que ya ha tomado estado en la legislación española y que desde hace años figura introducida en el Derecho Procesal Comparado.

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

Artículo 1.º Quedan sometidos en lo sucesivo a los correspondientes ordenamientos penales, jurisdiccionales y procesales los delitos que como de rebelión militar se relacionan en el artículo 2.º del Decreto 1.794/1960, de 21 de septiembre, dictado en uso de la autorización concedida al Gobierno por la vigente Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959.

Art. 2.º Se introducen las siguientes modificaciones parciales en los artículos del expresado texto legal 1.794/1960 que a continuación se indican:

a) En el artículo 3.º, el apartado número 2) queda redactado como sigue:

“El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otras homicidas, así como su fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, con los propósitos a que se refiere el apartado precedente, serán castigados con la pena señalada en el número 2) de dicho apartado 1), aunque no se produzcan la explosión, incendio o efecto pretendido.”

b) Y en el artículo 8.º se introduce el siguiente nuevo párrafo segundo, pasando el que lo era ahora a ser el párrafo tercero del mismo.

“En el procedimiento referido y respecto de los delitos comprendidos en el presente Decreto podrán intervenir como defensores, si los nombra los acusados, Abogados en ejercicio dentro de la circunscripción jurisdiccional en que haya de celebrarse el Consejo de Guerra, debiéndose observar en este caso lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 927 del Código de Justicia Militar. La acusación en estos delitos estará siempre a cargo del Fiscal Jurídico Militar.”

Art. 3.º Dentro de la jurisdicción ordinaria, con sede en Madrid, se crea un Tribunal de Orden Público al cual se le confiere competencia privativa en todo el territorio nacional respecto de los demás Juzgados y Tribunales de dicha jurisdicción para juzgar los hechos delictivos siguientes:

a) Los comprendidos en el título I —contra la seguridad exterior del Estado—; en el título II, capítulo I —contra el Jefe del Estado, las Cortes, Consejo de Ministros y forma de Gobierno—, Secciones primera y cuarta del capítulo II —con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes—, capítulo III —rebelión—, capítulo IV —sedición—, capítulo V —disposiciones comunes a los dos anteriores—, capítulo IX —desórdenes públicos—, y, en su caso, capítulo X —disposición común— y, capítulo XI —propagandas

ilegales— y en el título XII, siempre que obedezcan a un móvil político o social, los del capítulo I —detenciones ilegales—, capítulo II —sustracción de menores—, capítulo V —allanamiento de morada—, capítulo VI —amenazas y coacciones— y capítulo VII —descubrimiento y revelación de secretos—, todos del libro II del Código Penal.

b) Aquellos de cuyo conocimiento se inhíba la jurisdicción militar, a tenor del párrafo último del artículo 8.º del Decreto 1.794/1961, y estén comprendidos en esta Ley.

c) Los delitos conexos y las faltas incidentales de los delitos mencionados en los dos apartados anteriores.

Este Tribunal conocerá también, en el supuesto a que se contrae el párrafo primero del artículo 43 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1949 y con jurisdicción en todo o parte del territorio nacional a que afecte la declaración del estado de excepción a que se refiere, de los hechos delictivos que el artículo 44 de dicha Ley atribuye al Tribunal de Urgencia.

Art. 4.º El Tribunal establecido en el artículo anterior se compondrá de un Presidente y dos Magistrados.

El Presidente será nombrado entre Magistrados de término, con arreglo a lo dispuesto para los Presidentes de las Audiencias. Los Magistrados se nombrarán del mismo modo por Decreto, previo informe del Consejo Judicial y a propuesta del Ministro de Justicia, entre los de categoría de ascenso o término que no hayan sido objeto de corrección disciplinaria ni tengan nota desfavorable en su expediente personal.

Se nombrarán dos Magistrados sustitutos, en la misma forma y condiciones que los titulares, entre Magistrados con destino en la Audiencia de Madrid. Estos dos Magistrados sustitutos constituirán también el Tribunal cuando por exigencia del párrafo segundo del artículo 45 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sean necesarios cinco Magistrados.

Las funciones del Ministerio Público serán ejercidas por un Fiscal, con categoría de ascenso o término permanentemente al Tribunal, asistido, caso de que se juzgue necesario, por los funcionarios fiscales de la categoría quinta, al menos, que determine el Ministro de Justicia. Su nombramiento se efectuará con sujeción a las normas que rigen para la carrera fiscal.

El Tribunal estará asistido de un Secretario de la rama de Tribunales de las categorías segunda a quinta y del personal auxiliar que el servicio requiera, designados por el Ministerio de Justicia.

Art. 5.º Para la instrucción de los sumarios por los delitos de que ha de conocer el Tribunal de Orden Público se crea un Juzgado con igual jurisdicción territorial que aquél y sede en Madrid, aunque con facultad de desplazarse a cualquier lugar del territorio nacional cuando su actuación así lo requiera. El Juez que al mismo se adscribe tendrá al menos la categoría de Magistrado de ascenso, y su nombramiento se hará del modo que se prescribe en el párrafo segundo del artículo 4.º para los Magistrados del Tribunal.

Entre los Jueces de Instrucción destinados en Madrid y con idénticas formalidades y condiciones específicas para el titular se designará un sustituto.

El Juzgado actuará con el Secretario de la rama de Juzgados y personal auxiliar adecuado al número de asuntos que designe el Ministerio de Justicia entre los de las distintas categorías de los respectivos Cuerpos.

Art. 6.º El Tribunal, de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, podrá reunirse y actuar en cualquier lugar del territorio nacional.

Art. 7.º Si el número de asuntos lo aconsejare podrá el Gobierno crear, con carácter provisional o definitivo, una o más Secciones en el Tribunal y uno o más Juzgados de Instrucción, conforme a las prescripciones establecidas por los artículos 4.º y 5.º.

Art. 8.º Los conflictos jurisdiccionales se regirán por la Ley de 17 de julio de 1948. El Juzgado y Tribunal de Orden Público rechazará de plano las demás cuestiones previas que se les susciten, salvo las determinadas en los números segundo, tercero y cuarto del artículo 666 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Cuando el Juez entendiéndose que los hechos no son propios de su competencia y sí de otro de la jurisdicción ordinaria, acordará, previo informe del Fiscal, lo que corresponda. Si ambas autoridades desintiesen dará cuenta el Juez, con remisión de testimonio bastante, al Tribunal de Orden Público para que decida lo que proceda. Contra la resolución de éste no cabrá recurso alguno.

Si el Tribunal estimare que no le incumbe el conocimiento de los hechos, sino a cualquier otro de la jurisdicción ordinaria, decidirá lo que sea pertinente, previo informe del Fiscal. Y en el caso de que no coincidan los dos criterios, el Tribunal de Orden Público elevará a la Sala Segunda del Tribunal Supremo testimonio suficiente para que, también previo dictamen del Fiscal, resuelva la cuestión de un modo definitivo.

Art. 9.º, 1. El Juzgado y Tribunal que se crean acomodarán su actuación, cuando se trate de hechos delictivos comprendidos en los apartados a), b) y c) del artículo 3.º, a las normas del procedimiento de urgencia regulado en el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cualquiera que sea la pena que pueda llegar a imponerse, con las modificaciones establecidas en la presente Ley y en particular de las siguientes:

a) En todas las causas por los delitos que esta Ley atribuye al Juzgado y Tribunal de Orden Público, y mientras la situación alterada por aquéllos no haya sido completamente normalizada, se decretará la prisión incondicional, sin que en ningún caso pueda exceder ésta de la duración de la pena señalada al delito que la motive.

b) Cuando el procesado no se presente ni sea habido dentro del plazo fijado en las requisitorias y no acredite, a juicio del Juez o Tribunal de Orden Público que la ausencia es debida a absoluta imposibilidad de comparecer por legítimo impedimento, continuará el juicio en rebeldía.

El procesado en rebeldía será representado y defendido por Procuradores y Abogado de oficio, salvo que los tuviere designados antes de acordarse aquella declaración.

Si el procesado se presentase o fuese habido en el curso de la causa continuará la tramitación de ésta sin retroceder en el procedimiento.

2. Si se tratara de los hechos delictivos del párrafo último del artículo 3.º, se observará el procedimiento señalado en el capítulo V de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959, con las modificaciones que implicará la constitución y competencia de los órganos judiciales creados por esta Ley y de lo dispuesto en el anterior apartado b) y en el artículo siguiente.

Art. 10. La sentencia dictada en rebeldía del condenado podrá ser revisada a su instancia siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

1.º Que se presente o sea habido.

2.º Que el recurso se interponga dentro de los diez días siguientes al en que se le entregue personalmente copia de la sentencia.

En todo caso se instruirá de este derecho al rebelde.

Si hiciere uso de su derecho, el Tribunal acordará que se ponga de manifiesto la causa en la Secretaría a fin de que en el término de quince días alegue el condenado los hechos y fundamentos de su pretensión y propngna las pruebas que la abonen por medio de escrito firmado por su Abogado y Procurador.

Dentro del plazo común de diez días, contados desde el siguiente a la entrega de las copias del referido escrito, las partes acusadoras podrán aducir lo que a su derecho convenga, así como proponer las pruebas que les interesen.

El Tribunal dictará auto admitiendo las pruebas que considere pertinentes y señalará la fecha en que deban comenzar las sesiones del juicio revisorio dentro de los quince días siguientes, el que se acomodará a las reglas referidas en el artículo anterior correspondiente al juicio oral en cuanto sean aplicables, si bien limitado su objeto al estricto de la revisión.

La sentencia que recaiga confirmará o modificará la anterior en lo que afecte exclusivamente al juzgado en rebeldía. Contra dicha sentencia podrá prepararse e interponerse también recurso de casación.

Art. 11. Como consecuencia de lo prevenido en los artículos 4.º y 5.º, se aumenta la plantilla de la Carrera Judicial en cuatro Magistrados de término; la de la Carrera Fiscal, con dos funcionarios de la categoría tercera; la del Secretariado de la Administración de Justicia, con un funcionario de la categoría tercera de la rama de Tribunales y con otro de la primera de la rama de Juzgados; la de Oficiales de la Administración de Justicia de la rama de Tribunales, con dos funcionarios de la categoría segunda y otros dos de la primera de la rama de Juzgados; la de Auxiliares de la Administración de Justicia, con dos Auxiliares mayores de primera, dos Auxiliares mayores de segunda y otros dos Auxiliares mayores de tercera, y la de Agentes judiciales de la Administración de Justicia, con dos Agentes judiciales mayores.

Disposiciones finales

1.ª La presente Ley empezará a regir a los sesenta días siguientes de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado-Gaceta de Madrid*.

2.ª Se autoriza al Gobierno, a propuesta conjunta o separada, según proceda, de los Ministros de Justicia, Ejército y Subsecretario de la Presidencia, para dictar las disposiciones que exija el desarrollo de esta Ley.

3.ª Por el Ministerio de Hacienda se habilitarán los créditos necesarios para atender las dotaciones de personal que se aumenta por el artículo 11 y los gastos que ocasionen la instalación, constitución y funcionamiento del Tribunal y Juzgado que se crean.

4.ª Se suprime el Tribunal Especial de Represión de Masonería y Comunismo, creado por Ley de 1 de marzo de 1940.

Los hechos delictivos a que se refiere dicha Ley quedan sometidos al Juzgado y Tribunal de Orden Público creados por la presente, sin perjuicio de la competencia atribuida a la jurisdicción militar.

5.ª Se deroga el artículo 2.º del Decreto 1.794/1960, de 21 de septiembre,

quedando subsistentes los restantes con las modificaciones a que se contrae el artículo 2.º de esta Ley.

Disposiciones transitorias

1.ª Las disposiciones penales contenidas en la presente Ley se aplicarán a las infracciones cometidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor sólo en cuanto sean más favorables al reo y siempre que en los procedimientos no hubiere recaído sentencia firme.

2.ª Las normas procesales contenidas en esta Ley tendrán carácter retroactivo únicamente para las causas en que no se haya dictado sentencia al comenzar la vigencia de la misma. Los procedimientos por los delitos comprendidos en el artículo 3.º del presente texto legal cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción ordinaria y los procesos comprendidos en el artículo 12 de la Ley de 1 de marzo de 1940, que se encuentren en el mismo estado procesal, pasarán al Juzgado o Tribunal de Orden Público con arreglo a lo prevenido en la Disposición final 4.ª, con emplazamiento del procesado y las partes por término de quince días. El enjuiciamiento proseguirá según lo preceptuado en la presente Ley.

3.ª Los recursos de revisión en los casos a que se refieren los artículos 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 954 del Código de Justicia Militar, y las cuestiones incidentales que pudieran instarse con arreglo a la Ley en los procedimientos vistos y fallados hasta la entrada en vigor de la presente serán tramitados y resueltos por la jurisdicción que dictó sentencia firme con sujeción a sus normas procesales.

Disposición adicional

Los procesados podrán designar para su defensa no sólo a los Letrados legalmente habilitados en el territorio jurisdiccional donde tenga su sede el Juzgado o Tribunal de Orden Público, sino también a los que estén en ejercicio en el territorio donde los hechos sumariales se han producido.

Dada en el Palacio de El Pardo a 2 de diciembre de 1963.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

A)

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1962

FERNANDO ALAMILLO CANILLAS
(De la carrera Fiscal)

CODIGO PENAL DE 1944

1. Art. 1.º *Interpretación de la Ley penal.*—No siempre los preceptos penales han de ser aplicados teniendo en cuenta la literalidad de las palabras, pues para juzgar las expresiones del texto es preciso adentrarse en él para conocer el espíritu que lo ha inspirado (S. 30 junio 1962).

2. *Culpabilidad.*—Para la apreciación de una conducta delictiva por maliciosa es preciso que de los actos anteriores y coetáneos del supuesto culpable se desprenda la voluntad de causar un daño (S. 28 junio 1962).

El estado de inconsciencia absoluta, sin que el que lo sufre se pudiera dar cuenta alguna de los actos que realizaba, ni de las palabras que proferían, significa ausencia de intención delictiva, se deba a la ingestión de bebidas alcohólicas o a otra causa cualquiera (S. 16 mayo 1962).

Si la intención y voluntariedad del agente constituye la base fundamental de la responsabilidad criminal, preciso es graduar el resultado producido por su actuación en función de aquella intención, que al no ser conocida por falta de exteriorización verbal de su pensamiento, es preciso analizar a través de los diversos casos objetivos.

3. *Relación de causalidad.*—Es indiscutible e indiscutido en nuestro Derecho Penal que la causalidad de la acción no constituye el único fundamento de la responsabilidad criminal (S. 17 mayo 1962).

Conforme a la doctrina más fundada de las múltiples formuladas en el vidrioso campo de la causalidad en los impropios delitos de omisión, ha de afirmarse la conexión causal siempre que el acto o los actos omitidos en el caso concreto hubiera evitado la producción del resultado también completo (S. 16 mayo 1962).

La omisión debe ser considerada causal cuando la acción esperada y exigible al agente hubiera impedido el resultado dañoso (S. 24 mayo 1962).

4. Art. 3.º *Frustración.*—La brevedad del tiempo que medió entre el apoderamiento de la cartera y la detención del procesado no es bas-

tante para estimar frustrado el delito de hurto, porque tan escaso margen de tiempo fué suficiente para que el culpable dispusiera eficazmente del objeto sustraído, pasándolo a poder de otra persona (S. 22 junio 1962).

5. *Actos preparatorios.*—El mero hecho de adquirir un sello de caucho y una máquina taladradora para numerar cheques, que puede tener diversas finalidades, no revela la intención delictiva, en la que no puede entrarse sin más elementos, y como no consta actividad de ninguna clase encaminada a la realización de la falsedad, no cabe exigir responsabilidad criminal (S. 7 mayo 1962).

6. Art. 4.º *Provocación.*—El párrafo último del artículo 4 del Código penal, definidor de la provocación, usa la eficiencia de la provocación con el aditamento de “posible”, con lo que se sitúa la eficacia de la incitación en un plano abstracto y de fracaso real no refiriéndose al caso concreto y logrado, pues de subseguir la perpetración del delito ya dice el precepto que se aplicaría la responsabilidad propia de la inducción, esto es, de una forma de coautoría; y no pueden ofrecer mayores visos de eficacia posible las solicitudes del procesado para destruir el fruto de sus relaciones amorosas si se reiteraron en dos cartas con encubiertas promesas de reanudar las relaciones caso de accederse al criminal propósito (S. 23 mayo 1962).

7. Art. 6.º *Delito.*—La pena mínima que puede imponerse por razón de delito es la de 1.000 pesetas de multa, sin que en la imprudencia pueda aplicarse aisladamente la de privación de permiso de conducir (S. 14 junio 1962).

8. Art. 8.º núm. 1.º *Enajenación mental.*—Las anomalías mentales que se desenvuelven en el campo de las sicopatías, sin alusión alguna a psicosis clínicamente caracterizadas, al no afectar las taras psíquicas a lo somático morbosos, y sí tan sólo al anormal comportamiento temperamental, no pueden ostentar rango jurídico de enajenación mental, constitutivas de absoluta inimputabilidad, pues la pauta jurisprudencial limita a los efectos jurídico-penales de las sicopatías, todo lo más a la atenuante 1.ª del artículo 9.º, como debe hacerse siempre y cuando el estado anormal no determine una abolición de las facultades intelectivas o volitivas del sujeto, dado que lo que en verdad interesa al Derecho no son tanto las calificaciones clínicas como su reflejo en el actuar (Sentencia 1 julio 1962).

9. Art. 8.º núm. 4.º *Legítima defensa.*—La situación de riña mutuamente aceptada excluye en absoluto la posibilidad de estimar la legítima defensa ni como eximente ni como atenuante (S. 24 mayo 1962).

10. Art. 8.º núm. 10 *Miedo insuperable.*—La circunstancia 10.ª del artículo 8 requiere actos de conducta bastantes a crear en el sujeto activo un estado más o menos intenso de terror que, cohibiendo su libertad de obrar, oscurezca su inteligencia sugiriendo en su fantasía la posibilidad de un serio peligro (S. 23 mayo 1962).

11. Art. 9.º núm. 2.º *Embriaguez.*—Respecto a la apreciación de la habitualidad en la embriaguez gozan hoy los Tribunales de libertad, si

bien esta libertad no ha de interpretarse en el sentido de que su apreciación quede abandonada al incondicional arbitrio del Tribunal de instancia y sustraída a la censura de la casación, sino que está sometida a las reglas emanadas de los conocimientos generales que ofrece la experiencia que enseña que la frecuente repetición de actos de la misma especie engendra el hábito y la tendencia consiguiente a reiterarlos en el futuro (S. 22 mayo 1962).

12. Art. 9.º núm. 4.º *Preterintencionalidad*.—No hay desproporción entre un golpe con la mano en la boca del lesionado, y que produce la pérdida de dientes incisivo medio y lateral derecho, que permitan apreciar que la intención del recurrente fue causar un daño menor (Sentencia 1 junio 1962).

Para apreciar la circunstancia 4.ª del artículo 9 es preciso que conste de forma clara y terminante que la intención del agresor era producir un daño menor, o que exista una evidente desproporción entre el medio empleado y el mal producido; pero golpear con los puños en la cara sin previa discusión es lógico que produzca lesiones que curan en treinta días, quedando un aplastamiento de la nariz que constituye fealdad (S. 5 junio 1962).

La preterintencionalidad ha de deducirse de la situación moral del culpable en el momento de la acción y del modo, forma, medios y accidentes con que haya realizado el delito (S. 13 junio 1962).

En una riña de vecindad, sin más causa que la simple rivalidad comercial, el dar con la mano un golpe en la cara no puede estimarse medio adecuado para producir la muerte, al no constar que el agresor reúna unas condiciones físicas tan extraordinarias que lógicamente ocasionen un daño tan grave (S. 27 junio 1962).

13. Art. 9.º núm. 5.º *Provocación o amenaza*.—Hay provocación y amenaza adecuada en el hecho de que el luego interfecto increpara al procesado profiriendo insultos contra él, y bajándose después de la caballería, hiciera además de coger una piedra, pues tales actos hubieron de producir en el procesado el temor de sufrir un daño corporal, enojo e irritación bastantes para que reaccionara dando un palo a su agresor (S. 13 junio 1962).

14. Art. 9.º núm. 8.º *Arrebato u obcecación*.—No basta que los estímulos sean tan poderosos que naturalmente puedan producir arrebato u obcecación, sino que es menester que este estado psicológico de tipo emocional llegue a producirse realmente como resultado de dichos estímulos (S. 12 junio 1962).

15. Art. 10 núm. 6.º *Premeditación*.—Las circunstancias de agravación deben constar tan claras como el hecho mismo, y en la premeditación es preciso declarar, además del tiempo en que se convivió, el propósito, su reflexiva y calculada persistencia y los signos exteriores que del mismo existen, pues no cabe confundir la meditación que suele preceder al asesinato con la premeditación para realizarlo (S. 23 mayo 1962).

16. Art. 10 núm. 8.º *Abuso de superioridad*.—La diferencia de diez años en la edad del interfecto respecto del procesado, no constando una

desproporción de contextura física, no es motivo suficiente para apreciar la agravante 8.^a del artículo 10 (S. 13 junio 1962).

17. Art. 10 núm. 9.^o *Abuso de confianza*.—La agravante de abuso de confianza no es aplicable a los delitos de robo, porque supone quebranto del obstáculo moral que existe entre el culpable y la cosa, falta de lealtad y fidelidad al propietario que puso a su alcance la cosa sustraída, mientras que en el robo no hay esa valla moral y es un obstáculo material el que salvaguarda la propiedad; por eso, donde hay violencia no suele haber abuso de confianza (S. 7 mayo 1962).

18. Art. 10. núm. 14. *Reiteración*.—El vigente Código penal de 1944 ha privado a los Tribunales de la preciosa facultad valorativa para tomar o no en consideración la reiteración, por lo que el hecho de que el delito anterior fuera típicamente militar, y el nuevo sea un delito común de robo no tiene relieve para dejar de aplicar la circunstancia (Sentencia 30 mayo 1962).

19. Art. 10. núm. 15. *Reincidencia*.—La doctrina de esta Sala ha sentado que para los fenómenos de la multirreincidencia se precisan individualizadas y separables condenas ejecutorias anteriores, pero sin que sea requisito exigible el que las condenas se pronunciasen en sentencias distintas (S. 22 mayo 1962).

20. Art. 14. *Autoría*.—La unidad de acción y concurso de voluntades establece entre los participantes en el delito un vínculo de solidaridad que les hace a todos responsables en el mismo grado, siendo preciso que haya completa independencia entre los propósitos y los actos realizados por cada uno de ellos para que pueda individualizarse la responsabilidad (S. 25 mayo 1962).

Si los dos procesados se concertaron para delinquir y rellenaron una letra aceptada con un contenido que no respondía a la realidad, aumentando el importe que inicialmente figuraba en guarismos, y además hicieron un documento privado para respaldar la letra con una obligación causal, suponiendo la intervención de persona que no la tenía e imitando su firma, son los dos autores de falsedad y desde luego lo es el recurrente pues además de haber coadyuvado a la realización del hecho punible, el solo acto de pactar el delito le constituiría en autor, por ser una de las formas de la inducción (S. 25 junio 1962).

Objetivamente la inducción existe cuando el influjo psíquico ejercido sobre el autor material es causal de la decisión de ejecutar el hecho adoptada por éste y, por ende, de la misma ejecución del hecho antijurídico y típico y existe si el destinatario es una persona determinada y la inducción se dirige a la comisión de un hecho también determinado, sin que sea necesario, tratándose de hurto, que el instigador individualice el objeto material y la persona de su dueño (S. 25 junio 1962).

Si el procesado llegó cuando ya se había iniciado la reyerta entre los demás, dando a la víctima un golpe, no hay concurso de delincuentes en el homicidio, pues ni conocía la riña ni hay unidad de acción ni de propósito, quedando reducido a una simple simultaneidad que permite

individualizar la responsabilidad de los que en el hecho intervinieron (S. 27 junio 1962).

21. Art. 19. *Responsabilidad civil*.—La responsabilidad civil deriva de la responsabilidad penal (S. 25 mayo 1962).

La responsabilidad civil dispuesta en el artículo 19 del Código penal para los responsables de todo delito o falta no puede circunscribirse a los delitos patrimoniales en los que de un modo directo se atenta a la propiedad, sino que ha de alcanzar a todos los daños ocasionados con el acto delictivo, sea cual fuere la naturaleza del delito y de los daños, como ocurre a diario con los que afectan a la integridad personal y con la reparación de los daños morales (S. 7 mayo 1962).

22. Art. 21. *Responsabilidad civil subsidiaria*.—No concurre en la compañía aseguradora que, por vía de fianza y en virtud de póliza suscrita con el dueño del vehículo, acepta a tomar a su cargo las responsabilidades civiles subsidiarias del accidente hasta determinada cuantía, no pudiendo condenársela como tal responsable civil subsidiaria por ser su actuación la de mera fiadora del verdadero responsable subsidiario (S. 11 mayo 1962).

23. Art. 22. *Responsabilidad civil subsidiaria*.—En relación con un accidente minero, producido por imprudencia del arrendatario explotador de la mina, se establece que, si bien normalmente la responsabilidad subsidiaria no habría de extenderse a la entidad arrendadora, por un acto realizado por un empleado del arrendatario, la especial circunstancia de que la arrendadora llevaba el aspecto técnico y administrativo y el arrendatario el aspecto mecánico de la explotación, repartiéndose las utilidades, determina la responsabilidad del arrendador (Sentencia 18 junio 1962).

24. Art. 61. *Determinación de la pena*.—La apreciación de una atenuante muy cualificada obliga a la reducción de la pena, al menos a la pena inferior, o la inferior en dos grados (S. 7 mayo 1962).

25. Art. 69. *Delito continuado*.—Si bien la figura del delito continuado no obedece en nuestro Derecho a una regulación legal, sino que es obra de la doctrina, no siempre acorde en lo tocante a su naturaleza y límites, es unánime en requerir las condiciones negativas mínimas de no poderse precisar las fechas u ocasiones de la ejecución y, sobre todo, la identidad de los sujetos pasivos (S. 22 mayo 1962).

La construcción penal del delito continuado ha sido admitida para aquellos supuestos de hechos indeterminados e imprecisos, pero no para los casos en que las acciones están perfectamente individualizadas (S. 7 junio 1962).

26. Art. 119. *Funcionarios públicos*.—Es doctrina común en el aspecto penal corroborada por el artículo 119 del Código penal que la condición de funcionarios, tanto en el aspecto activo sancionador como en el pasivo de protección específica, abarca participaciones en el ejercicio de la función pública que a veces no coinciden con ventajas o desventajas de índole administrativo (S. 4 junio 1962).

Al adentrarse en el examen de lo que sea funcionario público, surge

una nota diferencial entre el orden administrativo, que atiende a las condiciones de ingreso, organización, dependencia, inclusión escalafonaria, forma de percepción de sueldo y adquisición de derechos pasivos, y la esfera penal que se limita a los requisitos de modo de incorporación a la actividad y participación en el ejercicio de funciones públicas (S. 26 junio 1962).

Un guarda jurado de la Renfe tiene carácter de agente de la autoridad y concurren en él los supuestos del último apartado del artículo 119 del Código penal (S. 7 julio 1962).

27. Art. 231. *Atentado*.—La resistencia del artículo 237 del Código penal supone una actitud pasiva al cumplimiento de órdenes de la autoridad o sus agentes; pero cuando el procesado adopta una oposición persistente, real y efectiva a la orden, negándose a ser detenido, forcejeando, causándole erosiones y daños en el capote, e insultándole, y consiguiendo por fin huir, es indudable que rebasa el contenido de ese precepto y entra de lleno en el número 2.º del artículo 231 del Código (S. 14 junio 1962).

28. Art. 237. *Desobediencia*.—Si bien es cierto que la figura de desobediencia del artículo 237 del Código penal no obliga a acatar resoluciones injustas, esa desobediencia o resistencia a la injusticia sólo des-tipifica la conducta cuando es patente y notoria, en extralimitación de plena evidencia, no en supuestos que, como el actual, la falta del ajuste a la legalidad civil es a lo más discutible, y en que el deber del ciudadano es respetar los mandatos de la Autoridad judicial, como el de abstenerse de perturbar la posesión concedida a otro, pues la mera creencia subjetiva de hallarse asistido de mejor derecho, que normalmente suele existir en cada parte, no puede ni debe amparar las conductas de franca rebeldía a lo acordado (S. 5 junio 1962).

El delito de desobediencia requiere una clara e inequívoca rebeldía ante mandatos autoritarios de índole personal para los que no se hallen previstas otras sanciones o medidas, lo que no se da en el caso limitado a un artilugio para esquivar o dilatar la comparecencia simulando enfermedad, acto ilícito, pero carente de rango delictivo de desobediencia y para el que las leyes procesales tienen soluciones previas (S. 28 junio 1962).

29. Art. 244. *Injurias a la Autoridad*.—Aunque los conceptos vertidos en el escrito pudieran ser ofensivos por título de injuria o calumnia, el estar dirigido a un organismo público que tiene por misión la de depurar el comportamiento profesional de las personas a quienes se considera ofendidas, da a los escritos el carácter de denuncia sujeta a principios diferentes del delito de desacato (S. 28 junio 1962).

30. Art. 264. *Tenencia de explosivos*.—En orden a la aplicación del artículo 264 del Código penal ha de notarse que aun no siendo aplicable el supuesto de que no se justifique la tenencia de los explosivos, pues aunque el origen sea ilícito, se sabe que proceden de un hurto, resulta aplicable el supuesto de no haberse cumplido los reglamentos en cuanto a esa tenencia (S. 27 junio 1962).

31. Art. 280. *Falsedad*.—El Código penal no usa el término de marcas en un sentido unívoco, sino que le da un contenido más amplio que el que recibe en el Estatuto de la Propiedad Industrial, porque éste tutela sólo las marcas registradas y el Código penal extiende su protección a todas las marcas, y mientras el Estatuto se refiere sólo a las marcas de procedencia, el Código penal abarca no sólo a éstas, sino a todas las llamadas reales, de cualidad o de uso; y en cuanto a las contraseñas o contramarcas, el Código comprende no sólo las reales de origen, paternidad o procedencia, de identidad, de cualidad y de uso, sino también algunas de las denominadas personales, como las de prestación, que representan en el tráfico jurídico la función de signos de legitimación, siendo posible que un objeto determinado sea portador, a la vez, de una pluralidad de marcas o contraseñas, cada una de las cuales llena una función diferente, de lo que se desprende que el interés tutelado por el artículo 280 del Código no es exclusivamente el de la propiedad industrial, sino el interés general de fortalecer la seguridad y buena fe en el tráfico mercantil; los números que los fabricantes de automóviles ponen en el motor y el bastidor son marcas de identidad o contraseñas de identificación (S. 1 junio 1962).

32. Art. 303. *Falsedad*.—Conforme a la doctrina más reciente de la Sala, merecen la calificación de oficiales los documentos que pueden llamarse "para públicos", cualidad que pueden tener por razón del autor cuando éste tiene carácter oficial sin poder considerársele funcionario según el art. 119 del Código penal, o por razón del destinatario del documento, como son aquellas declaraciones de naturaleza recepticia suscritas por particulares y dirigidas a un órgano público u oficial, estimándose que si bien una declaración modelo C-1 del Servicio Nacional del Trigo no tiene por sí sola el carácter de documento oficial, lo adquiere desde que es entregada al encargado de ese servicio público, máxime si da lugar a un acto administrativo congruente con la declaración; la falsedad en documento oficial cometida como medio de ejecución de una estafa no plantea un problema de concurso de leyes del art. 68 del Código penal sino de concurso de delitos, del art. 61 del mismo (S. 5 junio 1962).

La dogmática penal conoce con el nombre de delitos "especiales" o "propios" aquellos tipos en los que la posibilidad de autoría queda circunscrita a un determinado círculo de personas, especie a la que no pertenece el previsto en el art. 303 del Código penal; el documento privado queda investido de carácter mercantil cuando contiene un acto de comercio sin que el Código penal conozca la categoría de documentos mixtos, correspondiente a la calificación mercantilista de los actos mixtos de comercio, sino que cuando el acto objetivado en el documento está sometido indivisiblemente al Código de comercio el documento que lo incorpora adquiere, a efectos penales, la cualidad mercantil frente a todos; la falsedad utilizada como medios de realización de una estafa o de ocultación de una apropiación indebida no plantea un problema de concurso de leyes sino de concurso de delitos (S. 9 junio 1962).

En la aplicación del Código penal ha de reputarse documentos mer-

cantiles los expedidos por un comerciante para hacer constar una operación del tráfico a que se dedica y tratándose de ventas a plazos, los derechos y deberes de las partes; no pueden subsumirse la falsedad en la estafa; y cada falsedad constituye una relación delictiva, una actuación material y un propósito doloso que excluye la continuación criminal (Sentencia 18 junio 1962).

33. Art. 304. *Falsedad de uso*.—La falsedad real o de hecho consistente en el uso de documento falso, del art. 304 del Código penal, exige como requisito inexcusable la intención de lucro (S. 5 junio 1962).

34. Art. 306.—*Falsedad*.—Dentro del perjuicio de tercero o ánimo de causarle, está el propósito defraudatorio característico de las estafas (Sentencia 16 mayo 1962).

A una simple carta no puede considerársela como documento privado para sancionar como delito de falsedad las inexactitudes que en ella figuren (S. 16 mayo 1962).

35. Art. 420. *Usurpación de funciones*.—El art. 320 tiende a proteger el ejercicio de las funciones públicas, castigando al que, sin título o causa legítima y atribuyéndose carácter oficial, ejecuta actos propios de autoridades o funcionarios como hace el procesado que se presenta en dos establecimientos mercantiles diciendo que era Agente de la Fiscalía de Tasas y que iba a levantar acta de infracción por irregularidades, siendo indiferente que las actas no se llegaran a extender y sin que importe el lucro obtenido por el culpable (S. 16 junio 1962).

36. Art. 341. *Salud pública*.—En los tiempos de verbo que emplea la segunda parte del art. 341 del Código penal, “despachare”, o “vendiere” o “comerciare”, flota una idea común de mercantilidad, de lucro en la operación (S. 8 junio 1962).

Los arts. 341 y 346 contemplan casos perfectamente diferenciados, pues mientras el primero se refiere a las sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar grandes estragos, el segundo tiende exclusivamente a reprimir la alteración de bebidas y comestibles destinados al consumo público; y como entre los comestibles no puede incluirse el “Haxis” o “Griffa”, sustancia tóxica incluida con el nombre de cáñamo indiano en la lista de estupefacientes, su tenencia y expedición no entra en el art. 346, sino en el 341 en relación con el 344 (S. 19 junio 1962).

37. Art. 344.—*Salud pública*.—Están bien aplicados los artículos 341 y 344 del Código penal si se ocuparon al procesado 73 cigarrillos de cáñamo indiano, resto de mayor cantidad, que hasta el número de 100 adquirió para su venta, que había realizado horas antes respecto de los cigarrillos que no le fueron intervenidos (S. 19 junio 1962).

38. Art. 364. *Infidelidad en la custodia de documentos*.—Todo funcionario público afecto a una rama administrativa está obligado a cumplir los deberes específicos de su cargo, más los generales de integridad y cooperación al fin público que la administración desarrolla y así el que recibió por error documentación dirigida a Organismo análogo, se encuentra obligado, no a guardar, que es ocultar, sino a de-

volver a su procedencia o no admitir aquello que no está dirigido a su oficina, y no haciéndolo comete el delito del art. 364 núm. 2.º del Código penal (S. 11 junio 1962).

39. Art. 387. *Cohecho*.—Para la existencia del delito de cohecho, no se precisa adscripción concreta del funcionario a un determinado servicio conforme a los cometidos reglamentarios de cada cual, siendo suficiente que el cohechado sea efectivamente funcionario que obre dentro de las atribuciones genéricas de su cargo y que su acción sea eficiente a los fines concretos que su corrupción pretende (S. 28 de junio de 1962).

40. Art. 394. *Malversación*.—Debe reputarse malversación de caudales públicos la aplicación a uso privado ajeno, mediante artificio ordenado por el recurrente, de divisas extranjeras cuyo único y obligado destino era el ingreso en las Cajas del Tesoro Estatal, se conceda o no por tal ingreso una compensación o contravalor, porque la entrega es inderogable y la propiedad del Tesoro sobre la porción de divisas producidas por la exportación autorizada con la condición de ceder tal parte es un derecho expectante que, al realizarse la operación comercial, se consolida y convierte en un derecho cierto de propiedad de las divisas correspondientes al Estado que ingresa ya en su patrimonio. haya o no pagado su contravalor, y cualquier disposición de esas divisas que no sea ingresarlas en la Caja pública, es aplicación de bien público a uso privado que procede calificar de malversación cometida por el particular que lo hace y por el funcionario que lo hace posible alterando el documento oficial que patentizaría o impediría tal desviación (S. 30 junio 1962).

41. Art. 396. *Malversación*.—La naturaleza de los delitos definidos en los artículos 394 y 396 del Código penal no es idéntica, sino que obedece a criterios bien diferenciados consistente, en la malversación propia del art. 394 en un apoderamiento o sustracción definitivamente lucrativa, del tipo de las contra la propiedad, y en el 396 en una aplicación a usos propios del funcionario que, según la doctrina científica y jurisprudencial presupone un cierto ánimo de retorno (S. 22 mayo de 1962).

42. Art. 399. *Malversación*.—Si en el procesado fueron depositados previa intervención por los agentes, a disposición de una Autoridad, materiales de una chatarra existentes en su almacén, al disponer de toda la mercancía, incidió en el delito del artículo 399 por haber sustraído cosa que se hallaba intervenida administrativamente sin que sea materia de carácter penal el análisis de si el depósito constituido se ajustaba a las normas civiles, materia de otra jurisdicción (S. 6 junio 1962).

43. Art. 408. *Riña tumultuaria*.—Aunque dos de los procesados causaron lesiones al interfecto, como no se llega a determinar cuáles de ellas ocasionaron la muerte, tal indeterminación, no compensada por el previo acuerdo entre dos partícipes, que tampoco medió, entrañaría por su propia imprecisión la doble posible consecuencia de absolver a

ambos o de apreciar la figura de riña tumultuaria con resultado de muerte, del artículo 408 del Código penal, que es la más ajustada a derecho, porque esta modalidad tiene por objeto tipificar supuestos de indeterminada causación de muerte, sustituida por la causación de lesiones en los supuestos de tumulto (S. 23 mayo 1962).

44. Art. 411. *Aborto*.—Para la aplicación del párrafo último del artículo 411 del Código se requiere que la muerte obedezca sin género alguno de duda a la realización del aborto; pero si surge otra causa del fallecimiento, no determinada por las maniobras abortivas, no existe base sólida para tal aplicación (S. 14 mayo 1962).

45. Art. 415. *Aborto*.—El párrafo final del artículo 415 del Código penal comprende expresamente a todas las personas que se encuentran en posesión de títulos sanitarios, sin distinción alguna, por lo que es inexcusable su aplicación a quien lo tenía de enfermera (S. 22 mayo 1962).

46. Art. 417. *Aborto*.—La pena conjunta señalada por el artículo 417 no es accesoria, sino principal (S. 20 junio 1962).

47. Art. 431. *Escándalo público*.—El Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956 no elevó a delito toda unión sexual fuera de matrimonio, ni el facilitar habitación para esa unión, aunque se haga mediante precio, porque la finalidad de la norma es velar por la dignidad de la mujer y la moral social, siendo preciso para que surja el delito que tal acto implique cooperación o auxilio a la prostitución o se verifique en forma que la moral social sea ultrajada (S. 5 mayo 1962).

48. Art. 438. *Corrupción de menores*.—La protección penal que el párrafo primero del artículo 438 otorga a los menores de veintitrés años, no distingue el sexo, no sólo por los términos generales e indistintos de su redacción, sino porque la razón de ley de la norma así lo exige, ya que la honestidad del hombre merece tanta protección como la de la mujer (S. 14 mayo 1962).

49. Art. 444. *Estupro*.—La aplicación del número 2.º del artículo 444 no exige la constancia del yacimiento en que se produjo el embarazo, pues otra cosa llevaría a la imposibilidad de hacer tal pronunciamiento cuando el estuprador logra yacer más de una vez con su víctima. El artículo 444 no autoriza a señalar un *quantum* o modo de los alimentos (S. 12 mayo 1962).

50. Art. 449. *Adulterio*.—El hecho de que una mujer casada se encuentre sentada, con un amigo de su marido, en un solar o descampado, conversando cuando aparece el marido, no puede estimarse delito de adulterio, porque no se acredita que hubiera ayuntamiento carnal, por sospechosas que resulten las circunstancias (S. 5 junio 1962).

51. Art. 458. *Injurias*.—Para enmarcar la injuria en el número 2.º del artículo 458 del Código penal es indispensable: 1.º, que la injuria consista en la imputación de un vicio o falta de moralidad; 2.º, que las consecuencias de la imputación puedan perjudicar la fama, crédito o interés del agraviado, sin que sea preciso que se produzca efectivamente esa lesión, y 3.º, que el perjuicio real o posible sea de magnitud consi-

derable, requisitos que no concurren si los dictérios de sinvergüenza y canalla fueron pronunciados en el interior de una vivienda y ante la sola presencia del Notario que practicaba un requerimiento y que por su profesión estaba sujeto al deber del secreto profesional (S. 16 mayo 1962).

52. Art. 487. *Abandono de familia*.—Aunque el delito de abandono de familia es permanente y subsiste mientras no cese la situación anti-jurídica que lo motiva, esta doctrina hay que referirla a la posibilidad de su persecución mientras no cese tal estado, con independencia del momento en que empezara a cometerse, pero no conduce a la conclusión de poder volver a enjuiciar situaciones ya sancionadas, porque además de violar el principio *non bis in idem*, se privaría a la nueva sentencia del elemento *de facto* necesario para hacer el pronunciamiento pertinente y se imposibilitaría el ejercicio de la función penal que ha de recaer sobre hechos no enjuiciados con anterioridad, aunque los nuevos guarden analogía o sean idénticos a los anteriores; y así, condenado el sujeto por abandono de familia, y no habiéndose reintegrado a vivir con su esposa e hijos, no puede condenársele nuevamente (S. 2 julio 1962).

53. Art. 494. *Amenazas*.—La característica de la infracción prevista en el artículo 494 del Código penal, por el reenvío que hace este precepto al número 1.º del artículo anterior, es que el sujeto activo se proponga conseguir con su actuación, del amenazado, una cantidad determinada, o se le imponga alguna condición, y no comete el delito el procesado que fué víctima de un robo y, sospechando de un convecino, con la finalidad de comprobar si tenía fundamento su sospecha, envió al mismo una carta anónima en la que le pedía que entregase en determinado lugar mil pesetas, con la advertencia de que si no lo hacía denunciaría el robo al perjudicado y a la Guardia Civil, porque el móvil no fué el de obtener un beneficio, sino el de averiguar si eran ciertas las sospechas, aunque el medio extraprocesal utilizado sea incorrecto y censurable en el orden moral (S. 17 mayo 1962).

54. Art. 500. *Robo*.—La voluntad concreta de consumar una acción específicamente penada por la Ley, punto de arranque de la tentativa, permite decidir si los actos constituyen un delito consumado o solamente una tentativa de otro delito; y si la voluntad del sujeto al entrar por un muro en una casa era la de sustraer, cometió un delito de robo en grado de tentativa y no un delito de allanamiento de morada (S. 2 junio 1962).

55. Art. 501. *Robo*.—No constituye tentativa de robo el hecho de hallarse en un poblado esperando un coche en el que se conducían los jornales para los obreros de una fábrica, a fin de apoderarse de ellos, y al llegar el coche velozmente, seguido de otro que parecía escoltarle, dejarles marchar, porque consumado el hecho con las mismas características y resultado a los ocho días, constituye una continuidad delictiva que identifica la primera acción con la segunda; el artículo 501, número 5.º, no permite aplicar la escala de penalidad del número 3.º del artículo 505,

pero sí es aplicable la agravación por asalto de automóvil del número 3.º del artículo 506 (S. 18 mayo 1962).

56. Art. 504. *Robo*.—Aunque la ventana por donde penetró el procesado estuviese abierta, siempre sería aplicable el número 1.º del artículo 504 (S. 7 mayo 1962).

A los efectos del número 2.º del artículo 404, el empleo de fuerza, en cualquier lugar del edificio, para los fines delictivos, es suficiente para calificar el hecho de robo (S. 7 mayo 1962).

El hecho de que con un simple empujón se caiga una puerta de entrada al local por sus defectuosas condiciones de seguridad, no determina el requisito de la fuerza que el robo requiere, cuando la finalidad del cierre tiende a tener recogidos ganados, no a conservarlos encerrados para impedir su sustracción violenta (S. 19 junio 1962)

57. Art. 506. *Robo*.—El respeto que debe inspirar la casa habitada por otro, desaparece en aquellos casos en que esa casa sea también la morada o residencia habitual del delincuente; por eso si el procesado, obrero agrícola al servicio del perjudicado, convivía con éste y su familia, el robo cometido por aquél en el domicilio donde moraban no comporta la agravante específica del artículo 506, ya que no se dice que las habitaciones se encontrasen separadas de las del dueño o que le estuviese prohibida la entrada en las de éste (S. 16 mayo 1962).

El número 2.º del artículo 506, al no hacer especiales distingos, no excluye del concepto de casa habitada la morada de la víctima aun cuando, sin vivir en ella el que realiza el apoderamiento, haya ingresado en la misma por razón de asistencia doméstica, que mantiene como ajena para la procesada la casa de su asistido, siquiera el acceso sea fácil (S. 2 julio 1962).

58. Art. 510. *Llaves falsas*.—El concepto de llave falsa del número 3.º del artículo 510 del Código penal comprende cualquier llave que no sea la designada por el propietario para abrir la cerradura; y, por tanto, cuando el aparcerero de una finca entrega al dueño un candado con una llave para cerrar la panera, guardándose otra sin que lo sepa el propietario y con ella abre la referida panera llevándose unas fanegas de centeno, comete un delito de robo del número 4.º del artículo 504, y no de hurto (S. 7 mayo 1962).

El empleado de una fábrica que acude a ella antes de la hora de entrada, coge de la mesa del despacho del jefe la llave de una caja donde a su vez se guardaba la del arcón en que se custodiaba plata, y sustrae de dicho arcón cantidades de este metal, hace aplicable el artículo 510, número 2.º, y constituye delito de robo (S. 5 junio 1962).

59. Art. 514. *Hurto*.—El requisito de ánimo de lucro que todo hurto requiere se presume siempre a no constar lo contrario (S. 10 mayo 1962).

Si bien es cierto que respecto del delito de hurto la tipicidad y por ello la antijuridicidad quedan excluidas por el consentimiento válido del dueño de la cosa, no puede estimarse que exista consentimiento expreso si la sustracción se realizó en un momento de distracción del ofendido (S. 14 junio 1962).

El hurto es lesión del derecho de propiedad por medio de la desposesión y sólo aquellas acciones que lesionen ambos derechos pueden calificarse de hurto, por lo que la desposesión por sí sola es irrelevante en el orden jurídico penal y el llamado *furtum possessionis* no tiene cabida en nuestro Código fuera del caso excepcional del artículo 532, número 1.º, del mismo (S. 27 junio 1962).

60. Art. 516. *Hurto*.—Desaparecida en el Código la distinción entre simple y grave abuso de confianza, para incidir en la circunstancia segunda del artículo 516 basta con ser colaboradores que coinciden a diario o con frecuencia en una misma obra (S. 23 junio 1962).

61. Art. 519. *Alzamiento de bienes*.—Es elemento esencial del delito de alzamiento de bienes del artículo 519 el propósito de perjudicar a los acreedores preparando deliberadamente una situación de insolvencia que haga incobrables los créditos (S. 25 mayo 1962).

El elemento intencional característico del delito de alzamiento de bienes concurre en el deudor que busca y consigue por medios fraudulentos una insolvencia total o parcial con el malicioso propósito de perjudicar a sus acreedores y hacer ineficaces las acciones y derechos de éstos (S. 29 mayo 1962).

62. Art. 529. *Estafa*.—Aun cuando el contrato civil de préstamo puede, en raras ocasiones, degenerar en cuanto a su celebración, en una actuación dolosa por la presencia del dolo criminal como elemento influyente de un modo decisivo en la realización del contrato, no ocurre así cuando se entregan unos cheques en garantía de unos préstamos, al no constar un engaño previo para mover el ánimo del supuesto perjudicado, ni aparecer que las entregas se efectuasen antes o en el momento del préstamo, caso único en que esa apariencia de bienes pudiera estimarse como el elemento del engaño que debe preceder siempre a toda actuación defraudatoria. (S. 5 mayo 1962).

Si con la actuación del procesado no se causó perjuicio patrimonial alguno, ni consta que hubiera propósito de causarlo, falta uno de los requisitos esenciales para el delito de estafa del artículo 529; y no hay engaño en la conducta del procesado que habiendo comprado una sierra, cuyo precio paga mediante entrega de dos cheques contra su cuenta corriente en la que tenía fondos, a la fecha del vencimiento de los mismos, y por no habersele entregado la cosa vendida, los retira para que no pudieran pagarse los talones (S. 9 junio 1962).

Realizado un viaje en taxi de Madrid a Cáceres y regreso, desapareciendo el viajero sin abonar el importe del mismo, el ánimo de lucro resulta del beneficio, provecho, satisfacción o necesidad atendida con tal viaje (S. 12 junio 1962).

63. Art. 531. *Estafa*.—En trance de aplicar el artículo 531, puede el intérprete, sin hallarse coartado por la figura rectora de la estafa propiamente dicha, dar entrada en el supuesto legal a todas aquellas conductas que reúnan los requisitos previstos en el mismo, aunque no determinen error en el adquirente e incluso cuando el engaño no se haya producido, siempre que el negocio de enajenación, gravamen o arrenda-

miento, realizado con ánimo defraudatorio por quien aparenta ser dueño de la cosa inmueble, causa un perjuicio al verdadero propietario o a quien ostente derechos sobre la cosa (S. 14 junio 1962).

64. Art. 532. *Estafa*.—En el artículo 532, número 2.º, no es menester una matemática exactitud en la determinación del perjuicio, rara vez conseguible (S. 12 mayo 1962).

65. Art. 533. *Estafa*.—El propósito defraudatorio indispensable para el delito del artículo 533 del Código en relación con el 134 de la Ley de Propiedad industrial consiste precisamente en burlar el derecho ajeno con pleno convencimiento de la vigencia de la Patente (S. 22 mayo 1962).

66. Art. 534. *Estafa*.—Si el pago se hizo mediante oferta del acreedor de restituir las fincas que fueron puestas a su nombre en garantía del pago de la deuda, su incumplimiento es doloso y entra de lleno en la modalidad defraudatoria del artículo 534, pues mediante él se movió la voluntad del deudor a realizar el pago liberatorio creyendo que obtendría la restitución, y al resultar engañado, la Ley debe sancionar la deslealtad (S. 23 mayo 1962).

67. Art. 535. *Apropiación indebida*.—El delito del artículo 535 no requiere engaño (S. 10 mayo 1962).

La entrega de dinero en concepto de comisión o administración no significa por sí sola la obligación de devolverlo, sino la de rendir cuentas justificadas y en su caso la de devolver el saldo que realmente resulte a favor del mandante o comitente y el incumplimiento de esa obligación puede obedecer a causas distintas del dolo penal (S. 12 mayo 1962).

El que por título de comodato recibe una cosa mueble ajena y, en lugar de devolverla una vez concluido el tiempo o uso pactado, la hace suya con ánimo de lucro y en perjuicio de su dueño, comete el delito del párrafo primero del artículo 535 (S. 26 mayo 1962).

La evolución conceptual que sobre el delito de apropiación indebida se viene operando en el sentido de exigir un desplazamiento posesorio con facultad de disposición, conviene refrenarla en tanto no sea recogida por la Ley, para no ensanchar desmesuradamente en perjuicio del reo las fronteras del delito de hurto con abuso de confianza en detrimento del de apropiación, ni suprimir de hecho la distinción gramatical y jurídica de los verbos tomar y recibir que el Código utiliza para matizar cada uno de estos delitos, exigiendo para la apropiación un requisito no previsto en el artículo 535 y que en cierto modo repugna con uno de los contratos allí mencionados, el depósito (S. 19 junio 1962).

El socio y aún administrador de una Sociedad anónima sólo tiene en los fondos de la misma una expectativa de participación en beneficios, que no priva del carácter de ajenos a esos fondos de la Sociedad; si de ellos se apoderó con la dolosa maniobra de rehuir las constancias contables, cometió el delito de apropiación indebida (S. 22 junio 1962).

La apropiación indebida no la caracteriza la previa actuación engañosa, sino un abuso de la confianza depositada en el sujeto activo (S. 26 junio 1962).

68. Art. 540. *Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.*—La Ley de 27 de abril de 1946, en relación con los artículos 540 y 541 del Código penal no es aplicable a la percepción de primas por el alquiler de locales de negocios o tiendas (S. 13 junio 1962).

69. Art. 543. *Usura.*—Para la tipicidad del delito del artículo 543 se precisa la existencia de un préstamo que sea usurario y que la forma contractual efectiva esté encubierta por otra con aspecto de licitud (S. 30 mayo 1962).

70. Art. 546 bis. *Receptación.* — No puede aplicarse el artículo 546 bis c) por el sólo dato de que el comprador de la chatarra conociese la clase de material, de uso sólo por la RENFE, porque con ello se homologan el conocimiento de una clase de objetos con la constancia de un hecho penal, lo que constituye una mera presunción de varias fases en perjuicio del reo; no puede apreciarse tampoco la habitualidad, aunque se diga que el procesado es industrial si no se precisa a qué género de industria se dedica y para la habitualidad que no es del tipo profesional del artículo 546 bis b), sino la engendrada por la repetición de actos, no basta con señalar que el procesado fué condenado antes por una falta de hurto y por otra falta de encubrimiento (S. 16 mayo 1962).

El artículo 546 bis es incompatible con el número 2.º del artículo 17 del Código penal (S. 2 junio 1962).

La prohibición de imponer al receptor pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto no alcanza al habitual (S. 18 junio 1962).

El delito de receptación del artículo 546 bis a) del Código necesita tres elementos ineludibles: comisión de un delito contra la propiedad en el que no haya intervenido el receptor; conocimiento por éste de la perpetración de ese delito, y aprovechamiento para sí de los efectos del mismo (S. 5 julio 1962).

71. Art. 550. *Incendios.*—Es aplicable el número 1.º del artículo 550 en relación con el número 2.º del artículo 549, que recoge un delito del grupo mixto que tiene en cuenta el riesgo personal y el daño a la propiedad ajena, cuando el incendio se provocó intencionadamente en casa habitada, sin que el procesado tuviese conciencia de si, en aquel momento, se hallaban en el edificio sus moradores (S. 22 junio 1962).

72. Art. 557. *Daños.*—Para la configuración de un delito de daños no basta con la efectividad de un daño, sino que es precisa la concurrencia del dolo específico determinado por la intención de dañar (S. 26 mayo 1962).

73. Art. 565. *Imprudencia.*—Es imprudencia conducir vehículos en estado de somnolencia, pues admitiendo como causa la fatiga natural, el sueño no se presenta de forma inopinada, sino que tiene síntomas anteriores, y prescindir de éstos y seguir conduciendo sin tomar un descanso, es imprudente (S. 2 mayo 1962).

No hay delito si el conductor no pudo ver al niño y éste se abalanzó contra el lateral del camión (S. 12 mayo 1962).

La graduación de la culpa no está establecida en el Código penal, que se limita, en su artículo 565, a admitir dos clases de imprudencia, pero sin definir las, sino que se remite tácitamente a normas no escritas que va precisando la Jurisprudencia a la vista de cada caso y que constituyen el complemento necesario de dicho precepto penal (S. 16 mayo 1962).

El ceñirse a la extrema derecha en una curva muy cerrada y sin visibilidad alguna evita el muy grave peligro de chocar de frente con otros vehículos; y el no evitar el riesgo contrario de salirse algo de la calzada, solamente implica una simple imprudencia sin infracción de reglamentos definida en el número 3.º del artículo 586 (S. 23 mayo 1962).

Cuando opera el párrafo cuarto del artículo 565 esta Sala ha entendido que ha de tenerse en cuenta la naturaleza de la infracción y que cuando haya de llegarse a la pena de multa, hay que aplicarla como rebaja de la de arresto o prisión menor que es la señalada para el delito de imprudencia (S. 25 mayo 1962).

Toda imprudencia punible supone necesariamente un hacer descuidado o negligente con omisión de las reglas de cautela que deben adoptarse en relación con las circunstancias del momento para evitar que la acción o acto que se ejecuta redunde en daño de otras personas o cosas, acto que ha de ser voluntario, porque sin ello no puede entrar en funciones la imputabilidad penal, como acaece en los actos reflejos (S. 29 mayo 1962).

La concurrencia de culpas no libera de responsabilidad a ninguno de los dos intervinientes en el hecho (S. 5 junio 1962).

Para que pueda constituir delito la omisión de la diligencia debida es condición necesaria que el resultado dañoso se deba exclusivamente a la conducta acreedora al reproche, lo que no ocurre cuando una acción interferente decidida por la víctima quiebra la relación de causa a efecto (S. 13 junio 1962).

El hecho simple y escueto de no disminuir la velocidad carece por sí solo de relieve decisivo en el orden jurídico, siendo el hecho penalmente relevante más complejo, entrando en juego la velocidad del vehículo, en función de las circunstancias concurrentes (S. 15 junio 1962).

Aunque el delito de imprudencia es de los llamados de resultado, no puede obtenerse de este solo elemento la tipicidad delictiva del artículo 565 del Código penal, sino que es preciso unir a ese resultado un elemento subjetivo, acción ejecutada sin las normas de previsibilidad aconsejadas por la naturaleza del acto, y que se manifiesta como causa o antecedente necesario de aquél, con relación precisa y directa, sin interferencias que los desconecten (S. 27 junio 1962).

No puede calificarse de imprudencia grave el hecho de empujar a una persona para que se aleje de la casa donde se encuentra provocando al dueño de la misma, pues sería preciso que la hubiese golpeado, lanzado violentamente o ejercido sobre ella cualquier clase de esfuerzo capaz de hacer caer a una persona normal (S. 4 julio 1962).

74. *Imprudencia temeraria.*—El hecho de estar realizando obras de cubrimiento de una zanja en lugar de mucho tráfico rodado sin colocar

durante la noche señal luminosa alguna, supone el olvido de las más elementales normas de precaución (S. 5 mayo 1962).

Si el procesado, mientras hablaba con la víctima la tenía encañonada con la escopeta, con los perrillos levantados en posición de disparar, la imprudencia es manifiesta y radica en el hecho de llevar el arma en esas condiciones de extrema peligrosidad (S. 8 mayo 1962).

Si los daños a la salud de varias personas se produjeron por la ingestión de las conservas preparadas por el procesado, estando claro el influjo directo que tuvo o la insuficiencia térmica del autoclave o una colocación inadecuada en el mismo del laterío, se revela una negligencia o impericia tachables de temerarias (S. 6 junio 1962).

75. *Imprudencia simple antirreglamentaria.*—Existe la imprudencia del número 2.º del artículo 565 del Código penal en el conductor que choca con un ciclomotor que venía en dirección contraria, en la parte de la izquierda de la carretera según su marcha, pues aunque el artículo 31 del Código de la Circulación permite el cruce sin más distancia que la de un metro entre ambos vehículos, no por ello queda invalidada la obligación de circular por la mitad derecha, cuyo incumplimiento fue una de las causas de la omisión (S. 28 mayo 1962).

No puede sostenerse que la infracción reglamentaria, por sí misma, no basta para engendrar culpa penal, pues ello depende principalísimamente de la entidad de la falta cometida y su papel en la mecánica material de la causalidad y en la jurídica del comportamiento del sujeto (S. 11 junio 1962).

76. *Determinación de la pena.*—En vista de lo dispuesto en el párrafo 4.º del artículo 565 conjugado con el 76, ambos del Código penal, siendo la pena del delito de daños, que se hubiera cometido de mediar malicia, la de multa del tanto al triplo de la cuantía de los daños, pena inferior a la señalada para la imprudencia temeraria, debe imponer a ésta la inmediatamente inferior a la expresada multa, formada con arreglo a lo que dispone el artículo 76; y siendo la cuantía mínima de la multa a imponer al delito doloso la de ocho mil ciento setenta y cinco pesetas, su mitad es la de cuatro mil ochenta y siete pesetas con cincuenta céntimos, que ha de servir de base para la imposición de la sanción y no la de mil pesetas aplicada por la Sala de Instancia (Sentencia 8 mayo 1962).

Si bien la tesis de la doble penalidad tuvo en su favor una dilatada práctica forense, en el sentido de afirmar que el inciso cuarto del artículo 565 suponía un reenvío a la pena prevista para el delito doloso, la doctrina más reciente ha interpretado el precepto como haciendo mérito a la que corresponda según las diversas sanciones asignadas al delito de imprudencia en el propio artículo 565 y siendo éstas únicas, sin mención de pecuniarias, son las privativas de libertad las que procede degradar (S. 10 mayo 1962).

Penándose un delito del párrafo 2.º del artículo 565 en relación con el número 4.º del artículo 420, no pueden imponerse dos penas de multa, pues el párrafo 4.º del artículo 565 debe interpretarse en el sentido

másh favorable al reo, con lo que quiere decirse que la pena inferior en grado se refiere a las penas fijadas en ese mismo artículo 565 (Sentencia 28 mayo 1962).

77. *Imprudencia porfesional.*—La circunstancia de agravación del párrafo 5.º del artículo 565 no es inherente a la profesión, sino que requiere un exceso de gravedad sobre la conducta culposa, bien por patentizar una falta de aptitud o pericia en el ejercicio del oficio, o bien por revelar una dejación de tal naturaleza (S. 2 junio 1962).

La imprudencia profesional es el resultado de la concurrencia de un factor subjetivo, referente a la persona, y otro objetivo, consistente en la impericia o negligencia propia de la profesión, y al faltar uno de ellos no puede aplicarse el último párrafo del artículo 565 (S. 6 junio 1962).

La impericia o negligencia profesional no consiste en la circunstancia personal de la profesión u oficio del imperito o negligente, sino que son objetivas y están especialmente relacionadas con la profesión, principalmente con la de mecánico-conductor (S. 7 junio 1962).

La imprudencia profesional a que se refiere el párrafo último del artículo 565 del Código penal ha de caracterizarse objetivamente por la íntima relación con la profesión de quien la hubiere cometido, principalmente con la de mecánico - conductor, no equivale a cualquier imprudencia que pueda cometerse indistintamente por profesionales y no profesionales (S. 11 junio 1962).

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

78. Art. 1.º *Conducción en estado de embriaguez.*—Aun cuando en alguna ocasión el hecho de conducir en estado de embriaguez puede ser causa de que con independencia de tal situación surja una imprudencia con resultado dañoso, en el presente caso el mal causado lo ha determinado el estado de embriaguez del procesado y como el origen de las consecuencias punibles derivan de la misma causa, no es posible descomponer el motivo inicial en un delito del art. 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 y otro de imprudencia (S. 15 junio 1962).

79. Art. 3.º *Conducción ilegal.*—Si el conductor procesado no estaba en posesión del carnet de 1.ª especial que reglamentariamente se requería para la conducción del vehículo en el momento de acaecer los hechos, aun cuando fuese estampillado para esa categoría al día siguiente, cometió el delito del art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 aunque hubiese sufrido con anterioridad los exámenes y pruebas de aptitud con resultado favorable, porque es un delito formal y lo que se exige es que se esté habilitado para la conducción, no pudiendo decirse cumplido este requisito hasta que se está en posesión del carnet o documento (S. 24 mayo 1962).

Como el delito de conducción de vehículos sin permisos más que de peligro es de tipo formal, la conducción, con un permiso reglamentariamen-

te caducado no puede calificarse de delito, sin declarar que ya no podía ser renovado o que habían transcurrido los plazos para solicitar ese trámite (S. 29 mayo 1962).

El delito del art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 es un delito formal sin que sea posible determinar si están exentos de la sanción los que sean aptos para conducir, pues lo que se exige es la habilitación legal (S. 2 junio 1962).

80. Art. 9.º *Uso indebido de vehículo ajeno.* — Si el procesado, sin autorización del propietario ni del cedente del uso del automóvil, se apropió del mismo cogiendo las llaves del bolsillo del pantalón de dicho cedente mientras dormía y, en posesión ya de las llaves y del coche, utilizó el vehículo conduciéndolo por distintos lugares, además del delito de conducción sin habilitación legal y otros que no son objeto del recurso, ha cometido el de utilización de vehículo de motor ajeno sin la debida autorización y sin causa lícita, previsto en el art. 9.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 (S. 16 junio 1962).

INDICE ALFABETICO

- | | |
|---|--|
| Abandono de familia, 52. | Hurto, 59, 60. |
| Aborto, 44, 45, 46. | Imprudencia, 73 a 77. |
| Abuso de confianza, 17. | Incendio, 71. |
| Abuso de superioridad, 16. | Inducción, 20. |
| Actos preparatorios, 5. | Infidelidad en la custodia de documentos, 38. |
| Adulterio, 50. | Injurias, 51. |
| Alzamiento de bienes, 61. | Injurias a la Autoridad, 29. |
| Amenazas, 53. | Interpretación de la Ley penal, 1. |
| Apropiación indebida, 67. | Legítima defensa, 9. |
| Arrebató, 14. | Llaves falsas, 58. |
| Atentado, 27. | Malversación, 40 a 42. |
| Autoría, 20. | Maquinaciones para alterar el precio de las cosas, 68. |
| Cohecho, 39. | Miedo insuperable, 10. |
| Conducción en estado de embriaguez, 78. | Premeditación, 15. |
| Conducción ilegal, 79. | Preterintencionalidad, 12. |
| Corrupción de menores, 48. | Propiedad industrial, 31, 65. |
| Culpabilidad, 2. | Provocación al delito, 6. |
| Daños, 72. | Provocación y amenazas, 13. |
| Delito, 7. | Receptación, 70. |
| Delito continuado, 25. | Reincidencia, 19. |
| Desobediencia, 28. | Reiteración, 18. |
| Determinación de la pena, 24, 76. | Relación de causalidad, 3. |
| Divisas, 40. | Responsabilidad civil, 21 a 23. |
| Embriaguez, 11. | Riña tumultuaria, 43. |
| Enajenación, 11. | Robo, 54 a 58. |
| Escándalo público, 47. | Salud pública, 36, 37. |
| Estafa, 62 a 66. | Tenencia de explosivos, 30. |
| Estupro, 49. | Uso indebido de vehículo ajeno, 80. |
| Falsedad, 31 a 34. | Usura, 69. |
| Frustración, 4. | Usurpación de funciones, 35. |
| Funcionario público, 26. | |
| Homicidio, 43. | |

B) JURISPRUDENCIA PROCESAL PENAL

La prueba de reconstitución del hecho

(Sentencia de 28 de enero de 1963)

CARLOS VIADA LOPEZ-PUIGCERVER

Catedrático de Derecho Procesal

SUMARIO: I. La sentencia de 28 de enero de 1963.—II. Naturaleza de la reconstrucción del hecho.—III. Ordenamiento procesal penal italiano. IV. La reconstrucción del hecho en la Ley de 24 de diciembre de 1962.

I. Considerando de la sentencia de 28 de enero de 1963: "La prueba directa y esencialmente dinámica de reconstitución del hecho, silenciada por nuestro Derecho positivo antes de ser recibida formalmente por el artículo 19, párrafo 1.º, de la novísima Ley de 24 de diciembre último sobre uso y circulación de vehículos de motor, se halla consagrada expresamente por ciertas legislaciones extranjeras (alguna de las cuales la inserta bajo la rúbrica de "experimentos judiciales"), por nuestra doctrina científica y por un uso forense inveterado, teniendo entrada en el ordenamiento procesal criminal patrio al amparo del principio de *numerus apertus* que informa nuestro sistema acerca de los medios de prueba; y, como diligencia sumarial, del texto del artículo 331 de la LECrim., que con gran amplitud previene que el Juez Instructor procurará hacer constar la ejecución del delito y sus circunstancias por todos los medios de comprobación a su alcance, supuesta, claro es, su licitud y moralidad, entre cuyos medios de comprobación tiene asilo la representación actual ante el órgano judicial del hecho histórico, en el mismo escenario, con intervención de los mismos actores, a presencia de los mismos espectadores, y en idénticas circunstancias en que se afirma o se alega que tuvo lugar, por lo que, al menos en este aspecto, el medio articulado por el hoy recurrente—con el carácter de prueba anticipada—en el apartado 5.º de la parte de su escrito de calificación, referida a la proposición de pruebas, no admite tacha; pero como una vez denegada por la Audiencia la práctica de esa prueba y de formulada por las partes proponentes la reclamación que juzgaron necesaria, no hizo uso el procesado de la oportunidad que para reproducirla—ya con el concepto de prueba ordinaria—en el momento previsto en la regla 1.ª del artículo 800, le otorgaba el párrafo segundo del artículo 798 de la Ley Procesal, no cabe, en virtud de lo expuesto en el fundamento precedente, que ahora impugna en casación la primitiva inadmisión de la misma, utilizando el cauce señalado por el número 1.º del artículo 850 del Código de Enjuiciamiento Criminal."

II. Efectivamente, en nuestro Derecho positivo, la reconstitución del hecho tiene carácter de diligencia sumarial, incluida en el capítulo que lleva el epígrafe: "De la inspección ocular", primero del Título V que se refiere a la comprobación del delito y averiguación del delincuente.

Ahora bien, no debe confundirse la actividad del Juez siguiendo las prescripciones del artículo 331 de la LECrim. con la reconstitución del hecho como medio de prueba. Pues la inspección ocular de lugares o personas del Juez "procurando hacer constar, por declaraciones de testigos y por los demás medios de comprobación, la ejecución del delito y sus circunstancias..." es un acto de comprobación de naturaleza estática, en cuanto pretende comprobar el estado actual de las cosas sin poner en movimiento cosas o personas. El Juez instructor indaga sobre el lugar del hecho intentando, ante la inexistencia de huellas de la perpetración del delito, recoger declaraciones, testimonios, etc., con que averiguar la realidad de lo ocurrido.

En cambio, el experimento o reconstitución del hecho supone una actividad dinámica, en cuanto reproduce la situación o acaecimiento cuya realidad ya quedó constatada con la iniciación del sumario. El hecho o fenómeno inicial "quedó atrás" con sus huellas y declaraciones recogidas en las actuaciones instructorias. Por todo ello, el experimento supone la reproducción del modo cómo, según la descripción del imputado, o de otro u otros testimonios, o según la suposición del instructor, ocurrió un hecho relativo a la imputación (ejecución del delito o de una parte o circunstancia de él) o a la prueba (por ejemplo: posibilidad de que un testigo hubiera visto cometer el delito en determinadas condiciones de lugar o de tiempo). De ensayo experimental lo califica Manzini (*Derecho procesal penal*, vol. III, pág. 243).

III. En el ordenamiento italiano se regula ampliamente este medio de prueba, dada la importancia que debe reconocérsele, siempre que se realice con seriedad y perfección. El experimento judicial sólo es legítimo si concurren en concreto las condiciones establecidas por la Ley para su admisibilidad. Tales condiciones pueden calificarse como positivas o negativas. Las primeras suponen que el experimento sólo es legítimo si se ordena para comprobar si un hecho ha ocurrido o puede haber ocurrido de un determinado modo, sin que, naturalmente, la ficción se convierta en realidad (arts. 312 y 461 del Código procesal penal). Por consiguiente, no está autorizado el experimento cuando se dirija a otro fin cualquiera. Las condiciones negativas suponen que está absolutamente prohibido recurrir a este medio de indagación cuando se trate de experimentos capaces de ofender al sentimiento nacional, al religioso, a la moralidad pública o atentar al orden público: por ejemplo, profanación de cosas o lugares destinados al culto, reproducción de un delito contra las buenas costumbres, etc.

El instructor debe recurrir al experimento con mucha discreción, puesto que si no se utiliza con cautela puede dar lugar a representaciones indignas de la autoridad de la justicia. Al proceder al experimento debe disponer de tal modo las cosas que, en cuanto sea posible, se pro-

duzca el hecho en las mismas condiciones en que se afirma o se cree haber ocurrido (art. 312, parágrafo 1.º), evitando, naturalmente, todo lo que pueda producir daño o peligro; también debe cuidar, en cuanto lo consientan las circunstancias, que se excluya toda publicidad. Se levantará acta del experimento, que se podrá leer en el juicio oral, e igualmente puede proyectarse la película cinematográfica si se captó el mismo (artículo 463 del mismo Cuerpo legal italiano).

IV. En nuestra Ley de 24 de diciembre de 1962, reguladora del uso y circulación de los vehículos de motor, se habla de "reconstrucción del hecho" (art. 19). Se incorpora así a nuestro ordenamiento esta figura que el uso forense había ya consagrado. Sin embargo, no queda claro por el texto de la ley que tal reconstrucción sea un medio de prueba, sino que más bien supone una actividad instructora, por cuanto se confunde temporalmente con la inmediata presencia judicial en el lugar del hecho. Aunque en la nueva Ley se sanciona la intervención de las partes, asistidas de sus Letrados, desde el primer momento, va a resultar bastante extraño que en el momento de personarse el instructor puedan hallarse allí los asesores de las partes.

Más exactamente, el medio de prueba consistente en la reconstrucción del hecho supone el que haya transcurrido un lapso de tiempo y que en las diligencias preparatorias se hicieran constar las circunstancias del delito, para que en ese momento posterior se "pruebe" que en algunos de los puntos sobre los que descansa la realación fáctica se ha incurrido en error de apreciación, bien por transcripción imperfecta, bien por la rapidez con que aquélla se desarrolla: por ejemplo, en la sentencia que nos ocupa, para acreditar la visibilidad del lugar en que ocurrieron los hechos.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.^a del Tribunal Supremo)

Primer cuatrimestre de 1963

FERNANDO GISBERT CALABUIG

Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: A. Principio de legalidad.—B. Principio *non bis in idem*.—II. PARTE GENERAL: 1. Organo jurisdiccional: A. Jurisdicción: a) Delimitación con la jurisdicción militar.—b) Delimitación con la jurisdicción laboral.—B. Competencia: a) Territorial: Regla general.—b) Causas modificativas de los fueros legales: Conexión.—c) Cuestiones de competencia: a') Entre Audiencias de lo Criminal: Organo decisor.—b') Resolución en favor de Juez especial.—2. Partes: A. Teoría general: Conducta procesal de las partes.—B. Actor civil: Perjudicado por el delito.—C. Responsable civil: a) Subsidiario.—b) Interpretación del artículo 106 del C. P.—3. Objeto del proceso: Individualización de la acción.—4. Instrucción preliminar: A. Actos de averiguación y comprobación: Reconstitución del hecho.—B. Actos de dirección: Naturaleza del procesamiento.—5. El proceso penal *stricto sensu*: A. Desarrollo normal: Prueba: a) Inadmisión de medios y oportuna protesta.—b) Documentos.—c) Carga de la prueba.—B. Actos de desarrollo anormal: Crisis procesales: a) Crisis subjetivas: Recusación.—b) Crisis objetivas: a') Conformidad del acusado.—b') Renuncia de derechos.—c) Artículos de previo pronunciamiento: a') Cosa juzgada.—b') Prescripción.—c') Indulto.—d) Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral: a') Número 3.º del artículo 746.—b') Número 6.º del artículo 746.—C. Terminación del proceso: a) Sobreseimiento.—b) Sentencia: a') Motivación.—b') Contenido del fallo.—Impugnación del proceso: A. Recurso de casación: a) Ambito: Resoluciones contra las que procede (art. 847).—b) Casación por infracción de Ley: a') Artículo 849, número 1.º.—b') Artículo 849, número 2.º: Documento auténtico.—c) Casación por quebrantamiento de forma: a') Denegación de diligencias probatorias (art. 850, núm. 1.º).—b') Falta de citación de parte (art. 850, núm. 2.º).—c') Falta de claridad de los hechos probados (art. 851, núm. 1.º).—d') Contradicción entre los hechos probados (art. 851, núm. 1.º).—e') Predeterminación del fallo artículo 850, núm. 1.º).—f') Declaración de falta de prueba (ar-

título 851, núm. 2.º).—*g'*) Resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, núm. 3.º).—*h'*) Punición por un delito más grave (artículo 851, núm. 4.º).—*d*) Legitimación para recurrir: Del responsable civil subsidiario.—*e*) Adhesión al recurso improcedente.—*f*) Prohibición de la *reformatio in peius*.—*g*) Requisitos en la preparación del recurso (art. 855).—*h*) Tramitación separada de dos recursos.—*i*) Respeto a los hechos probados.—*j*) Decisión del recurso.—*k*) Límites de la nueva sentencia (art. 902).—B. Recurso de revisión: Causa 4.ª del art. 954.—III. PARTE ESPECIAL: Procedimiento de urgencia: *a*) Denegación de diligencias probatorias.—*b*) Incomparecencia de testigos.—IV. EJECUCIÓN: Artículo 444 del C. P.

I. INTRODUCCION

A. *Principio de legalidad*.—Según el artículo 23 del C. P., no será castigado ningún delito con pena que no se halle establecida por la Ley, y con arreglo al párrafo primero del artículo 49 del mismo Código, al autor de un delito se le impondrá la pena que para él que hubiera cometido se hallare señalada por la Ley. El artículo 430 del Código citado señala para el delito de abusos deshonestos solamente la pena de prisión menor, por lo que la Audiencia infringió la ley al imponerse al encausado, además de la pena de siete meses de prisión menor, la multa de mil pesetas, como autor de un delito de tal especie (Sentencia 18 febrero 1963).

B. *Principio "non bis in idem"*.—El hecho de que en la misma sentencia se hubiere condenado al hoy recurrente a las penas de dos años de presidio menor y mil pesetas de multa por el delito de falsedad, y a la pena de dos meses de arresto mayor por otro delito de estafa, en nada obsta a que, al ser condenado después como autor de un delito de estafa castigado en el número 3.º del artículo 528 del C. P., se aprecie en contra suya la agravante de reiteración (14 del art. 10), fundada en el anterior castigo por falsedad, y la de reincidencia (15 del mismo artículo), basada en la precedente condena por estafa, ya que la circunstancia de que las condenas anteriores hubieran sido impuestas en un solo fallo o en varios es, a estos efectos, meramente accidental y absolutamente irrelevante. Esta doctrina no choca con el principio *non bis in idem*, pues no se trata de deducir de un solo hecho, en la especie, de una sola condena, dos efectos en orden a la agravación de la responsabilidad criminal por la comisión posterior de otro delito, sino de derivar de sendas condenas los efectos propios de cada una, ni contradice la establecida por este Tribunal en la Sentencia 27 junio 1876, invocada por el recurrente, por cuanto que el supuesto contemplado en esta antigua resolución fué completamente distinto (condena anterior por un delito de homicidio, tomada en cuenta para apreciar la reiteración en cuanto al posterior delito de atentado y para estimar la reincidencia en cuanto al sucesivo delito de lesiones) y la doctrina sentada en la misma fué la opuesta a la pretendida en el recurso, ya que declaró la recta aplicación

hecha al caso por el Tribunal de instancia de las mencionadas circunstancias agravantes. (Sentencia 18 febrero 1963.)

— No hay infracción alguna de los proceptos penales que se citan en los respectivos únicos motivos de ambos recursos, interpuestos a nombre de los procesados, ni duplicidad de incriminaciones que vulneren el principio del *non bis in idem*, por cuanto que el radio de acción penal, procesal y orgánico de las Leyes de 24 noviembre 1938 y 4 mayo 1948, queda concretamente limitado a las acciones y omisiones en ellas tipificadas, no las más o menos conexas, pero de características típicas encuadradas con plena autonomía en el C. P., cual son las de falsedad, cohecho y las de malversación misma, imputadas a los procesados recurrentes en un plano de provisionalidad que es el propio de las calificaciones de instrucción y apertura del plenario, y que en consecuencia no cabe decidir, ni pronunciarse este T. S. en el presente momento procesal, sustrayendo *a priori* del conocimiento del de instancia asuntos que válidamente, siempre en el terreno procesal, le fueren sometidos, aunque en su día al sobrevenir sentencia, haya ocasión de decidir sobre el fondo del problema, cuyo planteamiento no abocaría en la actualidad a otro resultado que el puramente dilatorio, y que no puede prosperar ya que con la actitud de la Sala no se vulnera lo dispuesto en el artículo 7.º del C. P., antes bien, se acata a tenor de su texto y de la reiterada doctrina jurisprudencial (Sentencia 23 febrero 1963).

— Al constar un solo elemento punible en la conducta del procesado que se describe en la declaración de hechos probados, esto es, el de conducir el vehículo bajo el influjo de bebidas alcohólicas, es improcedente deducir de ello dos infracciones distintas, como en la sentencia se hace, con quebranto del principio del *non bis in idem*, a lo que conduce el desdoblamiento que en el primer motivo se denuncia, y que en consecuencia debe ser admitido (Sentencia 4 marzo 1963).

II. PARTE GENERAL

1. ORGANISMO JURISDICCIONAL: A. *Jurisdicción*: a) *Delimitación con la jurisdicción militar*.—La disparidad entre las jurisdicciones contendientes en esta cuestión de competencia sobre la calificación atribuible en el presente momento procesal a los hechos objeto de la causa 28/1961 del Juzgado eventual de la Comandancia Militar de Marina de Santa Cruz de Tenerife, debe solventarse con vista de los antecedentes remitidos por ambas jurisdicciones, no en el sentido de establecer declaraciones de fondo propias de trámite posterior al actual, sino en el de determinar si el delito perseguido como contenido en escrito de 8 marzo 1961, sea calumnia a Autoridad Militar, sea denuncia falsa, ante la jurisdicción militar, es antecedente o incidencia de causa principal, a los fines del art. 24 del Código de Justicia Militar, y en el caso de que se examina debe reputarse incidencia de tramitación seguida ante la Autoridad de Marina, posteriormente objeto de la denuncia en el escrito alu-

dido, que se dirige y presenta al Excmo. Sr. Almirante Jefe de la Base Naval de Canarias, puesto que aquella tramitación seguida para clasificación laboral a bordo del buque remolcador El Guante, se inicia por escrito fecha 20 octubre 1959, suscrito por los marineros, después firmantes de la citada denuncia; y en su virtud, procede resolver esta cuestión de competencia a favor de la Jurisdicción Militar de Marina. (Auto 19 febrero 1963.)

— Aunque es cierto que el recurrente es Capitán de Infantería y por tanto por razón de la persona responsable sería competente la Jurisdicción Militar a tenor de lo dispuesto en el art. 13 del Código de Justicia Militar, como los delitos que el Ministerio Fiscal imputa al procesado son unos de falsedad en documento oficial definido y sancionado en el artículo 303 en relación con el núm. 1.º del 302, ambos del C. P., y otros de estafa del 529 en relación con el 528 núms. 2.º y 3.º y los primeros, o sea, los de falsedad producen desafuero conforme se ordena en el núm. 3.º del art. 16 del ordenamiento castrense citado, y visto que para conocer de dichos delitos es competente la jurisdicción ordinaria, puesto que si bien se acusa al mismo procesado de varios delitos de estafa, admitiendo que unos y otros delitos son conexos, como se afirma en el escrito de interposición del recurso, es incuestionable que conforme a la que expresamente preceptúa el art. 22 del Código Castrense los delitos de falsedad son los principales, por ser más graves que los de estafa, toda vez que los primeros tienen señalada pena de presidio menor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas y los segundos, dada la cuantía, están castigados solamente con presidio menor o arresto, por lo que la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de todos los delitos de que se acusa al procesado es clara y manifiesta. (Sentencia 18 febrero 1963.)

— La coincidencia, discrepancia u oposición entre las cláusulas de un contrato y las manifestaciones hechas en acta notarial por uno de los firmantes con lo sustentado en una demanda civil formulada por terceras personas contra éste y el otro contratante no constituyen base de hecho del delito de falsedad, por estar sometidas unas y otras al juicio del magistrado que ha de resolver la contienda jurídico-privada, sin que compete a la jurisdicción criminal calificar el contrato de referencia ni deducir si del acta notarial aludida se exteriorizan disidencias entre los contratantes, propósito de colocarse frente al querellante que recurre o facilitación a las demandantes de elementos para la demanda que presentaron, porque el fin único del juicio penal es comprobar el delito y averiguar la persona responsable y ninguno de los extremos anteriores y demás aducidos en el motivo primero del recurso son útiles a aquel fin, por lo que procede desestimar el motivo primero del recurso fundado en el número 2.º del art. 849 de la L. E. Crim. (Sentencia 27 abril 1963.)

— No pueden reputarse conexos a efectos de acumulación en un solo procedimiento, ni con arreglo al art. 17 de la L. E. Crim., ni teniendo en cuenta lo establecido en el art. 22 del Código de Justicia Militar, los dos hechos de que viene conociendo la jurisdicción ordinaria, atentado a un agente de la autoridad del art. 237 del C. P. uno, y de insulto a superior

e injurias a clases determinadas del Ejército de los arts. 321 ap. 2.º del Código castrense y 317 otro, con una falta de lesiones inherentes al primero, por lo que se impone la aplicación del art. 300 del ordenamiento procesal penal. Al tener la condición de militar el sujeto activo de la primera infracción, atentado a un Agente de la Autoridad, en el que también ha tenido parte activa una señora que al militar acompañaba, basta esta sola circunstancia, para que con arréglo a lo prevenido en el art. 21 del Código de Justicia Militar y no obstante lo establecido en el núm. 1 del art. 13 del mismo, absorba el fuero la jurisdicción ordinaria, como preferente en este caso. Al no haberse suscitado controversia alguna en cuanto a la competencia de los hechos delictivos de los que por razón de su fuero y naturaleza de los delitos, viene conociendo en procedimiento separado la jurisdicción requirente, huelga toda otra consideración a este respecto. (Auto 29 abril 1963.)

— En la presente competencia negativa entre las jurisdicciones Ordinaria y Castrense, descartados los criterios definidores de un fuero de peculiaridad que surgiese de los párrs. 1.º y 2.º del art. 5.º del Código de Justicia Militar, sólo resta dilucidar si la excepción puede justificarse por razón de la persona responsable, entendiendo el Juzgado de instrucción de Avila, primero en conocer, que no podrá ser otro sino el conductor del vehículo del Ejército de Tierra, por hallar libre de toda culpa el conductor civil, pese a alguna infracción reglamentaria que pudiera achársele por ser ésta desligable de la causalidad del accidente en el que se determinaron los recíprocos daños y estimó aplicables los art. 5.º, párr. 3.º y 23 del mencionado Código de Justicia Militar, mientras que la Autoridad Judicial Militar, por creer pudieran ser culpables presuntos ambos conductores, reputó aplicable el art. 19 del Código Castrense y competente a la Jurisdicción Ordinaria; si en este momento, tanto procesalmente como atendido el estado de la averiguación, abierta a nuevas y complementarias pruebas, resulta prematuro dar por supuesta absoluta e inalterablemente la exculpación de uno de los conductores, el criterio de atribución a la Jurisdicción Ordinaria encuentra una sólida base en los arts. 11 de la L. E. Crim. y párr. 2.º del art. 19 del Código de Justicia Militar, normas definitorias que se afianzan en pertinencia si se tiene en cuenta la calidad de excepcional de la Jurisdicción Castrense, según el art. 269 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y que no aparecen especificadas exclusiones ni por razón de delito, si se tiene en cuenta el párrafo 6.º del art. 16 de dicho Código Castrense en su relación con el 21 del mismo, ni excepciones por lugar, como se ha dicho, ni por declaración de estado de guerra en el territorio. (Auto 30 abril 1963.)

b) *Delimitación con la jurisdicción laboral.*—En la sentencia impugnada no se ha vulnerado precepto alguno penal sustantivo, antes bien, la resolución se ha ajustado estrictamente a lo dispuesto, respecto a indemnizaciones, en el artículo 104 y concordantes del C. P., de prevalente aplicación para las jurisdicciones punitivas, frente a las normas laborales que en apoyo del motivo se alegan por el recurrente. esto es, los artículos 53 y 189 de la Ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo,

cuyo tenor de abonos y subrogaciones en favor de las empresas aseguradoras, no vincula a los Tribunales de lo penal, que cumplen con determinar la cuantía y destino inmediato de las indemnizaciones, en el orden que la norma penal establece, es decir, la que comprende los perjuicios irrogados al agraviado, familiares y tercero; pero respecto a éstos, en inmediata relación con el delito mismo, que ha de valer como "causa" de la obligación, siendo la nacida en el abono realizado por la empresa aseguradora el mismo contrato del seguro, sin que ello sea obstáculo para que la misma, como cualquier otra persona que se considere con mejor derecho a reclamar pagos o débitos de los beneficiarios, lo intenten por vía más adecuada a ello que la criminal, la cual agotó su cometido con la condena, en la que, de otra parte, se pronuncian determinadas indemnizaciones a la empresa aseguradora recurrente, aunque en cuantía que ella estima menor a la debida, olvidando que lo cuantitativo de la materia no es objeto de casación, sin que sea óbice para el proceder de la Sala, en uno u otro sentido, el haber tenido como parte en el proceso a dicha empresa, asunto de índole procesal que no es materia del recurso de fondo como el que se interpone (Sentencia 1 marzo 1963).

— No deben reputarse infringidos los artículos mencionados del Código Penal, por haberseles dado primacía en esta jurisdicción criminal, para resolver cuestiones relacionadas con responsabilidades civiles dimanantes de delito, directas o subsidiarias, y no se los ponga frente a otras disposiciones nacidas en el ámbito del derecho laboral, íntimamente ligadas con relaciones contractuales, de amplia bilateralidad, integradas en recíprocas prestaciones y compensaciones económicas, que en el mismo campo laboral a lo más que se llega es a preparar vías procesales de ejercicio de acciones o a regular expectativas de derecho, salvaguardadas en la sentencia impugnada, sin que pueda arrojar la sombra de una injusticia la alegación de la recurrente de que los sucesores de la víctima, y por muerte de ella, han obtenido doble beneficio, uno, la indemnización por razón de delito, y otro, el percibo de la renta por seguro social, pues siendo distintas las motivaciones de obligar y el título mediato de vinculación, no hay pago doble por análogo concepto ni consta que herederos y beneficiarios del seguro sean las mismas personas, y sin que tampoco pueda decirse que a la Compañía recurrente se le ocasionan más gravosas onerosidades al constituir la renta contractual, haya o no cobro por los beneficiarios, de responsabilidades civiles, sin que, por otra parte, se llegue a mermar las expectativas o acciones que de la legislación de Seguros se deriven para la recurrente (Sentencia 7 marzo 1963).

B. *Competencia*: a) *Territorial: Regla general*.—Es norma primera sobre la competencia de los Juzgados para el conocimiento de la comisión de delitos, la de que corresponde a los Jueces instructores del partido en que el delito se haya cometido, la que atribuye el Juzgado de Tortosa al de Castellón de la Plana, por la manifestación del incul-

pado de haber realizado en la jurisdicción de este último el hecho delictivo de la sustracción de un documento de identidad, cuyo Juzgado la rechaza atribuyendo la naturaleza de conexo al expresado delito con el de una bicicleta en el término de Tortosa, porque se hallaba actuando éste, entablándose cuestión de competencia negativa, para cuya resolución habían de tenerse en cuenta varios supuestos, cual la circunscripción en que se hayan descubierto pruebas materiales del delito, en la que el presunto reo haya sido aprehendido y otros; pero constando ya de modo cierto que la sustracción del documento de identidad tuvo lugar en el partido de Nules, que fué el primero en actuar, ante estas circunstancias ceden aquellos supuestos, y teniendo presente lo que dispone el párrafo último del artículo 15 de la LECrim., procede acogerse a la primera norma antes establecida, siguiendo el dictamen del Ministerio Fiscal, y remitir las diligencias al Juez de Nules, poniendo a su disposición al detenido y efectos ocupados, siendo inoperante atribuir competencia a ninguno de los Juzgados de Tortosa y Castellón de la Plana, por exigirlo así razones de economía procesal y ser facultad de esta Sala designar el Juzgado que en definitiva deba conocer del asunto (Auto 19 febrero 1963).

b) *Causas modificativas de los fueros legales: Conexión.*—En el motivo del recurso, alegado al amparo del artículo 849, número 1.º, de la LECrim., se invoca una relación de medio a fin entre la solicitud con nombre supuesto de un documento de identidad que fué expedido tal como se pedía, el alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores de un comerciante en quiebra con quien se estaba de acuerdo, suponiéndose arbitrariamente que este último delito absorbe el primero, lo cual no es cierto, sino que ambos delitos subsistirían en la forma prevista en el artículo 71 del C. P. si realmente se hubiera dado la indicada relación; pero lo que la sentencia recurrida declara probado en su primer Resultando es literalmente lo siguiente: “Para que los acreedores no sospecharan las maniobras de ambos...”, de modo que la falsedad no fue concebida como medio necesario para la consumación del alzamiento, sino como medio de encubrirle, que es lo que prevé como conexión de delitos, sin perjuicio de su sanción independiente y a los solos efectos procesales de incluirlos en un mismo sumario, el artículo 17, número 4.º, en relación con el 300 de la LECrim., por lo que no habiéndose infringido por indebida aplicación el artículo 309 del C. P., procede la desestimación de dicho primer motivo (Sentencia 13 febrero 1963).

c) *Cuestiones de competencia:* a') *Entre Audiencias de lo Criminal: Organo decisor.*—Como estableció esta Sala en autos de 2 de agosto de 1911 y de 9 de abril último, corresponde a la Audiencia Territorial en pleno resolver las cuestiones de competencia entre Audiencias de lo Criminal del mismo territorio, según el 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 Audiencias Provinciales las Salas de lo Criminal de las Territoriales, conforme al artículo 4.º de la Ley de 5 de agosto de 1893 y al 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; y, en su virtud, no hay términos hábiles de que esta Sala dicte resolución de fondo (Auto 3 enero 1963).

b') *Resolución en favor de Juez especial.*—Nombrado por la Sala de Gobierno de este Tribunal con fecha 2 febrero 1962, el Juez de instrucción de Albacete, en conceto de especial, para conocer de los sumarios incoados con motivo de la introducción y puesta en circulación en el territorio nacional de billetes del Banco de España, falsos, de 1.000 pesetas, emisión 31 diciembre 1951, fabricados al parecer en Francia, comisión ampliada en 19 octubre siguiente, para el conocimiento de los "sumarios derivados" de la indicada clasificación e introducción, es evidente que el hecho de conocerse que en la provincia de Salamanca y según el atestado inicial se habían entregado algunos de los aludidos billetes y que por la provincia de Cáceres, zona fronteriza hispano-portuguesa y pueblo de Villasbuenas del Gata, se introdujeron tres paquetes al parecer de billetes nuevos de 1.000 pesetas, en cantidad cifrada en 750.000 pesetas, que antes se habían introducido en España y desde Francia por la frontera de Irún y por personas que se dedicaban al pase clandestino de portugueses a Francia, instruidas primero diligencias previas con motivo de la elevación del atestado por el Juzgado decano de Madrid al de Instrucción número 9, se inició en comprobación de los delitos a que el citado atestado aludía, con fecha 7 julio 1962, el proceso 242 del mismo año, en el que el instructor y en razón a la especial competencia asignada al de Albacete, se inhibió a favor de éste por auto de 17 agosto siguiente, que rechazó el conocimiento de la causa, como antes rehusara el de las actuaciones previas que le precedieron y teniendo en cuenta que el sumario 242 de 1962 del Juzgado de Instrucción número 9 de esta capital tiende a comprobar una introducción de billetes falsos de 1.000 pesetas efectuada en la provincia de Cáceres y conocida en Madrid, en donde ha sido descubierta y cuya competencia inicial del Juzgado que se ha inhibido, deriva de las normas del artículo 15 de la LECrim., los

datos recogidos en el atestado que encabeza el proceso, demuestran que los billetes falsos de 1.000 pesetas introducidos por la provincia de Cáceres, por las negociaciones a que se dedicaba la persona a quien le han sido vistos, por su cuantía, por su condición de billetes nuevos, por la relación que quiere reconocérsele con los ocupados y expedidos en Salamanca, cuya falsedad, valor de cada uno y fecha de la emisión se han precisado y por la procedencia de los vistos en el pueblo de Cáceres que se deja indicado revelan referirse a la falsificación especialmente perseguida por el Juzgado de Albacete, motivos que obligan a reconocerle como único competente para esta instrucción (Auto 29 enero 1963).

2. PARTES: A. *Teoría general: Conducta procesal de las partes*—El dolo procesal, concebido, preparado y ejecutado por uno de los *litis* consortes frente o contra su cointeresado es hecho impugne, por tratarse de actuación que las leyes de trámites permiten sea contradicha y, en esta pugna, se logre éxito o se sufra vencimiento, y cuando se ha tratado de castigar la amenaza de denuncia como chantaje por el número 3.º del artículo 5.º del Real Decreto-Ley de 21 febrero 1926, las demandas de la opinión pública hicieron que se abandonase esta tendencia, según declara la exposición del C. P. de 8 septiembre 1928 en su número VIII (Sentencia 27 abril 1963).

B. *Actor civil: Perjudicado por el delito*.—Los artículos 19, 101 y 104 del C. P. que hacen responsable civilmente de un delito o falta al que lo es criminalmente, establecen los términos que comprende esa responsabilidad y extienden la indemnización de perjuicios materiales y morales no sólo a los que se hubieran causado al agraviado, sino también los que se hubieran irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero, y por la Sala sentenciadora no se ha cometido tal infracción, sino que han sido aplicados rectamente tales artículos teniendo en cuenta que las facultades del Tribunal en orden a la responsabilidad civil derivada del delito son completas, y que la Compañía aseguradora no ostenta la condición de tercero a efectos de lo que dispone el artículo 104 antes mencionado, pues el quebranto por ella sufrido al tener que consignar un depósito para asegurar una pensión al obrero accidentado, tiene como causa primordial, un contrato de seguro, cuyas cláusulas obligan a la Compañía aseguradora a dicha prestación, con la contrapartida para el asegurado de satisfacer las correspondientes primas, quedando expedita la vía que corresponda para que en la forma procedente puedan las partes contratantes debatir con toda amplitud cuanto convenga a su derecho (Sentencia 7 febrero 1963).

— Es precisamente el artículo 104 del Código punitivo el que establece un orden de preferencia entre los eventuales destinatarios de las indemnizaciones, que la tesis sustentada en favor de las entidades aseguradoras contradeciría imponiendo el cumplimiento de obligaciones nacidas de causas contractuales o bien legales de índole social, extrañas aunque concomitantes con las *ex delicto*, únicas a las que los Tribunales

de lo Criminal han de proveer, a reserva de lo que ulteriormente y en su propia vía pudieran reclamar quienes pretendieren alegar un mejor derecho que en la estrictamente penal es incuestionable no les asiste (Sentencia 5 marzo 1963).

— Como ya tiene declarado esta Sala con reiteración, el desembolso efectuado por la entidad aseguradora a fin de constituir el capital necesario para el pago de la renta debida a los derechohabientes del obrero fallecido en accidente de trabajo, no merece el concepto de perjuicio indemnizable con arreglo al artículo 104 del C. P., texto refundido de 1944, aunque la muerte del trabajador sea el resultado de una acción anti-jurídica tipificada en la ley penal, como también tiene establecido la doctrina jurisprudencial que la cuestión referente al derecho de reintegro regulado en el párrafo primero, proposición 2.^a, del artículo 189 del Reglamento para aplicación del texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo, no es propia de la jurisdicción penal (Sentencia 5 abril 1963).

— Si la responsabilidad civil deriva directa y necesariamente de la declarada existencia de una responsabilidad criminal, por la que resultan perjudicadas determinadas personas, no puede inferirse de lo consignado en el hecho probado que don G. G., socio del responsable como autor del delito de malversación y fiador del mismo, que ha tenido que entregar el importe de su fianza como consecuencia no de este procedimiento criminal, sino en razón de la existencia de una obligación libremente estipulada, sea realmente perjudicado por el delito a efectos de indemnización civil, porque la razón del abono de tal fianza deriva directamente de la existencia de un convenio previo anterior a la comisión del hecho punible por el que había quedado ligado con el recaudador encausado, obligación puramente civil y dimanante de un contrato de esta naturaleza cuya exigibilidad no puede conseguirse indirectamente a través de un proceso penal, cantidad que, según el aludido Resultando, se encuentra pendiente de reclamación judicial ante un Juzgado de Primera Instancia, estando paralizado ese procedimiento debido a la existencia de esta causa y si el perjuicio de fiador ha surgido del convenio que le ligaba con el procesado y que si no se hubiese contraído la obligación no tendría razón de existir, aun cuando el acontecer delictivo haya influido en la efectividad de la fianza, no ha sido el delito directamente el que ha motivado el supuesto perjuicio económico, sino el cumplimiento de un convenio de índole civil, por lo que los motivos del número quinto de los recursos tienen que merecer también favorable acogida (Sentencia 27 abril 1963).

— Como reiteradamente se viene sosteniendo por esta Sala, conforme con lo establecido en el artículo 19 en relación con el 104 del C. P., aun derivando del delito y para el procesado responsabilidad penal y civil, ésta no puede extenderse a más que a los casos señalados taxativamente en el primer párrafo de este último artículo, puesto que se viene dando a dicho párrafo una interpretación extensiva que pugna con el criterio que debe aplicarse en materia penal, porque los que en autos reclaman

una indemnización a título de terceros perjudicados por el delito, lo hacen por el hecho de haber satisfecho cantidades a que por razón de contratos de fianza se encontraban obligados, extinguiéndose así, por el pago, medio de extinción de las obligaciones, sus compromisos contractuales y al acudir reclamando ahora indemnizaciones civiles, no lo reclaman como consecuencia de la existencia de un delito de malversación de caudales, sino en el supuesto de no hallarse obligado a pagar lo que han satisfecho, es decir, por haber efectuado un pago indebido, materia exclusivamente de la jurisdicción civil que al socaire de un procedimiento criminal quire involucrarse en éste para un más fácil y económico resarcimiento, invocando un perjuicio inexistente, porque no puede decirse que sea perjudicado en el sentido de sufrir una merma en su caudal, como consecuencia directa y necesaria de un delito, quien extingue voluntariamente una obligación que sin pensar en delito alguno, ni invocarse la posibilidad de su comisión y sólo por motivos sociales o por lucrarse con las primas de un seguro, había contraído (Sentencia 27 abril 1963).

C. *Responsable civil*: a) *Subsidiario*.—La declaración fáctica de que el procesado realizaba un servicio por orden y cuenta y con el consentimiento de su madre, le colocan en la situación de dependencia que precisa el artículo 22 del Código penal, con relación a su madre, a la que por consiguiente incumbe la responsabilidad en el mismo establecida (Sentencia 2 enero 1963).

— Por imperio de la Ley, son responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente, entre otros, las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, por los delitos o faltas en que hubiesen incurrido sus oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio (art. 22 del C. P.). Lejos de patrocinar un criterio restrictivo en la interpretación de este precepto, la doctrina jurisprudencial ha proclamado: 1.º Que su aplicación supone un nexo o relación preestablecidos entre el responsable criminalmente y el pretendido responsable civil subsidiario. 2.º Que no es absolutamente indispensable que dicha relación tenga carácter jurídico. 3.º Que en la hipótesis de revestir este carácter, no es necesario que ostente determinada naturaleza típica, aunque las propias del contrato del trabajo, del arrendamiento de servicios y del mandato son las que más a menudo aparecen en la práctica. 4.º Que es indiferente que la relación intersubjetiva sea gratuita o retribuida, así como que sea permanente y definitiva o esporádica, transitoria, provisional, ocasional, circunstancial y accidental. 5.º Que tampoco es absolutamente preciso que la actividad realizada por el culpable redundase en beneficio directo del supuesto responsable civil subsidiario. Sin embargo, firme la precedente orientación y guardando con ella perfecta congruencia, también ha establecido este Tribunal que no es lícito ampliar la extensión de la responsabilidad civil subsidiaria a supuestos no comprendidos en la Ley, la cual exige de modo inexorable que el respon-

sable criminalmente, ocupe, en la realización de la prestación obligatoria, o en el desempeño del servicio o de su actividad, una situación de dependencia respecto del pretendido responsable civil subsidiario, o sea, que en la ejecución del acto en cuestión el primero ha de depender, al menos en cierto grado, de la voluntad del segundo, de suerte que no ha de actuar únicamente según su propia experiencia y a su propio arbitrio, sino sometido, potencialmente cuando menos, a la superior dirección y a la posible intervención del último. El arrendatario de un animal o de una máquina, en la especie, de un automóvil de turismo sin conductor, no se halla en situación de dependencia respecto del arrendador en lo que concierne al uso del objeto de la locación, pues como lo demuestra la lectura del art. 1.343 del C. c. y de los que integran el capítulo II del título VI, libro IV del mismo Cuerpo legal, aplicables por analogía al arrendamiento de bienes muebles, su obligación con el arrendador queda circunscrita a usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa según la costumbre de la tierra, pero en el disfrute del automóvil, el locatario, en lugar de estar subordinado a la voluntad directiva del arrendador, puede realizar los actos de goce de un modo autónomo e independiente, obrando a su libre arbitrio y con arreglo a su propia conveniencia y capricho, sin intromisión posible por parte del cedente del uso. En atención a lo expuesto en los dos fundamentos anteriores, no pueden ser aceptados los de la sentencia de instancia que sirven de base a la condena del recurrente, por cuanto que, en primer término, no basta que exista una relación o vínculo entre el delincuente y el supuesto responsable civil subsidiario, ni que entre ellos medie un contrato bilateral productor de obligaciones recíprocas, sino que es menester, como antes se ha visto, que de tal nexo surge una situación de dependencia, en virtud de la cual el responsable criminalmente está sujeto a las órdenes o instrucciones del *dominus*, tanto respecto de la ejecución o inexecución del acto como respecto del tiempo, lugar y forma de su realización; en segundo término, la previsibilidad, por parte del arrendador, de los daños que por un descuidado uso del vehículo puedan causarse, podría servir igualmente de base para afirmar la responsabilidad civil subsidiaria de todos los fabricantes y vendedores de automóviles, y en general, de todos los constructores y enajenantes de máquinas e instrumentos de uso peligroso, solución a todas luces inadmisibles, porque la responsabilidad civil subsidiaria establecida por el artículo 22 del C. P., no se funda en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ni aun siquiera en el principio *cuius commoda eius incommoda*, como moderadamente se pretende por parte de la doctrina, sino que tal responsabilidad es la contrapartida de las atribuciones que en orden a la dirección de la actividad del responsable criminalmente corresponde a las personas, entidades, organismos y empresas dedicadas a cualquier género de industria, sobre los que están subordinados a sus órdenes, en virtud de las cuales están en condiciones de influir de manera eficiente en la conducta de los mismos, y, en tercer lugar, el interés público de proteger

económicamente al perjudicado por el delito, ante la frecuencia cada vez mayor de la figura contractual del alquiler de coches sin chófer, podrá ser satisfecha por el legislador con la modificación del citado precepto del C. P. o por el medio que técnicamente considere más adecuado, pero no por los Tribunales mediante una interpretación arbitraria y desorbitada de la Ley, máxime cuando ningún principio de justicia demanda cargar sobre el patrimonio de un tercero inocente los graves daños que con su temeridad causó un insolvente a los partícipes en sus paseos, comidas y libaciones, los que al ocupar un asiento en el automóvil conducido por el reo lo hicieron conscientes del riesgo que ello podía implicar para su vida e integridad física (Sentencia 14 enero 1963).

— La responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 22 del C. P. no puede ser proyectada de modo fatal y automático a las personas vinculadas por relación patronal con los responsables directos. lo que conduciría a una exigencia de responsabilidad objetiva recusable, por lo menos en lo penal, aun tratándose de consecuencias meramente civiles de la infracción, sino que sobre tal presupuesto de dependencia laboral ha de acreditarse una coordinación del acto delictivo con las obligaciones o servicios encomendados al responsable criminal, sin extenderse a conductas desligadas con ellos, como fué, en la ocasión de autos, la gratuita aceptación de persona ajena como viajero en el camión, llevada a cabo por propia iniciativa de cortesía o generosidad por el procesado, ya fuera de las obligaciones y servicios que le habían sido encomendados por sus patronos, la que rompió en el aspecto que se contempla el vínculo en que se gesta la responsabilidad civil subsidiaria, que al ser impuesta por la Sala sentenciadora vulneró la doctrina legal y jurisprudencial del citado artículo 22 (Sentencia 22 enero 1963).

— En el caso sometido a la censura de la casación, concurren los dos requisitos que la constante doctrina de esta Sala exige para que surja la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el artículo 22 del C. P., toda vez que la relación laboral e indiscutible dependencia existente entre el procesado condenado por el delito de imprudencia temeraria enjuiciado, y el reecurrente, es manifiesta y por nadie ha sido negada, ni siquiera puesta en duda, y por otra parte también está acreditado, y así resulta de las premisas de facto, que el procesado atropelló al interfecto con la caballería que montaba, con motivo u ocasión de dar cumplimiento a una orden o mandato de su patrono, transmitida a través del encargado del cortijo E., propiedad del recurrente, pues la misión o servicio que se le había encomendado al procesado fué la de trasladarse a C., desde el cortijo donde prestaba sus servicios, para vender una caballería, y si cuando regresaba al cortijo montado en una caballería, después de haber realizado la venta, tuvo lugar el atropello del ciclista, no puede estimarse que el mandato o encargo que se le había confiado estaba terminado, porque durante todo el trayecto que había de recorrer hasta reintegrarse a la finca de donde había salido y trabajaba habitualmente, estaba prestando un servicio a su principal, por orden de éste, máxime si la caballería que montaba y con la que causó

el atropello era propiedad de su patrono (no obstante la dubitativa insinuación que sobre este extremo se hace en el escrito de interposición del recurso), según confesó explícitamente el mismo recurrente y declararon, en el sumario que se tiene a la vista, el procesado y el encargado de la finca, y por último, tampoco puede eximir de responsabilidad al patrono el hecho consignado en la declaración de los probados, de que el procesado regresaba al cortijo "después de haber ingerido bebidas alcohólicas", porque aparte de que ni en los Resultandos ni en parte alguna de la sentencia se dice que la causa determinante del atropello fuera la ingestión de tales bebidas, este hecho no puede considerarse con eficacia bastante para llegar a la conclusión, que propugna el recurrente, de que sólo por ello se rompió el nexo o relación laboral que unía al principal con su asalariado, y, por tanto, que la culpa imputable a éste no fué contraída con ocasión de cumplir las obligaciones o servicio que aquél le había encomendado por mediación de la persona que tenía de encargado en su finca (Sentencia 28 febrero 1963).

— La responsabilidad civil subsidiaria que el artículo 22 del C. P. impone a los amos, maestros y empresas por los delitos y faltas en que incurren los criados, discípulos, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio, no se deriva sólo de ninguna relación laboral o estatutaria que pueda existir entre aquéllos y éstos, según tiene declarado esta Sala, sino del hecho mismo de la prestación del servicio, aunque se preste gratuitamente y por personas no elegidas por el beneficiario, siempre que la función sea cometido propio de la persona o entidad de que se trate e incumba a ella la ordenación de la forma de prestarla; de donde se concluye que al ser la inspección sanitaria de alimentos y bebidas servicio obligatorio de todo Municipio según declaración taxativa del artículo 102, letra k), de la Ley de Régimen Local de 1945—texto articulado de 16 de diciembre de 1950—, el Ayuntamiento, como representante legal del Municipio, viene obligado por ministerio del citado artículo 22 del C. P. a responder civilmente y por vía subsidiaria de los daños causados por los veterinarios en la prestación de este servicio, aunque el nombramiento no esté hecho por él, y el titular pertenezca a un Cuerpo reglamentado por el Estado, accidentes que no desvirtúan la naturaleza de la función estrictamente municipal prestada en beneficio del Municipio y ordenada en su ejercicio por éste; y como precisamente del ejercicio de la función se deriva la responsabilidad y no de la elección del funcionario—culpa *in vigilando*—, los dos motivos del recurso del Ayuntamiento de L., por supuesta infracción del precepto sustantivo penal antes mencionado no pueden ser acogidos (Sentencia 5 marzo 1963).

— Al declararse probado que el procesado, actuando como jefe de almacén de una empresa de transportes, llevó un vehículo de la empresa a encerrar en un garaje, como así lo venía haciendo otras veces, y que por una falsa maniobra aprisionó a un obrero del garaje causándole la muerte, la responsabilidad civil subsidiaria de la entidad donde prestaba los servicios declarada por la sentencia recurrida, estuvo ajustada al artícu-

lo 22 del C. P., que al establecer como fuente de esa responsabilidad que el delito o falta se haya cometido en el desempeño de las obligaciones del cargo o servicio, no precisa la existencia de relaciones de tipo laboral, ni que la actuación del culpable sea dentro de la órbita de la función que tenga asignada, sino que abarca cualquier actividad desarrollada en beneficio de otro, siempre que no le estuviere prohibida, porque el que recibe la utilidad de la gestión tiene que responder civilmente de las faltas en que el agente pueda incurrir aun aplicando los preceptos civiles de la gestión de negocios sin mandato que es donde propiamente hay que enmarcar la responsabilidad que aquí se examina; por eso no puede plantearse la cuestión en el terreno de examinar si el servicio le estaba expresamente ordenado o comprendido dentro del cometido que tenía asignado, sino si le estaba expresamente prohibido, porque de no estarlo, el exceso de celo desplegado por el operario para el mejor servicio de los intereses del patrono o emprsas, no puede exonerar a éstos de aquella responsabilidad, y más todavía cuando tal servicio que ahora se dice extraño a su función aparece tácitamente aprobado como ocurre en el presente caso, donde se declara que el traslado de los camiones al garaje lo venía realizando el procesado en diferentes ocasiones anteriores a la de autos, sin decirse que le estuviere prohibido, por lo que en rigor no debe hablarse de exceso de funciones, sino de amplitud de éstas consentidas por la empresa que recibía el beneficio (Sentencia 17 abril 1963).

b) *Interpretación del artículo 106 del C. P.*—Se ampara el presente recurso en el número 1.º del artículo 849 de la LECrim., estimando infringidos los artículos 19, 101 y 103 del C. P., y no comprendiendo cómo siendo los dos procesados igualmente culpables y por esta razón igualmente condenados, la responsabilidad civil es distinta, y a tal efecto hay que tener presente que el artículo 106 del C. P. establece que en el caso de ser dos o más los responsables civil de un delito o falta, los Tribunales señalarán la cuota de que debe responder cada uno; pero esta exigencia legal, según doctrina establecida por esta Sala, sólo tiene aplicación para los casos en que haya que indemnizar a terceras personas perjudicadas por el delito; pero cuando además de terceras personas perjudicadas se han ocasionado daños recíprocos en los vehículos que conducían los procesados y condenados y lesiones a sus propias personas, como los dos son coautores del mismo delito de imprudencia y no terceros perjudicados, cada uno de ellos es responsable de los daños sufridos en el vehículo que conducía y de sus propias lesiones, debiendo soportar el conductor del coche Seat los daños causados en el mismo como dueño de dicho coche, y siendo responsable el otro conductor de vehículo de ajena pertenencia ante la dueña del mismo, con cuya autorización conducía (Sentencia 8 febrero 1963).

— En el caso de concurrencia de culpas de un delito de imprudencia, cometido por dos o más conductores de vehículos, que sufrieron recíprocos daños a consecuencia de la colisión entre ellos habida, cada conductor declarado responsable criminalmente del delito enjuiciado, es res-

ponsable civilmente de los daños causados en el vehículo que conducía, sin perjuicio de que si han existido daños a tercero, los correos están obligados a indemnizar solidariamente a ese tercero de los daños y perjuicios que haya sufrido como consecuencia del delito de imprudencia por el que los procesados han sido condenados, y como en el caso que se somete a la censura de la Casación, el conductor del ómnibus y el conductor del camión han sido condenados por el delito de imprudencia temeraria, a consecuencia de la cual se produjeron daños en ambos vehículos y además en un poste de telégrafos propiedad del Estado, haciendo aplicación de la doctrina expuesta, el procesado L. M. tiene que soportar el daño sufrido en el ómnibus de su propiedad, conducido por él, y el otro procesado, hoy recurrente P. A., conductor del camión de ajena pertenencia, habrá de responder ante su patrono de los daños causados en el camión que conducía, propiedad de dicha empresa, que fueron valorados en 2.619 pesetas, y como este procesado ha sido declarado insolvente, su patrono soportará su propio daño, por no establecerse la solidaridad en este caso, y respecto de los daños que se originaron en el poste de telégrafos, los dos procesados han de indemnizar solidariamente al Estado del importe de dichos daños, que fueron tasados en 100 pesetas, y por la insolvencia del procesado P. habrá de satisfacer la indemnización que corresponda a éste, su patrono a cuyo servicio y por cuenta de quien trabajaba su asalariado cuando ocurrió el accidente (Sentencia 20 febrero 1963).

— La pretensión de que el conductor del otro vehículo y su propietario sean condenados a reparar los daños causados en el camión del recurrente, se opone a la teoría de la existencia de un solo delito, como se sostiene en el tercer motivo del recurso, ya que para ello sería preciso partir de la base de que se cometieron dos delitos imputables cada uno a un procesado, en donde cada cual respondería de los daños causados con su propia infracción; pero cuando no sucede así, y está el resultado de la acción coincidente de varios y ese resultado dañó el patrimonio de los que concurrieron a producirlo, no se puede imputar a uno el daño producido al otro, porque sería eliminarlo a él de la relación causal en cuanto su propia acción contribuyó a la lesión que quiere reparen los demás; ni es posible tampoco sumar los daños para repartirlos entre todos los que concurrieron a producirlos, porque conduciría a que el que sufrió menos pudiera recibir en el reparto una cuota superior a la pérdida experimentada, y la infracción cometida sería para él motivo de lucro, cosa inadmisibles en materia penal; por eso el artículo 106 que se supone infringido por inaplicación, no lo ha sido, porque el señalamiento de cuotas entre los responsables civiles de un delito o falta de que habla el Código, ha de entenderse frente a terceros o extraños a la infracción, y no entre los mismos culpables, que carecen de acción entre sí al estar todos incurso en culpa (Sentencia 2 marzo 1963).

3. OBJETO DEL PROCESO: INDIVIDUALIZACIÓN DE LA ACCIÓN.—Al apreciar la extensión de los daños ocasionados al señor L., y perjuicios a él

referidos, se los tasa en 8.820,65 pesetas, si bien luego en vez de imponer la reparación consecuenta a la valoración admitida, se la rebaja, no por discrecional regulación de una cuantía, facultad indiscutida del Tribunal sentenciador, sino por "haber habido culpa también por parte del perjudicado" el propio señor L., que no fué procesado, y por lo tanto, no pudo ser enjuiciado en vía penal, y como para la operación compensatoria civil que se realiza falta base penal en que apoyarla, y según la doctrina de esta Sala sólo las compensaciones que se originan en conjuntas condenas penales son las que se pueden hacer en esta vía, debe darse paso al recurso (Sentencia 4 abril 1963).

4. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: A. *Actos de averiguación y comprobación: Reconstitución del hecho.*—La prueba directa y esencialmente dinámica de reconstitución del hecho, silenciada por nuestro Derecho positivo antes de ser recibida formalmente por el artículo 19, párrafo 1.º, de la novísima Ley de 24 de diciembre último, sobre uso y circulación de vehículos de motor, se halla consagrada expresamente por ciertas legislaciones extranjeras (algunas de las cuales la inserta bajo la rúbrica de "experimentos judiciales"), por nuestra doctrina científica y por un uso forense inveterado, teniendo entrada en el ordenamiento procesal criminal patrio al amparo del principio de *numerus apertus* que informa nuestro sistema acerca de los medios de prueba; y, con diligencia sumarial, del texto del artículo 331 de la LECrim., que con gran amplitud previene que el Juez Instructor procurará hacer constar la ejecución del delito y sus circunstancias por todos los medios de comprobación a su alcance, supuesta, claro es, su licitud y moralidad, entre cuyos medios de comprobación tiene asilo la representación actual ante el órgano judicial del hecho histórico, en el mismo escenario, con intervención de los mismos actores, a presencia de los mismos espectadores y en idénticas circunstancias en que se afirma o se alega que tuvo lugar (Sentencia 28 enero 1963).

B. *Actos de dirección: Naturaleza del procesamiento.*—La sentencia de instancia no ha condenado por un delito más grave que el que fué objeto de acusación, toda vez que el Ministerio Fiscal, en su escrito de calificación provisional, que en el momento procesal oportuno elevó a definitiva, acusó al procesado como autor de dos delitos: uno, de atentado a un agente de la Autoridad, del artículo 231, número 2.º, del C. P., y otro, de lesiones del 422 del mismo Cuerpo legal, solicitando la pena de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor y 1.000 pesetas de multa por el primer delito, y tres meses de arresto mayor por el segundo, con las accesorias y costas correspondientes, y como la sentencia de la Audiencia estimó que el procesado recurrente era autor de los mencionados dos delitos de que fué acusado por el Ministerio Público y le condenó a un año de prisión menor y 1.000 pesetas de multa por el de atentado y a tres meses de arresto mayor por el de lesiones, es vista la perfecta congruencia que existe entre la acusación y la condena y, por

consiguiente, no había necesidad de que el Tribunal hiciera uso de la facultad que se le concede por el artículo 733 de la LECrim., por no estar en el supuesto que dicho precepto prevé, porque, aunque sea cierto que el Instructor solamente procesará al encartado por el delito de lesiones, no hay que olvidar que el auto de procesamiento no es la acusación a que se refiere el precepto invocado de la Ley de ritos, sino que es simplemente una medida provisional, susceptible de reforma, que dicta el Juez en período sumarial, desde el momento en que aparecen indicios racionales de criminalidad contra determinada persona, y cualquiera que sea la denominación que el Juez dé a la conducta delictiva del sujeto contra el que se dirige el procesamiento, ello no constituye una acusación propiamente dicha, a la que necesariamente tengan que someterse las partes en el proceso y el mismo Tribunal, toda vez que la verdadera acusación no surge hasta que una vez que se ha abierto el plenario, el Ministerio Fiscal, querellantes o acusadores privados, en su caso, en vista de las diligencias practicadas en el sumario, califican provisionalmente por escrito los hechos enjuiciados y proponen las pruebas de que intenten valerse, derecho que la Ley concede, en este trámite, también al procesado, para que pueda alegar y probar lo que a su defensa conduzca, y posteriormente en el momento del juicio oral, después de haberse practicado las pruebas propuestas y admitidas, es cuando las partes personadas hacen las calificaciones definitivas, pudiendo las acusaciones imputar al encartado la comisión de varios delitos, aunque a alguno de ellos no se hubiera hecho alusión en el auto de procesamiento, y a estas acusaciones es a lo que tiene que atenerse el Tribunal *a quo* para condenar o absolver, y es lo que ha hecho la sentencia recurrida al condenar por los dos delitos que fueron objeto de acusación, e incluso imponiendo pena más benigna que la solicitada por el Ministerio Público para el delito de atentado (Sentencia 13 marzo 1963).

5. EL PROCESO PENAL "STRICTO SENSU": A. *Desarrollo normal: Pruebas:* a) *Inadmisión de medios y oportuna protesta.*—La protesta de la representación del procesado en escrito de 2 marzo 1960 contra la inadmisión de las pruebas pericial-médica y pericial-caligráfica que había propuesto en su escrito de calificación provisional y que le fueron rechazadas como impropias del plenario en auto de 22 febrero 1960, notificado el mismo día, no fué ya oportuna, pues aunque la ley no fije el tiempo durante el cual subsiste la oportunidad para tal clase de protestas, no debe exceder, tratándose de pruebas rechazadas antes del juicio oral, del que se concede para recurrir contra los autos de las Audiencias, o sea de cinco días como máximo, y en este mismo sentido, aún más restrictivo y vigoroso, se inspiraron las sentencias de esta Sala de 17 junio 1932 y 3 febrero 1951, por lo que, sin negar la pertinencia de cotejar grupos sanguíneos como posible medio de descartar en procedimiento penal una paternidad en litigio, habiendo transcurrido el indicado plazo para cuando el recurrente formuló su protesta, quedó falto de viabilidad procesal (Sentencia 15 febrero 1963).

b) *Documentos*.—No puede ser desconocido el carácter de documento oficial de las fichas existentes en el Instituto Español de Moneda Extranjera, carácter expresamente declarado en el número 4.º del artículo 596 de la LECiv., dado que su utilización a los fines de la entidad, responde a su funcionamiento para conseguir “la mayor eficiencia atendida la índole de las operaciones que forman su cometido”, según se consigna en el artículo 7.º de los Estatutos aprobados por Decreto 24 noviembre 1939, y si quien maneja esas fichas es funcionario público como queda razonado, toda alteración en ellas por cualquiera de los medios especificados en el artículo 302 del Código Penal implica falsedad en documento oficial (Sentencia 20 febrero 1963).

c) *Carga de la prueba*.—La calificación de actos y contratos hechos por particulares y las narraciones de hechos en actuaciones judiciales por las partes inintervenientes están sometidas a la carga de la prueba de quien las emite y al juicio del magistrado, como se ha dicho anteriormente, por lo que procede desestimar los dos motivos restantes del recurso (Sentencia 27 abril 1963).

B. *Actos de desarrollo anormal: Crisis procesales*: a) *Crisis subjetivas: Recusación*.—Aunque las resoluciones que se dicten en forma de auto no contengan declaración de hechos probados, que es lo que propiamente da contenido al recurso de casación del número 2.º del artículo 849 de la LECrim., no pueden excluirse de este recurso los autos que impongan sanciones y no den a conocer en los Resultandos los antecedentes de la cuestión, porque precisamente sin esos antecedentes de hecho no se puede fundamentar la resolución ni calibrar el alcance y trascendencia de la misma; de donde se concluye que al no dar a conocer el auto impugnando la causa de la recusación, e imponer a su vez al recurrente una sanción pecuniaria por estimar que procedió con temeridad y mala fe, imposibilita enjuiciar la procedencia de esta declaración; y como de los documentos auténticos que figuran en la pieza separada de recusación aparece que el sumario donde se ha formulado ésta dimana de un supuesto delito de desacato cometido en otro escrito de recusación contra varios Magistrados, entre los que se encuentra el que ahora es nuevamente recusado, y estos hechos se silencian en el auto recurrido, el primer motivo del recurso, articulado al amparo del citado número 2.º del artículo 849, debe ser acogido. La estimación del anterior motivo conduce a acoger también el segundo, porque conocidos los antecedentes de la recusación actual y acreditado que ésta tendía a evitar que el Magistrado recusado conociera del desacato cometido contra su autoridad, la conducta del recusante procesado por dicho delito no puede calificarse de temeraria, ni hija de mala fe, pues la distinción entre actividad propia de la función pública del Magistrado, de la que puede desarrollar como particular, no siempre se capta fácilmente y puede dar lugar, que, al observar que la persona que encarna la autoridad desacatada, sujeto pasivo del delito, va a actuar como juez de la infracción, se piense por

esa no distinción entre función y persona representativa, que ésta tiene interés directo en el asunto y no ha de conservar la suficiente ecuanimidad para enjuiciar; por eso, el utilizar el procesado el procedimiento legal de la recusación para evitar que el Magistrado desacatado en su función conozca y enjuicie esta infracción no puede decirse que obre de mala fe ni temerariamente, aunque la recusación no prospere; procediendo en su virtud estimar que se aplicó indebidamente la sanción pecuniaria del art. 70 de la L. E. Crim. (Sentencia 8 febrero 1963.)

— Cuando los Jueces de Instrucción incoan por propia iniciativa sumario por delito o desacato a su Autoridad no son denunciadores ni querellantes, sino que se limitan a cumplir diligentemente el deber de velar por el prestigio de su cargo, abstracción hecha de la repercusión del desacato en su persona, por lo que, no habiéndose infringido por falta de aplicación el art. 54 núm. 5, en relación con los arts. 55 y 102 núm. 3 de la L. E. Crim., procede desestimar el primer motivo del recurso alegado al amparo del art. 849 núm. 1 de dicha Ley. También procede desestimar el segundo motivo amparado en el núm. 2 de dicho art. 849, pues en el auto recurrido no se niega el hecho notorio de afectar el delito de desacato a la doble personalidad del Juez, como tal y como particular, sino la cualidad de denunciador o de querellante en el Juez recusado, en estricta congruencia con la causa alegada, o sea, la 5.^a del art. 54 antes citado y no ninguna otra, ya que la alegación ha de ser expresa y precisa con referencia concreta al número o números de dicho artículo en que se suponga incurso al recusado, según lo exige el art. 57, párrafo último, de dicha Ley. En cuanto a la multa impuesta en uno de los pronunciamientos del auto recurrido queda fuera del ámbito de los recursos de casación, cuando no haya de dictarse segunda sentencia, pues el imponerla o no imponerla depende de la discrecional apreciación de los Tribunales de instancia sobre la conducta procesal del recurrente a tenor de lo dispuesto en el art. 70 de dicha Ley procesal. (Sentencia 23 marzo 1963.)

b) *Crisis objetivas*: a') *Conformidad del acusado*.—Salvo el caso previsto en el art. 902 de la misma, los Tribunales no pueden imponer pena distinta de la correspondiente al delito de que se trate, con las modificaciones que se deriven del concepto de la participación punible y del grado de ejecución, pues tan importante extremo no puede quedar al arbitrio de las partes ni del Tribunal mismo, ni aun en los casos de conformidad, según se deduce del art. 655, párr. 3 de la L. E. Crim. (Sentencia 13 abril 1963.)

b') *Renuncia de hechos*.—El primer motivo de los recursos que se amparan en el núm. 2 del art. 849 de la L. E. Crim. no puede ser acogido, porque ninguno de los dos documentos que se señalaron como auténticos para intentar probar el error de hecho que se atribuye al juzgador de instancia, están en contradicción con los hechos que declara probados la sentencia recurrida, toda vez que el contenido de la comparecencia que hicieron ante el Juzgado el tutor y protutor de los menores que obra

al folio 58 del sumario, está recogido en lo esencial y transcrita casi literalmente en el primer resultando de la resolución impugnada, y ni en esta premisa de facto ni en parte alguna de la sentencia se consignan hechos que nieguen o desvirtúen la realidad de tal comparecencia y la forma en que se produjo, y no es cierto como se afirma en el desarrollo del motivo que se examina, que la renuncia hecha por el tutor y protutor fuera aceptada por la providencia del Juzgado Instructor de fecha 21 enero 1955, obrante al folio 65 de la causa, ni tenida por renunciadas las responsabilidades civiles procedentes del delito perseguido, en primer lugar, por que el Juez no tenía competencia para probar la mencionada renuncia, pues es facultad reservada a la Sala sentenciadora, y en segundo término, el proveído en cuestión se limitó a decir textualmente "Los anteriores poder y certificaciones únanse al sumario de su razón, teniéndose por hecha la renuncia a que se contrae la anterior comparecencia", y por eso cuando el recurrente, que había sido declarado responsable civil subsidiario, presentó escrito, en período de plenario, ante el Tribunal "a quo", solicitando que se declarase extinguida la responsabilidad civil dimanante del delito, y en su consecuencia se dejase sin ningún valor y efecto la declaración de tercero civil responsable subsidiario del compareciente y se ordenase al Juzgado de instrucción que procediera a la cancelación de los embargos practicados sobre sus bienes, la Audiencia proveyó a esta petición, que a su tiempo se acordará lo procedente y ordenó que se entregara la causa al Procurador del responsable civil subsidiario, que se había personado en forma, para que bajo la dirección del Letrado firmante del escrito de personación, calificara los hechos sumariales en nombre de su representado, toda vez que el Ministerio Fiscal, parte Legítima en el proceso, en su escrito de conclusiones provisionales, elevadas después a definitivas, no concedió valor, ni eficacia alguna a la citada renuncia, y por ello solicitó que se condenara al procesado, además de a la pena de cinco años de prisión menor y privación del permiso de conducir por tiempo determinado, a que indemnizase a los herederos de la víctima en 80.000 ptas. y en su defecto que esta indemnización fuera hecha efectiva por el tercero civil responsable José C. C., por lo que es visto que tampoco es verdad que el tema sometido a casación haya sido planteado y resuelto de oficio por el Tribunal sentenciador. El segundo motivo de los recursos en que se alega la infracción por aplicación indebida de los arts. 274, 304 núm. 2.º y 311 del C. c. y por interpretación errónea de los 236 y 312 del mismo Cuerpo legal, también tiene que ser rechazado, porque si el primero de dichos preceptos, al que reenvía el art. 1.810, exige en forma imperativa que la autorización para transigir sobre bienes o derechos de menores de edad sujetos a tutela, sea pedida por escrito en que el tutor exprese todas las condiciones y ventajas de la transacción, como en el caso de autos ni siquiera consta en el acta del Consejo de Familia, cuya certificación está unida al folio 64 del sumario, que tal autorización fuera solicitada por el tutor, y sobre todo es incuestionable que no se cumplió con el requisito previo e indispensable de la presentación de dicho escri-

to, habiéndose tomado el acuerdo por el Consejo de Familia, por propia iniciativa, al parecer, del Presidente del mismo, sin que sus componentes conocieran las bases en que había de llevarse a efecto la transacción que autorizaban, y determinar o fijar al menos la cantidad mínima que debían percibir los menores como indemnización por la muerte de su madre, es a todas luces evidente que no se observaron las prevenciones ordenadas por Ley para salvaguardar o proteger los derechos de los menores y por consiguiente la denuncia que hicieron el tutor y protutor ante el Juzgado instructor, no tiene validez, a tenor de lo que preceptúa el art. 4.º en relación con el 1.810, ambos del C. c., puesto que además de que está hecha en contra de lo dispuesto en la Ley, causa un perjuicio manifiesto a los menores, que tienen el concepto de terceros, y no puede aceptarse el argumento que exponen los recurrentes como fundamento de este motivo, de que no obstante los defectos con que se hizo la autorización al tutor, que son reconocidos explícitamente, la renuncia debe tenerse por válida y eficaz en tanto no se dicte una sentencia declarando la nulidad en el procedimiento civil adecuado, por tratarse de un acto anulable, pero no radicalmente nulo o inexistente; y no se acepta esta teoría, porque si, como es sabido, la responsabilidad civil es consecuencia indeclinable de la penal, cuando se ejercitan acciones civiles nacidas de los delitos públicos, dentro de un procedimiento penal, los Tribunales de este orden tienen competencia y por tanto están obligados a investigar y resolver sobre la validez o invalidez con que se ejercitan o renuncian dichas acciones, haciendo aplicación de los preceptos pertinentes de la Ley sustantiva civil, máxime cuando como en el presente caso ocurre, el Ministerio Fiscal u otra parte legítima en el proceso se opone a que se tuviera por válida la renuncia que se hizo a nombre de los menores por no haberse ajustado a las prescripciones y formalidades exigidas por la Ley en beneficio de los tutelados, por todo lo que la Audiencia de A. aplicó rectamente los preceptos del C. c. de que se ha hecho mérito, y el 304 en su núm. 4.º del mismo ordenamiento civil sustantivo, ya que en la redacción del acta del Consejo de Familia no se fundamentaron los acuerdos, como era obligado, ni se hizo constar la opinión de cada uno de los votantes, limitándose a conceder una autorización "en blanco" al tutor, como dice gráficamente el Tribunal a quo, en su razonado Cdo. 4.º, sin que los componentes del Consejo tuvieran el menor conocimiento de las condiciones en que se iba a efectuar la transacción, y por último, los arts. 236 y 312 del C. c., que se citan también como infringidos por interpretación errónea, no tienen aplicación en el caso de autos porque se refieren a las responsabilidades que puedan haber contraído el protutor y los miembros del Consejo de Familia, por los daños y perjuicios que sobrevengan al sujeto a tutela, por malicia, omisión o negligencia culpable en el cumplimiento de sus respectivos deberes, responsabilidades que si existieran, podrían ser exigidas, a instancia de parte legítima, conforme a la Ley Civil y en el procedimiento adecuado. (Sentencia 12 enero 1963.)

c) *Artículos de previo pronunciamiento:* a') *Cosa juzgada.*—No puede prosperar la tesis sustentada en instancia, y de nuevo en el único motivo del recurso, sobre la alegación de cosa juzgada, porque en el Tribunal de Andorra se juzgaron hechos referentes a la introducción y expedición de billetes en dicha República, incluso ocupados en su territorio, y que por lo tanto se trataría de delito independiente de los que en España se enjuiciaron, aunque las personas fueren las mismas, y la concordancia que en el motivo del recurso se hace entre las dos sentencias, la andorrana y la española, no hace más que acreditar un paralelismo de mera similitud, que no acredita la identidad requerible en la excepción de cosa juzgada, que sólo se evidenciaría al precisarse la numeración de los billetes falsos objeto de ambas incriminaciones, identidad que no puede ser suplida por suposiciones más o menos verosímiles que son insuficientes para destruir la verdad formal sentada en el juicio de instancia, ocasión más propicia que la presente para practicar y agotar los elementos de prueba en que la excepción pudo prosperar, eso sin contar con que el tema de dicha excepción no es ciertamente adecuado a la clase de recurso elegido, el de fondo al amparo del núm. 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por infringir, caso de acreditarse, preceptos procesales más bien que sustantivos. (Sentencia 27 enero 1963.)

b') *Prescripción.* — Se invoca la prescripción del delito, por haber transcurrido los cinco años que para los sancionados con penas que no excedan de seis años, establece el art. 113 del C. p.; y aunque sobre la prescripción de delitos castigados con doble penalidad— privación de libertad y pérdida de derechos— no han sido uniformes las decisiones de esta Sala —en 4 octubre 1934 y 1 junio 1946, se estimó la prescripción de cinco años y en las de 4 febrero y 7 abril 1960, las de diez— lo que pone de manifiesto la posibilidad de distinta interpretación de los textos legales, cómo esta interpretación debe hacerse en materia penal con criterio favorable para el reo, “favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda”, acogido en el art. 24 del C. p., con tanto rigor que sacrifica el principio de la santidad de cosa juzgada, debe prosperar el motivo que se examina al estar cimentada su doctrina en acertadas razones jurídicas, pues si bien es cierto que el art. 113 dice que prescriben a los diez años los delitos que tengan señalada “una pena que exceda de seis años” sin especificar la naturaleza de la pena, y por tanto literalmente puede incluirse en ese apartado la inhabilitación especial que dura de seis años y un día a doce años, no puede olvidarse que el artículo viene refiriéndose a penas privativas de libertad sin mencionar las privativas de derechos, al punto que al hablar de la prescripción de quince años, sólo cita los delitos castigados con reclusión menor y omite los sancionados con extrañamiento que tiene igual duración; y al final, cuando cierra los períodos de prescripción de los delitos incluye en la de cinco años los que tengan señalada “cualquiera otra pena”, en cuyo precepto por exclusión de los anteriores apartados deben incluirse las privativas de derechos, sea cual fuere su duración, no sólo por ser más benignas cuali-

tativamente que las privativas de libertad, al punto que éstas siempre llevan como accesorias alguna de aquéllas, sin que jamás ocurra lo contrario, sino porque en la escala general de penas del artículo 27 y en la del 70, donde se insertan por orden de gravedad de mayor a menor, las privativas de derechos están colocadas después de las otras, anteponiendo el mismo arresto mayor que no puede exceder de seis meses al extrañamiento, que dura de doce años y un día a veinte, y al confinamiento, que también es superior a los seis años; evidenciándose con ello que al hacer el mismo Código la graduación de gravedad de las medidas represivas y señalar los plazos prescriptivos de los delitos en función de las penas que tienen asignadas, es contrario a esa sistemática exigir mayor plazo de prescripción a delitos castigados con penas que el mismo Código las sitúa en inferior rango punitivo que las señaladas a otras que prescriben en plazos más breves; y así al contemplarse en este recurso delitos de fraude—únicos que han sido objeto de acusación y por los que han sido condenados los recurrentes— sancionados con presidio menor, aparte de la inhabilitación, cometidos, según la declaración de hechos probados que aquí no se puede alterar, entre el 10 diciembre 1953 y 3 febrero 1955, tales delitos hay que estimarlos prescritos con arreglo al citado artículo 113 del C. P., porque desde la última fecha antes citada, el 1.º abril 1961 en que aparece la primera actuación de la Policía para la persecución de esos delitos, han transcurrido los cinco años señalados para su prescripción en el mencionado texto legal (Sentencia 25 marzo 1963).

c') *Indulto*.—Invocada por el recurrente la infracción del artículo 4.º del Decreto de Indulto de 31 octubre 1958, norma de muy dudoso carácter sustantivo, es de observar que dicho precepto no tiene fuerza imperativa, sino meramente potestativa, presuponiendo el desistimiento de la acción de parte del Ministerio Fiscal, como base para que la Sala sentenciadora pudiese acordar el sobreseimiento, siempre con carácter condicional y a reserva de la posterior conducta del procesado; pero habida cuenta que en el presente caso, como la acusación pública no desistió de su acción oportunamente ni cabría que lo hiciese ni la satisfacción de las responsabilidades civiles, exigencia previa para tal desistimiento, se hubiese acreditado después de elevadas a definitivas las conclusiones provisionales, lo que no está precisado en el hecho probado en el que tan sólo se hace constar que el perjudicado por habersele abonado por el procesado la procedente indemnización ha renunciado a ella en el acto del juicio oral, sin concretarse en qué momento del mismo, es visto que no existe base para la estimación del motivo, máxime al no caber contra los acuerdos de un Tribunal que tiene facultades en este caso para obrar discrecionalmente, recurso de casación (Sentencia 11 marzo 1963).

d) *Crisis de la actividad: Suspensión del juicio oral*: a') *Número 3.º del artículo 746*.—Si bien es cierto que no compareció un tes-

tigo de la defensa (había propuesto 21), y cuya prueba se declaró pertinente, es facultad del Tribunal, con arreglo al número 3.º del artículo 746, suspender o no la vista, debiendo tener en cuenta que, aun siendo revisable en casación tal facultad, para ello es preciso que conste claramente la importancia de las preguntas, y el recurrente en el acta del juicio oral, si bien hizo constar su protesta, no informó sobre las preguntas que pensaba dirigirle, lo que imposibilita a esta Sala de conocer la trascendencia de la declaración (Sentencia 21 febrero 1963).

— Si bien es cierto que el artículo 746 en su número 3.º sólo autoriza la suspensión cuando el Tribunal considera necesaria la declaración de los testigos, y como esta apreciación es realizable en casación, es conveniente que se conozcan los extremos sobre que iban a ser preguntados para poder determinar si su incomparecencia producía indefensión, y aunque cierto es que en el momento de denegarse la prueba, no se hizo constar, al mismo tiempo que la protesta, los extremos que se pretendían aclarar, que los seis testigos incomparecidos fueran empleados de la fábrica donde se cometieron los hechos, les concede una relevancia que pudiera ser importante para su calificación jurídica (Sentencia 16 marzo 1963).

— El número 3.º del artículo 746 faculta al Tribunal para acceder o no a la suspensión, según considere o no necesaria la comparecencia del testigo y aun cuando se ha sostenido la necesaria exigencia de que conste en acta el motivo de que tal petición no sea acordada, el silencio que sobre el fundamento del acuerdo se guarda en tal acta, no puede ser motivo para que prospere el recurso, habida cuenta de que al descansar el hecho probado, no en declaraciones testificales, sino en prueba documental por haberse faltado a la verdad en un documento al que es ajeno en su intervención el testigo incomparecido, ya que tal silencio al negar la suspensión, equivale niequívocamente a que no se estimaba precisa la comparecencia ante la declaración del testigo en el período sumarial, que desconocía en absoluto todo lo referente a su aseguramiento por su empresario (Sentencia 21 marzo 1963).

b') *Número 6.º del artículo 746.*—El párrafo sexto del artículo 746 condiciona la suspensión del juicio oral, para dar lugar a la práctica de una pedida instrucción suplementaria, a que se den revelaciones o retractaciones de un lado inesperadas, de otro afectantes a cuestiones sustanciales y de los datos que esta Sala tiene presentes, sumario y rollo, lo sustancial, que es la tenencia del arma, no se afecta, en la esencia misma de su significación penal por accidentales circunstancias de darse en casa alquilada o en precario, si ella es el actual domicilio; lo inesperado, también enfocado hacia la tenencia del arma, no puede ser la negativa, fundada en pertenecer el revólver a un fallecido tío del procesado, titular que fuese de la morada, pues esto se vino alegando desde el comienzo del sumario, con lo que resulta que el Tribunal *a quo* al denegar una impertinente diligencia probatoria no incidió en la causa

determinante de quebrantamiento formal del párrafo primero del artículo 850 de la LECrim. (Sentencia 10 abril 1963).

— Si lo que interesó el procesado recurrente en su escrito que lleva fecha 14 noviembre 1960, presentado en la Secretaría de la Audiencia el día 16 del mismo mes, fué que al amparo del apartado 6.º del artículo 746 de la Ley procesal, se suspendiera el juicio oral señalado para el día 23, con el objeto de practicar una información complementaria, consistente en que depusieran algunos testigos, no propuestos en el escrito de calificación provisional, sobre determinados hechos que se dice acaecieron con anterioridad a la incoación del sumario, aparte de que no se trataba de revelaciones o retractaciones inesperadas, y por ello estuvo bien denegada la suspensión del juicio, máxime cuando la prueba solicitada se había propuesto extemporáneamente, pudiendo haberlo hecho en el momento procesal oportuno, es que además hay que tener presente que siendo facultad discrecional del Tribunal *a quo* acordar o no la suspensión del juicio oral, en el caso contemplado, el uso que de esta potestad haga la Audiencia no puede ser motivo de casación; por otra parte, si bien es verdad que la notificación de la providencia 17 noviembre 1960, en la que se resolvió no haber lugar a lo solicitado por la representación del procesado, y que se estuviese a lo acordado en cuanto a la celebración del juicio, no está firmada por el Procurador del recurrente, este defecto quedó subsanado, ya que debió tener conocimiento la parte del acuerdo denegando la suspensión, puesto que compareció en el acto del juicio oral, y en el curso del mismo, según resulta del acta que se tiene a la vista, no reprodujo, como podía haber hecho su petición anterior, ni consiguió la indispensable protesta, para que a tenor de lo preceptuado en el párr. 3.º del art. 855 del ordenamiento procesal vigente pudiera utilizar el recurso por quebrantamiento de forma que autoriza el art. 850. (Sentencia 19 febrero 1963.)

C. *Terminación del proceso*: a) *Sobreseimiento*.—No puede prosperar la tesis sustentada en el primer motivo que combate por supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba en una especie de recurso amparado en el núm. 1.º art. 849 de la L. E. Crim., pero aparte de esta incorrección, que puede atribuirse a un descuido mecanográfico, los documentos que se aportan, lejos de acreditar un error concreto, pretenden suplir el fallo condenatorio por una sedicente ausencia de elementos probatorios, sobre la base de haberse sobreseído con anterioridad la causa, y no haberse aportado nueva prueba en el plenario que desvirtuase lo ya actuado, lo que no puede prosperar ya que ello equivaldría a reintroducir en el proceso penal el principio de la prueba tasada, y a desconocer el papel decisivo que en el juicio oral desempeña el valor eminentemente subjetivo, y de conciencia del conjunto de lo actuado, no vinculando al Tribunal juzgador decisiones procesales anteriores, que como la del sobreseimiento provisional, llevan consigo, como su nombre lo indica, la posibilidad de revocación o reforma en trámite ulterior de superior jerarquía procesal. (Sentencia 25 marzo 1963.)

b) *Sentencia*: a') *Motivación*.—Las normas veladoras por la claridad y terminante concreción del hecho probado de las resoluciones judiciales, contenidas en el art. 142 de la L. E. Crim. encuentran su correspondencia en la instauración del recurso por quebrantamiento de forma, que el recurrente ejercita y establece el primer inciso del párr. 1.º del artículo 851 de la Ley mencionada, valorable cuando la oscuridad y la indeterminación empañan lo esencial mismo de la relación fáctica: en el caso de autos, al juzgarse sobre acusaciones de falsedad, y aludirse no a una improbanza, sino a realidades acogidas en el mismo hecho probado se dice, a este respecto, que existe "alguna firma que algún interesado ha entendido no era suya" y se precisa que en esas alteraciones no hubo ánimo de lucro, ni de perjudicar a tercero: a continuación, ya personalizado el procesado B, se consigna que "en alguna ocasión" firmó con los nombres de su cuñado M., en beneficio de éste, y sin intención maliciosa, quedando, pues, uno y otro período de la relación fáctica, o sin determinación de sujetos o falta de relato de precisiones sobre documentos firmados por otros, veces de ocurrencia, calidad de tales documentos, en una palabra, oscuro e inconcreto lo esencial, sin que lo aclaren calificaciones de lo accesorio, que por serlo, ha de sufrir las consecuencias de indeterminación y oscuridad de lo principal, por todo lo cual es vista la procedencia del recurso, para dar lugar a que el Tribunal a quo con libertades de criterios apreciatorios de prueba, sí, pero con atemperamiento a las referidas normas del art. 142 de la Ley dicte nueva resolución en la que se obvien las oscuridades e inconcreciones reseñadas, y al admitirse este motivo primero se hace innecesario el resolver el segundo, también por quebrantamiento de forma y no se puede entrar en el segundo y tercero por infracción de Ley. (Sentencia 29 abril 1963.)

— El párrafo 1.º del invocado art. 851 de la L. E. Crim. en su relación con el párrafo 2.º del art. 172 de la misma lo que exigen con ponderación tan significativa que determina hasta una unidad de la sentencia proferida, es que consten clara y terminantemente "los hechos que estuvieran enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo" y es que la conclusión a que se destina el antecedente o premisa fáctica en el complejo procesal de que forma parte, no es un relato primordialmente histórico, sino un juicio legal; por ello puede haber en el debate, y su adecuada prueba, una actuación encaminada a esclarecer un hecho y éste, por no ser de interés finalista, eludido de mención en el momento de sentenciar; aplicadas estas consideraciones al caso de autos, si se acotó que en la hora del suceso había luz solar "suficiente para ver con claridad" desde el enfoque teleológico de preparar el fallo adecuado, no hacía falta recoger que el automóvil estacionado tuviese o no, encendidas las luces de posición, pues ellas se han de utilizar cuando el estacionamiento sea en la noche, o con luz insuficiente, y pueden ser suplidas por reflectantes, según los arts. 54, 144 a) cuarto, y 149 a) del Código de Circulación, según estaban redactados en la fecha del accidente, y con esto queda resaltada la improcedencia del motivo, ya que los extremos que el recurrente acusa como omitidos no afectarían a cuestio-

nes de ineludible resolución, como tampoco era precisa la constancia de que próximo al lugar del suceso hubiere un aparcamiento practicable, pues si el procesado se estacionó con luz y casi fuera de la carretera no hacía falta, para llegar a un fallo procedente, ninguna otra constancia superflua. (Sentencia 7 febrero 1962.)

— El Tribunal Provincial no tiene obligación de incluir en el relato de hechos probados otros datos procesales que los que sirvan a los fines de la resolución como anteriores, coetáneos o esenciales a la calificación del delito perseguido, y de los posteriores por ser actuación procesal y constar en autos, tiene libertad para consignarlos o no, si bien debe estimarlos a los efectos de sus consecuencias jurídicas, como ha verificado en la sentencia recurrida al omitir condena a indemnizaciones y perjuicios, por haber sido abonados por el recurrente. (Sentencia 23 enero 1963.)

— El precepto del núm. 2.º del art. 142 de la L. E. Crim. de consignar en los Resultandos de la sentencia los hechos que están relacionados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, haciendo declaración expresa y terminante de los que se estimasen probados, no se cumple cuando en la relación circunstanciada se consignan esos hechos en forma dubitativa, ya que ello equivale a dejar sin resolver la cuestión propuesta o a hacer un pronunciamiento sobre base incierta, cosa inadmisibles en materia penal, en que tanto la condena como la absolución deben descansar en hechos ciertos o declarados como tales en la premisa del fallo contenida en el Resultando o Resultandos adecuados; de donde se concluye que, al ser materia única propuesta por las acusaciones el hecho de haber presentado en juicio el procesado un documento que previamente había cortado en su parte inferior haciendo desaparecer parte esencial de su contenido, sobre tal hecho, tenía el Tribunal que hacer la declaración que estimase en conciencia de acuerdo con las pruebas practicadas, según previene el art. 741 de la citada Ley, y no dejar la cuestión en forma dubitativa diciendo que pudiera ser que existiesen más palabras en el documento, y que para esgrimir las también pudiera ser que se hubiese cortado el papel; porque precisamente es en el hecho, cierto o incierto, sobre el que tiene que recaer el fallo y no sobre una nebulosa; y al no contener la sentencia esa declaración terminante que exige la Ley ha incidido en los defectos de forma acusados al amparo de los núms. 1 y 2 del art. 851 de la citada Ley ritual. (Sentencia 12 marzo 1963.)

— Lo que tiene que resolver el Tribunal a quo son las cuestiones de derecho planteadas, no las omisiones que se observen por los recurrentes en el relato de los hechos como aquí se apunta, o sea la circunstancia de haber entrado la motocicleta en la carretera general por la derecha de la dirección llevada por el conductor del camión, omisión cuya aclaración debió ser pedida oportunamente en el correspondiente recurso amparado en el art. 161 del ordenamiento procesal criminal, nunca en el de casación por forma, puesto que es atribución exclusiva de las Salas según su leal criterio la confección del resultando básico en orden a los

elementos de prueba que le merezcan pleno crédito. (Sentencia 26 febrero 1963.)

— Si bien es cierto que en los resultando de la sentencia de instancia, según aparece en la certificación unida al rollo de la Sala de la Audiencia y en la que se remitió a este Tribunal, se consigna, por error material sin duda, “que la representación de los procesados en sus conclusiones también definitivas calificó los hechos de alzamiento de bienes del comerciante del 519 y complicidad del 522, estimando responsables de los mismos a los procesados, instando la pena de cuatro años y dos meses de presidio menor para Francisco y de tres meses de arresto mayor para Isabel, e indemnización al querellante en 16.243 pesetas a satisfacer solidaria y mancomunadamente por ambos procesados”, siendo la realidad, según el rollo de la Audiencia que se tiene a la vista, que esta calificación es la que hizo la acusación particular, habiéndose omitido hacer constar en el correspondiente Resultando, como ordena la regla 3.^a del artículo 142 de la Ley de ritos, que la representación de los procesados en sus conclusiones provisionales, que elevaron a definitivas, estimó que los hechos cometidos por sus defendidos no eran constitutivos de delito alguno y por ello solicitaron la absolución con toda clase de pronunciamientos favorables, este evidente defecto procesal que se observa en la redacción de la sentencia recurrida, no es causa bastante para que pueda estimar que constituye el motivo de quebrantamiento de forma que se alega, por no estar comprendido en el precepto invocado, porque si la sentencia de instancia ha condenado a los procesados por el delito que les imputaron el Ministerio Fiscal y la acusación privada, resolvió todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa, pues al dictar un fallo condenatorio, implícitamente desestimó la tesis de la defensa que se limitó a postular la absolución de sus patrocinados. (Sentencia 4 abril 1963).

b') *Contenido del fallo.*—Siendo la responsabilidad civil consecuencia indeclinable de la penal, al dictarse sentencia absolutoria por estimar que los hechos cometidos por el procesado no son constitutivos de delito, no hay posibilidad de hacer pronunciamiento en esta jurisdicción sobre responsabilidades civiles del procesado absuelto, ni de tercera persona en concepto de responsable civil subsidiario (Sentencia 19 enero 1963).

— No obstante figurar como parte acusadora en el proceso la entidad recurrente, ni en el Resultando básico, ni en el Considerando que en su caso pudiera servirle de complemento, como es el quinto de la sentencia, ni en la parte dispositiva de ésta, se hace otra declaración expresa y terminante en cuanto a la responsabilidad civil en la que el recurso se apoya, que quien recurre no ha justificado sus asertos debidamente, y que ha de atenerse a las obligaciones que a la entidad incumben en casos de accidente, que son ajenas a las que se derivan de la penalidad sobrevenida, y como el recurso aparece orientado a la reclamación de derechos, que en modo alguno surgen, ni del Resultando fun-

damental ni del Considerando antes aludido, que ni son reconocidos ni aparecen negados en el fallo, cuando un recurso de aclaración de la sentencia oportunamente formulado, pudiera haber recogido en forma la petición de la acusación particular, respecto a la reclamada y no concedida indemnización civil, suministrándose así los elementos de hecho y de derecho para la viabilidad en su caso, de la casación, defectos de que la sentencia adolece, es visto que por falta de base en qué apoyar la denunciada infracción de normas jurídicas sustantivas, se impone la desestimación del recurso, sin perjuicio del ejercicio de las acciones civiles pertinentes (Sentencia 26 enero 1963).

— En el sumario y como acusadores comparecieron debidamente José M. y Albert y Nelly J.: que formularon escritos de calificación provisional y que citados para el juicio oral no comparecieron, sin expresar ninguna renuncia, notificándose la sentencia al común Procurador, el cual, a nombre de todos ellos, preparó recurso de casación, siquiera sólo lo interpusiera M.: en estas condiciones la sentencia absolutoria, que necesariamente desestima las conjuntas peticiones de partes en orden a la penalidad y civiles responsabilidades, es patente que resolvió todas las cuestiones sometidas a juicio del Tribunal sentenciador, valor resolutorio total que tantas veces ha subrayado la doctrina de esta Sala para esta especie de sentencias, y si ello es así, la omisión en el encabezamiento y Resultandos de la sentencia recurrida de la designación de partes acusadoras particulares y sus peticiones, será, sin duda, una corruptela procesal, más no un defecto formal que implique nulidad según los términos del párrafo tercero del artículo 851 (Sentencia 7 febrero 1963).

— Inexistentes las responsabilidades penales y civiles del procesado, la civil subsidiaria carece de posibilidad de determinación (Sentencia 27 febrero 1963).

*Impugnación del proceso: A. Recurso de casación: a) Ambito: Resoluciones contra las que procede (art. 847).—*Es precepto terminante del artículo 847 de la LECrim. que el recurso de casación sólo procede contra las sentencias dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia; y aunque por excepción admite en el artículo siguiente el de infracción de Ley contra los autos definitivos, se refiere a los casos en que ésta expresamente lo autorice; requisitos que no se dan en el recurso interpuesto porque no hay precepto alguno que prevea esté trámite en los autos sobre aplicación del Decreto de indulto, función propia del Tribunal sentenciador, y que además, en el presente caso, el recurso se utiliza contra auto resolutorio de un recurso de súplica, o sea después de estar agotada la actividad procesal del recurrente (Auto 4 abril 1963).

b) *Casación por infracción de Ley: a) Artículo 849, número 1.º.—*El invocado defecto de no expresar con precisión y claridad las circunstancias específicas que sirven de base a la condena, es un vicio formal que no puede ser censurado en casación al amparo del número 1.º del artículo 849 (Sentencia 4 enero 1963).

— Respecto al recurso de casación por infracción de Ley, no se basa en el hecho probado, sino en el resultado que pudiera obtenerse una vez practicada la información suplementaria interesada, por lo que, no respetándose el hecho probado, se ha incidido en la falta del número 3.º del artículo 884 de la Ley procesal, que obliga a la inadmisión del recurso aludido (Auto 10 enero 1963).

— Establece el artículo 849 de la LECrim. que se entenderá que ha sido infringida la Ley para el efecto de que pueda interponerse el recurso de casación, cuando, dados los hechos que se declaran probados, se hubiere infringido un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en la aplicación de la Ley penal, y como no reúnen tal condición ni el artículo 53 de la Ley de Accidentes de Trabajo de 22 junio 1956 ni el correlativo artículo 189 del Reglamento de dicha Ley, que establecen normas procesales y reconocimiento de derecho y no son preceptos penales de carácter sustantivo (Auto 18 enero 1963).

— El artículo 1.903 del Código civil no es precepto penal de carácter sustantivo (Sentencia 2 marzo 1963).

— Según el párrafo primero del artículo 849 de la LECrim., no puede invocarse en esta clase de recursos más que la vulneración de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma legal del mismo carácter, y las regulaciones del Reglamento de Accidentes de Trabajo, por rango y contenido, están fuera de tan concretas disposiciones (Sentencia 7 marzo 1963).

— Al no ser norma sustantiva el artículo 4.º del condenamiento procesal criminal, que se cita como infringido en el motivo primero sobre cuya pretensión no es dable recurrir en casación, debe inadmitirse tal motivo teniendo en cuenta el citado número 4.º del artículo 884 en relación con el número 1.º del 849 de la citada Ley procesal (Auto 7 marzo 1963).

— Según el invocado párrafo primero del artículo 849 de la LECrim., no pueden basarse estos recursos en infracciones de preceptos que no sean legales y de índole penal y las disposiciones del Reglamento de Accidentes de Trabajo, por rango y contenido, están fuera de tan concreta delimitación: también se ha de recordar la reiterada doctrina de esta Sala, últimamente mantenida, según la cual no debe estimarse infringido el artículo 104 del C. P. por haberse dado primacía en esta jurisdicción penal a preceptos penales para resolver cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil dimanante de delito y no se los ponga a otras normas jurídicas nacidas en el ámbito del derecho laboral, íntimamente ligadas con relaciones de índole contractual, con múltiples y compensadas prestaciones bilaterales y compensaciones económicas que en el mismo campo de lo laboral a lo que más llegan es a preparar vías procesales para el ejercicio de acciones o a regular expectativas de derecho, en manera alguna obstaculizadas en su ejercicio o prejuzgadas en su éxito, por lo que no ha lugar a estimar infringido

el invocado artículo 104 del C. P. ni por tanto del recurso (Sentencia 2 abril 1963).

— No es posible pedir la casación de una sentencia en lo criminal por supuestas infracciones de preceptos que no sean penal sustantivo o norma jurídica del mismo carácter según ordena el artículo en que funda el recurso, y en cuanto a los artículos de la Ley y Reglamento de Accidentes de Trabajo no pueden correr mejor suerte, pues tanto el capital constituido por la aseguradora para garantía de la pensión como los gastos médico-farmacéuticos y abono de indemnizaciones por falta de condiciones para trabajar, nacen de un contrato de seguro, tienen por consecuencia el mismo origen y no debe ni puede haber un régimen distinto para su percepción, sin negar el derecho que pudiera corresponder al recurrente por la vía civil, no es posible que los Tribunales de lo penal en sus fallos, por no ser materia de su jurisdicción, hagan operaciones de abono o subrogaciones, pues, además, no hay una relación directa entre el delito y el cumplimiento de un contrato (Sentencia 16 abril 1963).

b') *Artículo 849, número 2.º: Documento auténtico.*— Admitidos como auténticos documentos la diligencia de inspección ocular y un documento privado obrante en el sumario reconocido por las dos partes que lo han suscrito y en el que figura como fecha la de 8 octubre 1959, sin que en tal documento conste que haya sido presentado en ninguna oficina pública a efectos de autenticar en forma su fecha exacta, no puede sostenerse en cuanto al primer documento que haya habido error de hecho por parte de la Sala sentenciadora al valorar su contenido, puesto que en esencia se recogen en el correspondiente Resultando los datos aportados a la diligencia de inspección, respecto a la anterior construcción del tabicón, a su altura, a la dada al que se estaba construyendo, consistencia de los morteros y condiciones de los ladrillos que sobre la parte contigua de la edificación se asentaban, sin que las omisiones de algunos datos que el aludido Resultando deja de mencionar, afecten al hecho descrito ostentando una relevancia que llegue a desfigurarlo, no respondiendo a la realidad de la narración. por lo que no procede su apreciación a efectos del recurso; y en cuanto al documento privado cuya fecha se indicó, se refiere a justificar la cesión hecha por el procesado recurrente contratista de la obra a otra persona, para realizar por destajo las labores correspondientes a parte de la edificación contratada, limitada al resto de la nave, percibiendo el cesionario destajista una cantidad por la construcción, trabajos, jornales y seguros sociales de los obreros, sujeto todo a la práctica de una liquidación final cuando el propietario de la edificación y el facultativo director de las obras den su beneplácito con su visto bueno a lo realizado, y como por la Sala sentenciadora se haya omitido con evidente error de hecho en la redacción del Resultando *de facto* lo que del documento auténtico aparece, procede se adicione al mencionado apartado el particular que dice que, "por documento privado que lleva la fecha de 8 octubre 1959,

el procesado destajó y cedió la continuación de la construcción de la nave industrial cuya edificación había convenido con el señor P. en las mismas condiciones estipuladas, a excepción de la cubierta y en lo que faltaba por construir, percibiendo por la construcción, trabajos, jornales y seguros sociales una determinada cantidad a reserva de una liquidación final al darse el visto bueno a las obras realizadas", lo que complementará el referido Resultando, debiendo en consecuencia ser estimada esta parte del motivo del recurso (Sentencia 14 enero 1963).

— Los documentos auténticos obrantes en el sumario y consistentes en un acta de inspección ocular y un croquis complementario revelan la realidad del hecho omitido en la sentencia y alegado como exculpatorio por parte del recurrente, o sea, que la calle por donde salía el camión a otra de más tránsito tiene en su desembocadura y a su extremo derecho una visible señal, la palabra *stop* indicadora de la obligación de detener los vehículos, la cual no imponía, como es natural, una detención indefinida, pero sí lo suficientemente prolongada para que el cruce se hiciese cuando no se corriera ningún riesgo de choque ni aun por errónea apreciación de los vehículos que por dicha vía principal circulasen, y al desatender esa obligación el conductor del camión, sorprendió al procesado que circulaba por una calzada-carretera de dirección única, con una salida intempestiva que fué la verdadera causa del choque, por lo que procede acoger el único motivo expreso del recurso, interpuesto al amparo del artículo 849, número 2.º, de la LECrim. (Sentencia 17 enero 1963).

— Se atribuye a la sentencia recurrida entre otros errores de hecho, el de declarar que el recurrente contrató con doña María del Carmen G. G. la venta en exclusiva de las obras literarias de don Ricardo L., cuando la realidad es que el procesado no intervino en dicho convenio, invocando como documentos que lo acreditan, el contrato de 31 marzo 1944 por el que se entrega a la Editorial y librería de S. las ediciones de dichas obras, y el de 19 julio 1950, por el que se liquida el aumento de precio de las entregadas; y como esos documentos, a pesar de su carácter privado, hay que estimarlos como auténticos por haber sido reconocidos como legítimos y exactos por la querellante y el procesado que aportaron copias y originales de ellos, y el Tribunal de instancia los admitió como tales para hacer el pronunciamiento que estimó precedente, hay que concluir de esta prueba fehaciente no desvirtuada por ninguna otra, que dicho Tribunal incidió en error al decir que don José Luis S. T. convino con dicha señora la venta de las obras de su difunto esposo, cuando el contrato de 31 de marzo de 1944 aparece otorgado por doña Victoria S. en nombre propio, y el de liquidación de 19 julio 1950, por don M. S. T. en nombre y representación de la Librería General de V. S., no figurando en ninguno de ellos el procesado; procediendo en su virtud acoger por tal razón este motivo del recurso; y con ello se hace innecesario entrar a examinar los demás errores de hecho que se atribuyen a la sentencia sobre la interpretación y cumplimiento de esos contratos por ser cuestiones intrascendentes dentro del

orden penal, para el que no fué parte en los mismos (Sentencia 9 febrero 1963).

— Para conducir a la casación de una sentencia se precisa no sólo el error en los hechos en la misma recogidos, sino que precisamente la equivocación determine la aplicabilidad de un precepto penal impertinente y que ello se refleje en el fallo, lugar de efectividad procesal del error y su consecuente infracción de ley; para precisar los términos de esta actuación ha de hacerse constar que la relación fáctica de la sentencia impugnada ciertamente contiene una afirmación que no coincide con lo que aparece en los documentos oficiales unidos, certificaciones del Registro de la Propiedad Industrial, pues la fabricación de la cerradura 101 de E. Z. S. R. C. no se "venía realizando al amparo de la patente modelo de utilidad que solicitó y obtuvo del Registro de la Propiedad Industrial con el número 23.500", sino que se la amparó en la muy posterior patente 38.024, en la memoria explicativa de la cual ni aun se menciona la 23.500 y sí, en cambio, como antecedente, la 208.768 del mismo titular y de la que, se dice, la 38.024 es perfeccionamiento: ahora y así restablecida, a efectos de ulterior argumentación, la fidelidad del dato resta por dilucidar si esta divergencias llevaron a una infracción de ley en aquél originada (Sentencia 25 febrero 1963).

— Los actos de inspección ocular son, en efecto, documentos auténticos a efectos de casación, en cuanto a los datos objetivos apreciados por propia observación de los señores juez y secretario, pero no en cuanto a su significación como supuesto ocultamiento deliberado de huellas por parte de determinadas personas y mucho menos en este caso en el que las cortas no fueron clandestinas por parte de los procesados y en el que la usufructuaria del monte, que no mantuvo su personamiento, duda en un escrito de la siceridad de la denuncia inicial y de la querrela posterior por parte del nudo-propietario (Sentencia 2 enero 1963).

— Unos informes del Ayuntamiento y del comandante jefe del puesto de la Guardia Civil no son documentos auténticos (Auto 3 enero 1963).

— El documento privado suscrito por el propio procesado es uno de los que según reiterada doctrina de esta Sala no gozan de la condición de auténticos a los fines de la casación penal (Auto 7 enero 1963).

— Los oficios del Instituto Español de Moneda Extranjera, del Banco S. y del Juzgado Especial de Delitos Monetarios, por no venir en forma de certificación, no puede concedérsele la eficacia pretendida; los informes de la Dirección General de Seguridad, del Director de la Prisión Provincial, dictamen de peritos calígrafos y relación de estancias de determinado huésped en el Hotel R., no son más que simples medios de prueba, que como los demás practicados en el sumario y juicio oral, puede apreciar libremente la Sala sentenciadora para formar su estado de conciencia, y por último el acta del juicio oral aparte de que no se hace constar en el desarrollo del correspondiente motivo los particulares de dicho documento que estén en contradicción con los hechos declarados probados, es documento auténtico solamente desde el punto de vista procesal, puesto que acredita la realidad del acto que lo motiva, y lo que en dicho acto

sucedió, pero la verdad intrínseca e irrefragable de su contenido no queda demostrada por las manifestaciones de testigos o informe de peritos, que en el acta se recogen. (Auto 7 enero 1963.)

— Un informe de conducta está sometido a la apreciación discrecional y no es, por tanto, documento auténtico. (Auto 10 enero 1963.)

— En nada desvirtúa los hechos declarados probados los documentos designados como auténticos por el recurrente, consistente en una diligencia de inspección ocular y otra de reconstitución de los hechos, auténticos en cuanto son observaciones personales de la Autoridad Judicial, pero no los que se derivan de referencias personales de los asistentes al acto y aquellas observaciones respecto a la visibilidad de la carretera en el lugar del accidente y las medidas superficiales de la misma y demás características, no contradicen la apreciación que de los hechos hizo la Sala de instancia. (Sentencia 16 enero 1963.)

— Carecen de la condición de auténticos, a efectos de casación los informes periciales y documentos fotográficos, elementos probatorios sujetos a la libre apreciación de la Sala, pero que no son incontrovertibles y manifestaciones de una verdad indubitada, y en cuanto a la diligencia de inspección ocular y reconstitución de los hechos únicamente los que son resultado de la observación personal de la autoridad judicial pueden tener aquella condición. (Auto 19 enero 1963.)

— La diligencia de inspección ocular y reconstitución del hecho de autos demuestran: *a*) que el animal que montaba la víctima era espantadizo, al soliviantarse y salirse de la carretera las dos veces que se hizo pasar un automóvil frente a él, y *b*) que tanto el cuerpo de la bestia como los aparejos no ofrecían señales de golpes ni destrozos; datos que deben insertarse en la narración fáctica como observaciones personales del Juez de instrucción para valorarlas debidamente en función de la responsabilidad del conductor del vehículo. (Sentencia 19 enero 1963.)

— El acta de reconstitución del hecho de autos sólo es documento auténtico a efectos de casación como fiel reflejo de la inspección ocular y de la comprobación llevada a cabo de la visibilidad de una y otra vía por los respectivos conductores, la cual no demuestra que el procesado viera al otro coche antes de entrar en la carretera, por lo que, prescindiendo de detalles retrospectivos que los protagonistas, rara vez de acuerdo, proporcionan y que no son decisivos para el enjuiciamiento del caso, resulta improbadado el supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que ha de ser evidente y no lo es. (Sentencia 22 enero 1963.)

— Los documentos fotográficos carecen de la cualidad de fehaciencia. (Auto 25 enero 1963.)

— Cierta es que la diligencia de inspección ocular es documento auténtico a efectos de casación en cuanto se refiere a la observación personal del Juez y el que manifieste que, al frenar el coche se va ligeramente a su izquierda, no contradice el hecho probado, pues tal declaración no afirma si tal defecto es posterior al accidente o anterior o como consecuencia de la colisión, pero si era anterior constituye una verdadera imprudencia al circular con un defectuoso sistema de frenos a velocidad

que no pueda pararse el vehículo y además, ninguna necesidad tenía de hacer uso de los mismos si como dice el hecho probado tanto la motocicleta como el automóvil circulaban cada uno por su derecha, en carretera que según el acta de inspección, tiene una anchura de firme de seis metros y el coche conducido por el recurrente ya venía circulando a dos metros del bordillo de su mano, llegando a metro y medio del de su izquierda a cuya distancia se produjo la colisión, y todo ello demuestra la improcedencia de este motivo que no muestra la evidente equivocación del juzgador, y sólo sirve para que el recurrente haga razonamientos que pretenden desvirtuar la declaración de facto. (Sentencia 25 enero 1963.)

— No tiene la condición de documento auténtico el voto reservado del Magistrado que disintió de la sentencia. (Auto 28 enero 1963.)

— Lo que da contenido a este motivo de casación es la discrepancia de la narración fáctica con la realidad objetiva ofrecida por documentos indubitados, al punto que la una repela a la otra; discrepancia que no existe entre dicha narración y la diligencia de inspección ocular que en uno y otro recurso se ofrece para mostrar ese supuesto error, porque todo lo sustancial de esta diligencia referente a la posición de los camiones y carga después del accidente, estado de la carretera, suelo con barro, lluvia, poca visibilidad del cruce por los árboles y casilla de peones camineros y señalización de ese cruce en la carretera principal, está recogido en el Resultando de hechos probados con perfecta fidelidad, incluso lo relativo a la parte de los vehículos donde se observan los destrozos; y con esos antecedentes de hecho y el examen de las demás pruebas, el Tribunal obtuvo la convicción de cómo acaeció el suceso y lo plasmó en ese Resultando, que al estar de acuerdo con lo observado personalmente por el Juez, no hay error de hecho, aunque las conclusiones que obtenga no sean las mismas que las de las partes, que al ser discrepantes entre sí, evidencian que el error de hecho que una y otra querían mostrar con un mismo documento, no radica en lo que en éste se dice, sino en la interpretación que pretenden se dé a lo que en él se hace constar. (Sentencia 29 enero 1963.)

— El único documento admitido como auténtico a los efectos del artículo 849, núm. 2.º de la Ley procesal, solamente hace constar como dato que pudiera relacionarse con la velocidad las huellas de ruedas de camión desde unos diez metros antes de llegar al árbol contra el que chocó el procesado después de atropellar al ciclista, y tal dato es notoriamente insuficiente para deducir un exceso de velocidad, sobre todo teniendo en cuenta la muy probable ineficacia de los frenos cuando ya el camión marchaba sin una de sus dos ruedas delanteras. (Sentencia 25 enero. 1963.)

— No puede darse la condición de documento auténtico a una carta atribuida al procesado y no reconocida por éste y que para dilucidar la atribución hubo de verificarse una complementaria prueba pericial, materia de libre apreciación judicial. (Auto 26 enero 1963.)

— Las actas notariales, los expedientes de registro de rótulos y de marcas y la escritura de compraventa de estos últimos por el querellante al titular de los mismos, están recogidos en lo que afecta a la jurisdicción

penal por los hechos probados de la sentencia impugnada, sin contradicción alguna de que pueda derivarse error en la apreciación de pruebas que evidencien equivocación del juzgador, pues todos los datos útiles a los fines penales se consignan con exactitud y la discrepancia sólo existe entre la tesis acusatoria del recurrente y la absolución decretada por la Audiencia, lo que encierra cuestión de fondo y no mera disparidad de datos de prueba (Sentencia 14 febrero 1963).

— El reconocimiento realizado por la Policía en los locales de la Facultad de Veterinaria, que consta en el atestado, no es documento auténtico, a los concretos efectos de la casación penal, según lo viene entendiendo esta Sala, más aún cuando tal diligencia policial pudiese ser adornada de la virtualidad de que se la quiere investir, sólo arrojaría la constancia de que aquellas dependencias estaban faltas de vigilancia y atención, lo que constituye una mera y subjetiva apreciación de los agentes instructores, sin fuerza vinculante para los Tribunales; pero si hipotéticamente a la relación fáctica se la añadiesen esas notas, todavía la agravante de abuso de confianza en la procesada se afianzaría en pertinencia, pues la falta de celo vigilante en el dueño de la cosa más favorece a los abusos de sus allegados, que los impide (Sentencia 14 febrero 1963).

— Aun siendo documento auténtico la certificación del Ingeniero jefe de Obras Públicas en cuanto se refiere a hechos de constancia oficial extraídos de los datos que en la oficina de su cargo figuran, carece de fehaciencia en lo relativo a consignar si la vía que intentaba tomar el procesado con la furgoneta sea arranque de un camino municipal, por falta de datos, lo que no demuestra, como se pretende, la comisión que la Sala sentenciadora dé un error de hecho en la apreciación de la prueba, alegándose que tal camino no existe, cuando de otros elementos probatorios aportados a los autos y que se tienen a la vista por haberse remitido a efectos del recurso, aparece claramente la existencia de esa vía que es camino vecinal y municipal muy transitado y que reduce en tres kilómetros el recorrido a Zamora (Sentencia 26 febrero 1963).

— Aunque es documento auténtico a efectos de casación un testimonio expedido por el Secretario de la Magistratura de Trabajo, en este caso no acredita más que el procesado y condenado demandó al señor F., recurrente por despido, y después manifiesta que desiste de la acción por no haber mediado ninguna relación entre ambos, y esta unilateral manifestación no muestra el error de la declaración del hecho probado, mucho más teniendo en cuenta que la hizo el 31 octubre 1959 y el delito se cometió el 28 junio del mismo año (Sentencia 2 marzo 1963).

— La declaración del querellante e informes del Servicio de Investigación Criminal de la Dirección General de Seguridad y oficio de los grabadores de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, no son documentos auténticos a efectos de casación, ni las declaraciones, ni los informes (Auto 8 marzo 1963).

— La hoja histórico-penal es documento auténtico (Sentencia 15 marzo 1963).

— No son documentos auténticos, a efectos de casación, un informe de la Jefatura Superior de la Policía de V., y aunque reúne tal carácter por tratarse de una certificación expedida por el Secretario del Juzgado Municipal con relación al legajo de fetos, no concede veracidad evidente más que a la declaración del médico; pero es que ni este mismo afirma la vida intrauterina diciendo "de unos ocho meses", siendo expedido el certificado el 20 noviembre 1958, y empezando las relaciones ilícitas hacia mediados de mayo del mismo año, no hay elementos suficientes para poder declarar el error en la apreciación de la prueba (Sentencia 20 marzo 1963).

— Para que un documento pueda estimarse como auténtico ha de ser de tal naturaleza que además de estar revestido de los atributos externos acreditativos de su legitimidad, demuestre por sí mismo, de modo indubitado, la certeza de su contenido, y que éste esté en contradicción con el criterio de los juzgadores, cuyo error resulta evidente, y frente al hecho básico de la sentencia recurrida de haber empleado el procesado fondos sociales para el pago de las deudas particulares, y haberlo hecho parcialmente con las 483.722,56 pesetas, que quedaban afectadas al pago de la deuda reconocida de materiales aportados por él a la Sociedad, nada aparece, ni en la escritura de constitución de la Sociedad, ni en el acta de reajuste de cuentas de 30 octubre 1952, que lo contradiga, pues se limita la primera en su cláusula segunda a indicar el destino que debió darse a la cantidad antes expresada, y el acta citada, a tomar acuerdos para regularizar la situación de D., dentro de "C. B. Ltda.", sin que consideraciones o deducciones del recurrente puedan prevalecer sobre el juicio formado por la Sala sentenciadora en la apreciación del conjunto de pruebas practicadas (Sentencia 25 marzo 1963).

— La diligencia de inspección ocular y de reconstitución del hecho de autos, practicada para esclarecer lo ocurrido no puede ofrecer más datos objetivos de personal percepción que las condiciones de la carretera, en cuanto a anchura, curvas, pendientes, visibilidad y estado de conservación, y contiene versiones contradictorias de uno y otro conductor y declaraciones de testigos, sometidas a la libre apreciación del Tribunal de instancia, así como el juicio vacilante que el Juzgado comarcal expresa en frases como las de "parece deducirse", "debiendo haber ocurrido", "existen indicios para suponer", "sobre la base del examen de los desperfectos de uno de los vehículos, como complemento de dicha inspección", sin que demuestre error evidente en la apreciación de la prueba lo que se hace constar en las correspondientes actas (Sentencia 25 marzo 1963).

— Los documentos que señala no son auténticos a efectos de casación, por tratarse de una ficha, informes periciales y oficios de organismos, y si bien formalmente es documento auténtico por ser un testimonio expedido por el Secretario del Juzgado de documentos existen-

tes en otro sumario, tales documentos no revisten carácter de auténticos: por tratarse de oficios de un organismo, sobres de nóminas y tarjetas de servicios médicos (Auto 28 marzo 1963).

— El auto de procesamiento, aunque sea documento auténtico, no lo es para los efectos de mostrar el error en la apreciación de la prueba, pues sólo refleja los indicios que en el momento de dictarlo encuentra el Juez y no puede vincular a la Sala para que acepte el mismo como hecho probado, pues lo declara por la apreciación en conjunto de la prueba. (Auto 28 marzo 1963).

— La autenticidad del documento de inspección ocular no alcanza a evidenciar hechos pretéritos no presenciados personalmente por el Juez, como el básico de la excesiva velocidad y sus consecuencias en la dinámica del suceso, cuestiones de conjunto que en nada enervan los datos de fehaciencia presente que en la inspección constan (Sentencia 30 marzo 1963).

— De los documentos aportados como auténticos por la parte querrelante recurrente en apoyo del primero de sus motivos, sólo merecerían formalmente dicha cualidad, a efectos de casación, los de inspección ocular y acta notarial obrante en el rollo, pero esa autenticidad, según constante jurisprudencia, no alcanza a otros extremos que los de propio conocimiento y comprobación coetánea del otorgante, pero no a las manifestaciones extrañas o a las conjeturas que pasan a ser elemento de prueba testifical o pericial como cualquier otro, sin privilegio alguno en lo procesal; y como quiera que la fehaciencia de lo afirmado en los precitados documentos no acredita error alguno sustancial que obligue a cambiar el tenor del Resultando de hechos probados, pues ni el señor Juez ni el señor Notario estuvieron presentes en ocasión del accidente, para por sí acreditar lo que en el motivo se narra y que desborda notoriamente las constataciones *de visu*, en extremos pretéritos como los de situación de la motocicleta siniestrada antes del suceso, la velocidad del automóvil, la supuesta torpeza de su maniobra de desvío y el no uso de frenado o de cesión de mano, cuestiones periciales o de juicio impropias para ser objeto de prueba documental (Sentencia 15 abril 1963).

— Las actas de inspección ocular como documentos auténticos sólo demuestran la realidad objetiva que en ellas se haga constar y las consecuencias que lógicamente impongan, no las que deduzca como más o menos probables el criterio personal (Sentencia 19 abril 1963).

— Son documentos auténticos, a efectos de casación, los emitidos, otorgados o expedidos por una Autoridad o funcionario público por razón de su cargo y revestidos de las formalidades legales, y además el privado reconocido a la presencia judicial que ofrezca un contenido de verdad indudable y evidente, relativo a un hecho absolutamente cierto, pero no tienen esta condición cuando su certeza se funda en una mera manifestación, opinión o juicio personal, aunque se refiera a apreciaciones técnicas o científicas, y como los documentos que el recurrente ha señalado, para intentar probar con ellos el error de hecho que atri-

buye al juzgador de instancia, son simplemente notas de cargo de determinados artículos de joyería, otras notas por faltas de comprobación y otras con cargo al procesado, ninguna de las cuales está firmada ni autorizada por nadie, ni tienen sello o signo que acredite por quién están confeccionadas, no puede concederse a referidas notas la virtualidad y eficacia que se pretende en el motivo del recurso que se ha interpuesto al amparo del número 2.º del artículo 849 de la LECrim. (Auto 22 abril 1963).

— No tienen el carácter de documentos auténticos, a efectos del recurso de casación por infracción de Ley del número 2.º del artículo 849 de la de Enjuiciamiento Criminal, ni el informe del Instituto Español de Moneda Extranjera, ni una instancia, ni un escrito enterando a un exportador de un débito con el Ministerio de Comercio, ni un informe pericial, por no contenerse en ellos principios de verdad inatacables y que constituyan una prueba plena e indestructible (Sentencia 23 abril 1963).

— Aunque cierto es que el testimonio expedido por el Secretario de un Juzgado de Primera Instancia es documento que hace prueba en lo referente a la diligencia de requerimiento, embargo y depósito provisional en el recurrente que acepta el cargo y se compromete a desempeñarlo bien y fielmente, quedando instruido de sus derechos y obligaciones, comprometiéndose a entregarlos al depositario tan pronto sea requerido para ello, no contradice absolutamente en nada la declaración del hecho probado, y en cuanto a la diligencia de remoción del depósito hace prueba de que el recurrente hizo ante la Comisión del Juzgado las manifestaciones que en la misma constan, pero no puede concederles una veracidad evidente para mostrar el error en la apreciación de la prueba (Sentencia 26 abril 1963).

— Los testimonios de actuaciones judiciales que contienen situaciones procesales y resoluciones definitivas como los invocados por el Ministerio recurrente en el primer motivo de su recurso, revisten carácter de documentos auténticos y eficaces a los fines del número 2.º del artículo 849 de la LECrim. (Sentencia 27 abril 1963).

c) *Casación por quebrantamiento de forma*: a') *Denegación de diligencias probatorias (art. 850, núm. 1.º)*.—No refiriéndose el recurso de casación por quebrantamiento de forma al supuesto del número 1.º del artículo 850 de la LECrim. en que se apoya, puesto que no se trata de no práctica de diligencias que propuestas en tiempo y forma se consideren pertinentes, sino de la suspensión del juicio oral a instancia de parte para la práctica de actuaciones cuyo resultado definitivo se desconoce, en lo que el arbitrio del Tribunal es el único criterio imperante, que el no estimar procedente, lo interesado se ha atendido estrictamente a los artículos 746 y 747 del ordenamiento procesal, no existiendo base alguna para invocar un quebrantamiento de forma, debe inadmitirse tal recurso (Auto 10 enero 1963).

— La denegación de la suspensión del juicio oral por la incompare-

encia del único testigo que propuso nominalmente y con las formalidades exigidas por la Ley, el procesado recurrente, en su escrito de calificación provisional, prueba que fué admitida por el Tribunal *a quo*, produce quebrantamiento de forma conforme al número 1.º del artículo 850 de la LECrim., porque siendo dicho testigo el sereno de la demarcación que presencié los hechos de autos, y no habiendo sido citado para el acto del juicio oral, ni consta que se intentara siquiera, toda vez que no fué incluído en la cédula de citación de los demás testigos propuestos por las otras partes, como lo acredita el citado documento que obra en el rollo de la Audiencia que se tiene a la vista. es evidente que dicha omisión constituye un vicio del procedimiento que puede haber originado la indefensión del recurrente, y como éste formuló la preceptiva protesta en el momento procesal oportuno, debe ser acogido el único motivo formalizado, y en su consecuencia casar y anular la sentencia recurrida, para que reponiendo las actuaciones al estado de citación de procesados y testigos, se proceda a la nueva celebración del juicio y se dicte la sentencia que el Tribunal, con plena soberanía, estime pertinente (Sentencia 14 enero 1963).

— Habiéndose propuesto por la defensa del procesado en su escrito de conclusiones provisionales, la prueba pericial consistente en que un Ingeniero Industrial y un Perito de la misma especialidad, designados ambos nominalmente, dictaminasen sobre determinados extremos que puntualizó en el mencionado escrito, prueba que fué admitida por la Sala en el correspondiente auto, como no pudiera llevarse a efecto dicha prueba en el día señalado con anterioridad al del juicio oral por la incomparecencia justificada de uno de los peritos, y no haberse accedido a la sustitución del incomparecido por otro que también designó el recurrente y se comprometió a presentar cuando se practicara la diligencia, llegado el momento del juicio oral, la defensa del procesado solicitó *in voce* la suspensión, a lo que el Tribunal declaró no haber lugar, sin hacer resonamiento alguno que justificara su negativa, por lo que teniendo en cuenta que el Letrado del procesado concedió a esa prueba pericial gran importancia para la defensa y exculpación del delito que se atribuía a su patrocinado, según razonó en sus escritos, sin olvidar, de otra parte, la amplitud y generosidad que debe imperar en la admisión y práctica de pruebas, y sobre todo la posibilidad, aunque fuera remota, de que el resultado de la prueba pericial solicitada y admitida, que dados los extremos sobre los que había de versar tiene indudable relación con los hechos materia de procedimiento, pudiera afectar en forma decisiva al fallo, son factores que obligan a esta Sala a estimar que la simple negativa del Tribunal *a quo* para no acceder a la petición de suspensión del juicio oral, sin consignar fundamento alguno que le indujera a adoptar tal resolución, es causa bastante para acoger el motivo de casación que por quebrantamiento de forma ha interpuesto la representación del procesado al amparo del número 1.º del artículo 850 de la LECrim. y en su consecuencia procede casar y anular la sentencia recurrida y devolver los autos a la Audiencia de que proceden para que,

reponiéndolos al estado de juicio oral se celebre el mismo, practique las pruebas admitidas, y los termine con arreglo a derecho. Al estimar el motivo de forma que se estudia en el anterior Considerando, no puede entrarse, conforme a lo establecido en el artículo 901 de la Ley de ritos, en el examen y resolución del motivo del recurso por infracción de Ley que también ha formalizado el mismo recurrente (Sentencia 24 enero 1963).

— Todo estriba en dilucidar si la declaración del testigo señor G. era tan valorable a los fines de formación de juicio, que obligare al Tribunal *a quo* a una segunda suspensión del juicio oral, y para ahora adoptar un criterio distinto al seguido por aquel Tribunal sería preciso que constasen datos en qué fundar la divergencia, datos que no suministró oportunamente el recurrente cuando en su escrito de propuesta de prueba se limitó a una adhesión a la mera nominativa designación que de este testigo hizo el Ministerio Fiscal—y sabido es que con tal antecedente procesal, la doctrina de esta Sala se muestra reacia a una rectificación de los criterios a este respecto formados por las Salas sentenciadoras—, y si bien hubo una primera suspensión, la que implicaba una apreciación del testimonio a que se alude, nada autoriza a prolongar la vigencia ilimitada de tal estimación, ya que si de un lado tal testigo declaró dos veces en el período sumarial, de otro, los Resultandos probatorios en el juicio oral suspendido pudieron ser dispares de los obtenidos en el celebrado en último lugar, por todo lo cual se impone la desestimación del motivo (Sentencia 4 febrero 1963).

— El motivo interpuesto por quebrantamiento de forma, al amparo del número 1.º del artículo 850 de la LECrim., fundado en haber denegado la suspensión del juicio oral al faltar el único testigo propuesto, no puede ser acogido, pues aunque esta incomparecencia equivale a la supresión total de la prueba testifical, no puede olvidarse que la finalidad de toda prueba es aportar elementos de juicio al Tribunal, y cuando éste se considera suficientemente instruído para dictar sentencia, y la suspensión solicitada revelaba ser un trámite dilatorio inútil por tratarse del propio perjudicado que ya había declarado dos veces en el sumario y careado otras tantas con el procesado, la negativa del Tribunal estuvo ajustada al artículo 746 de la ley citada, ya que no se le dió a conocer por la parte que postulaba la suspensión los nuevos hechos sobre los que tenía que deponer el testigo al ser repetición de lo ya manifestado anteriormente, no existía la necesidad de tal prueba—la ley utiliza la palabra “necesaria”—para fundamentar una dilatación del procedimiento (Sentencia 19 febrero 1963).

— Aun incumplidas al proponerse la prueba testifical de la acusación, las prevenciones del artículo 656, párrafo segundo de la LECrim., de indicar el domicilio y residencia de los testigos, obligación que a ninguna de las partes exime, el hecho de haber sido admitida y declarada pertinente tal prueba, imponía a la Sala el cerciorarse ya antes de iniciar el juicio oral si se había cumplido lo por ella mandado y, en consecuencia, si estaban o no preparadas las pruebas propuestas para su práctica y

ante la incomparecencia de los testigos del Ministerio Fiscal, cuya citación no consta se llevase a efecto, al no acceder a la suspensión del juicio por dicha acusación interesada y formulada la correspondiente protesta, no subsana el defecto procesal de privación absoluta de prueba de cargo, el que se hiciese constar en el acta correspondiente que los testigos declararon en el sumario, cuando no puede privarse al Ministerio Fiscal del ejercicio de su derecho a examinar los testigos que haya propuesto como base para sostener o no su tesis acusatoria y únicamente cuando el Tribunal no considere necesaria la declaración de testigos por tener suficientes elementos para juzgar, a *sensu contrario* de lo dispuesto en el número 3.º del artículo 746 de la citada Ley procesal y haciéndolo constar así en el acta, podría denegarse la suspensión, a la que en otro caso debiera accederse, por imperio de este último artículo, siendo por ello viable el recurso de forma planteado al amparo del número 1.º del artículo 850 de la referida Ley procesal (Sentencia 6 marzo 1963).

— La facultad revisora del acierto o desacierto del Tribunal de instancia al prescindir de peritos o testigos propuestos que no han comparecido, está limitada a los casos excepcionales en que a juicio de esta Sala, previo examen de lo actuado, tales medios probatorios que el Tribunal aportó ya como supérfluos, pudieran haberle hecho cambiar de criterio sobre las cuestiones planteadas, lo cual no significa apreciar de otro modo las pruebas que se practicaron, como sería posible en un recurso de apelación, ni desconocer que las actas en que hubieran constado los correspondientes testimonios o dictámenes carecería del carácter de documentos auténticos a efectos de casación. En el caso de este recurso, o sea, en el de simulación de un pedido a nombre ajeno y posterior retirada de parte de la mercancía sin pago simultáneo del precio en vista de los informes favorables sobre la persona del supuesto comprador, la convivencia entre ambos procesados de la que ya era indicio la cualidad del recurrente como corredor en plaza de la casa vendedora y obligado por elemental prudencia a asegurarse de la identidad de quienes le hacían personalmente pedidos por su mediación, fué rotundamente afirmada con todo género de detalles por el otro procesado, que se retractó en un careo, pero se reafirmó en el acto del juicio y dió una explicación verosímil de su anterior retractación, por lo que, frente a tales elementos de juicio, las pruebas omitidas y no concretadas en las correspondientes preguntas sobre hechos que tienen su ámbito propio entre procesados y víctimas aparecen sin la relevancia suficiente para ser decisivas (Sentencia 25 marzo 1963).

b') *Falta de citación de parte (art. 850, núm. 2.º).*—Por lo que respecta al recurso por quebrantamiento de forma interpuesto a nombre de la Compañía U., al amparo del número 2.º del artículo 850 de la LECrim., que su condición de parte originariamente concedida, en providencia fecha 28 febrero 1952, con o sin razones sustantivas y procesales para ello, ya que ello no es materia inmediata del recurso, obligaba a la Sala a ser consecuente en el curso del proceso, dado que la

nulidad acordada en providencia de 16 enero 1953, no se retrotraía a la anteriormente dictada en la que se había reconocido personalidad a la Compañía de Seguros, y siendo esto así y conservándola, debiera haberse abierto acceso al plenario, en su cualidad de parte acusadora con los oportunos traslados y citaciones de comparecencia, defecto no enervado, a efectos de casación, por reales o presuntos consentimientos, que no afectarían a materias de estricto orden público, como son las de audición de las partes, por lo cual es de acceder a la pretensión del recurrente en el único motivo de su recurso, al que deberá concedérsele la condición de parte acusadora, con los traslados y citaciones a que queda hecha referencia, y anulación de los actos procesales verificados, incluso el de celebración de juicio (Sentencia 16 abril 1963).

c') *Falta de claridad de los hechos probados (art. 851, núm. 1.º)*.—La inobservancia de la separación entre vehículos, expresa con claridad la conducta del procesado que no cumplió la distancia exigida, y ello es redacción positiva respecto a la infracción cometida, único extremo indispensable a fines penales, sin que se precise más especificación sobre la manera en que fueron arrollados el motociclista y su acompañante, pues basta afirmar aquella causa y señalar este efecto para que se estime suficiente el relato requerido por la Ley procesal (Sentencia 21 enero 1963).

— Al decir que el procesado se inclinó a su izquierda, no cabe más interpretación lógica que lo hizo con el vehículo que conducía, pues el hacerlo con su cuerpo, ningún efecto podía producir en el móvil, pero es más, si por ser tan brusco su movimiento repercutió en la desviación del automóvil, la consecuencia era la misma, pero por si fueran insuficientes los razonamientos expuestos, en el hecho probado se declara que el choque se produjo a metro y medio del bordillo izquierdo, luego no hay duda de que lo que se inclinó fue el vehículo. (Sentencia 25 enero 1963.)

— El motivo del recurso no debe prosperar, pues aun suprimiendo las palabras “irrumpió indebidamente” y “preferencia de paso” del hecho probado se deduce claramente que el vehículo conducido por el recurrente salió de un aparcamiento existente en la rotonda de la Empresa de Radio Nacional a una carretera general, con lo que define de forma que no deja lugar a dudas, cómo ocurrieron los hechos. (Sentencia 29 enero 1963.)

— Tanto la calificación del M. Fisc. como la sentencia, mencionan exclusivamente el art. 4 de la L. 9 mayo 1950 que para su aplicación no requiere—como sucede con el art. 9—declarar ni quién es el propietario del vehículo, ni si estaba autorizado, ni razón que motivara la conducción, ni si tenía o no permiso para ello, ni es preciso tampoco que mencione la fecha de caducidad de la matrícula, bastando que, como lo hace, declare que lo estaba en el momento en que circulaba. (Sentencia 30 enero 1963.)

— Según el art. 142 de la L. E. Crim., las sentencias en esta Juris-

dición han de contener una declaración terminante de los hechos que se estimen probados y estén enlazados con las cuestiones que hayan de resolverse en el fallo, y como la sentencia recurrida ya declara los hechos que el Tribunal estimó probados, no infringió dicho artículo, ni, por tanto, incurrió en el quebrantamiento de forma denunciado por el recurrente al amparo del art. 851 núm. 1.º de dicha Ley, sino que, o bien no se estimó como probado el aviso de adelantamiento, o no se le estimó como de importancia decisiva, y tanto en uno como en otro caso, el único camino procesal para el disconforme con la sentencia. sería el recurso de casación por infracción de ley al amparo del art. 849 núm. 2.º y 1.º respectivamente de la Ley de Enjuiciamiento citada. (Sentencia 21 enero 1963.)

— Se denuncia falta de expresión clara y terminante del hecho probado, porque éste contiene los extremos necesarios a los fines del proceso penal, al punto de que cualquier declaración de la jurisprudencia represiva sobre materia ajena a lo criminal es repudiada por la jurisdicción correspondiente y, por tanto, establecido como probado, por este orden, tiempos, lugares, personas y conductas de éstas y efectos de tales conductas, es innecesario cualquier otra especificación para resolver el problema penal planteado. (Sentencia 14 febrero 1963.)

— La lectura del relato contenido en la narración fáctica da a conocer el hecho enjuiciado con las circunstancias precisas para su calificación jurídica, toda vez que allí se dice que al llegar el procesado con su automóvil por la calle de Bravo Murillo al cruce con la de Cea Bermúdez chocó por no llevar la atención debida con una motocicleta que se encontraba parada en dicho sitio esperando que el semáforo de señales le permitiera reanudar la marcha; o sea que se pone de manifiesto la calle por donde circulaba el procesado, dirección que llevaba, sitio donde se encontraba parada la moto, razón de estar detenida y causa del choque con ella; datos suficientes para conocer cómo se produjo el suceso sin dudas ni ambigüedades de ninguna clase. (Sentencia 19 febrero 1963.)

— El hecho de haber sido dado de baja en 1959 el exportador a quien se referían los asientos en las fichas del Instituto Español de Moneda Extranjera, no destruye el que como se dice, no hayan producido el efecto pretendido los que indebidamente se han hecho con respecto a las campañas exportadoras de 1956-57 y 1957-58, que permitieron pudiese ser considerado tal exportador como no deficitario en la entrega de divisas, sino presentado como no deudor, a virtud de las anotaciones improcedentes, pese a no haber sido posible comprobar su inveracidad por ser destruidas luego las fichas de exportadores, cuando aparece conseguido el resultado buscado de no declaración de deficitario y baja como exportador, hasta el indicado año 1959, después de la reconstitución de las fichas, y como estos datos que el resultado fundamental recoge no se contradicen ni están oscuramente expuestos. (Sentencia 20 febrero 1963.)

— Al decir claramente el hecho probado que la corta de pinos que en un sector del monte M. denominado "C bajo", o sea que dentro de la demarcación general de la finca, hay partes de ella que tienen nombres par-

ticulares y también claramente se afirma que puestos de acuerdo los tres procesados recurrentes, en nombre de otro fallecido, y al amparo de la corta autorizada, sustrajeron 33 árboles enclavados en un paraje próximo, de lo que se deduce claramente que era de la misma finca y si no pudo determinarse, según dice la sentencia recurrida dónde fueren trasladados los 33 árboles, imposible resulta que hiciera otra manifestación, innecesaria además, para la existencia del delito, y siendo innecesario también que contenga o no declaración de si intervino el Distrito Forestal, Ingenieros o guardas del mismo, pero lo esencial es, que sustrajeron árboles que no estaban comprendidos en la autorización, que hubo un primer acuerdo y fue en personal beneficio, y se sacaron de la finca. (Sentencia 25 febrero 1963.)

— El motivo admitido se apoya en el núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., y tiene que prosperar, pues de la sucinta relación de hecho, no puede conocerse la forma en que ocurrió el accidente, pues ni consta velocidad dirección y forma en que se cruzó la víctima, circunstancias de ésta y con la sola declaración de que el recurrente no guardó la precaución que reclama la intensidad del tráfico en aquel lugar, no es suficiente para que el Tribunal que no presencia la práctica de la prueba tenga conocimiento exacto de los hechos. (Sentencia 28 febrero 1963.)

— Los únicos vicios procesales que con arreglo al núm. 1.º del artículo 851 de la L. E. Crim., originan la nulidad de las sentencias de instancia, son los relacionados con la declaración de hechos probados, y como los defectos que el recurrente cree advertir en el fallo impugnado afectan, no a la primera parte del Resultando inicial del mismo, en la que el Tribunal a quo expresa los hechos que admite como ciertos, sino a las partes segunda y tercera de dicho resultando, perfectamente distinguibles de la primera, donde, a modo de apéndice, consigna, en la segunda, que no se han "concretado" algunos extremos de los controvertidos en el proceso y constata, en la tercera, el resultando ofrecido por ciertas probanzas, mas sin hacerlo suyo el juzgador, no existen fundamentos para estimar el primer motivo, pues al no suscitarse dudas acerca de cuáles son los hechos que la Audiencia considera probados y al expresarse éstos de modo claro, terminante y armónico, sin mezclarlos con conceptos que pudieran predeterminar el fallo, la circunstancia de que en el propio Resultando se incluyan puntos que hubiesen tenido lugar más adecuado en los Considerandos, no es bastante, por sí sola, para determinar la casación de la resolución combatida. (Sentencia 28 febrero 1963.)

— El primer Resultando de la sentencia recurrida, expone con claridad los hechos que el Tribunal de instancia estima como probados, o sea, los relativos a la actuación lícita de los dos procesados en el descubrimiento de un delito de contrabando y les separa de otros supuestos hechos relacionados con ellos que dicho Tribunal declara no probados, cuáles son los de una supuesta agresión y subsiguientes lesiones a uno de los detenidos por parte de los dos aludidos funcionarios del Cuerpo General de Policía, quedando así cumplidos los requisitos formales de las

sentencias de esta Jurisdicción, tal como lo exige el art. 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal e injustificados los dos motivos del recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto al amparo del artículo 851 de la L. E. Crim. citada. (Sentencia 12 marzo 1963.)

— Es cierto que la sentencia de instancia adolece de la falta de claridad que se denuncia, por la confusión y contradicción aparente al menos, que su lectura produce, cuando al final de su primer Resultando se limita a consignar en forma inconcreta que “el Estado español, como consecuencia de los citados manejos, sufrió perjuicio al no poder disponer oportunamente de tales divisas, y haber de recurrir a otros medios para hacer frente a sus compromisos”, mientras que en el cuarto Considerando ya se afirma categóricamente que los perjuicios o quebranto que sufrió la economía nacional, “ponderando de modo razonable las circunstancias que concurrieron en los hechos, y la intervención que en los mismos tuvieron los procesados, se fija en un millón de pesetas”, y no obstante esta determinación cuantitativa después en el fallo se condena “a los tres procesados a que solidariamente indemnicen al Estado español con dos millones seiscientas treinta y tres mil quinientas pesetas”, sin haberse explicado previamente la razón de la diferencia existente entre la cantidad que valoraba los perjuicios causados al Estado, y la suma mucho mayor en que fijó la indemnización en la parte dispositiva de la sentencia; contradicción y oscuridad que también se observa, cuando en los hechos que se declaran probados en el penúltimo párrafo del primer Resultando dice que “las divisas reintegradas por B., que se repartieron los otros procesados fueron las siguientes...” y de lo que se dice a continuación parece deducirse que lo que se repartieron fueron pesetas en un total de 580.000, lo que produce confusión, porque no se expresa con la debida claridad si lo que entregó B. a sus co-reos fueron divisas que tenían un contravalor en pesetas de la cifra mencionada, o lo que realmente se entregó en concepto de dádiva fueron pesetas, por todo lo que es procedente casar y anular la resolución recurrida, devolviendo los autos a la Audiencia de M. para que reponiéndolos al estado de dictar sentencia, pronuncie otra en la que se subsanen los defectos de que se ha hecho mención. (Sentencia 21 marzo 1963.)

— La relación de hechos declarados probados es clara y terminante, tanto en su redacción, como en cuanto refleja actuaciones económico-jurídicas de los interesados, con lo que habría suficiente para la desestimación del recurso por quebrantamiento de forma, formulado al amparo del número 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., y como lo realmente denunciado es la insuficiencia del relato por no abarcar aspectos que para el criterio del recurrente son esenciales, conviene recordar que por esta vía del quebrantamiento de forma no es factible la rectificación del hecho probado y que precisamente para este logro se utiliza el recurso por infracción de ley que se pasa a examinar. (Sentencia 22 marzo 1963.)

— No se acredita falta de claridad en la narración de los hechos, al atribuirse la causa del accidente a un exceso de velocidad en la toma de curva, que explica suficientemente la pérdida del dominio en la conduc-

ción del vehículo y con ello la de su mano, extremos que sobradamente acreditan la falta de cautela, expresión que aunque no se hubiese usado, y que en sí no es jurídica, no desvirtuaría lo esencial de la narración de hechos. (Sentencia 30 marzo 1963.)

— Al tener que descansar los pronunciamientos absolutorios o condenatorios de las sentencias de lo criminal en la declaración de hechos probados, es preciso que el relato de éstos se haga con la mayor claridad y concatenación, para poner de manifiesto de un modo diáfano la participación de los inculpados en el hecho enjuiciado, con aquellas circunstancias necesarias para individualizar su culpabilidad o inculpabilidad, sin incurrir en contradicciones de conceptos o de lógica, que impidan llegar con toda nitidez al fallo absolutorio o condenatorio, al quedar dudas de cómo ocurrieron los sucesos; y como eso es lo que acaece con el Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida, en donde después de decir que dos personas se acometieron, aunque la una fuere repeliendo por la fuerza a la otra, que las dos resultaron lesionadas y que no puede afirmarse quién causara las lesiones, sin decir cómo se produjeron, y si algún tercero intervino en la contienda, el relato es contradictorio y oscuro; porque si una persona acomete a otra resultando esta lesionada, no se puede afirmar a continuación que se ignora quién fuere el autor de las lesiones sin añadir que se produjeron por un accidente extraño que también debe constar en el relato; y como éste es el defecto de que se acusa a la sentencia en el primer motivo del recurso interpuesto por quebrantamiento de forma del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim., tal motivo debe ser acogido, haciéndose con ello innecesario el examen del segundo interpuesto por infracción de Ley. (Sentencia 1 abril 1963.)

d') *Contradicción entre los hechos probados (art. 851 núm. 1.º).*— Al declarar probado la sentencia recurrida que el señor O. G. vendió determinada cantidad de corcho al procesado, reservándose el dominio de la mercancía hasta su completo pago, que no consta que el comprador dispusiera de todo o parte de ella sin consentimiento del vendedor y en su perjuicio, y que 8.000 kilos de ese corcho lo entregó el procesado a un tercero en pago de una deuda, sin que con esta entrega se perjudicaran los derechos de O. G.; incurre en manifiesta contradicción, porque si la mercancía estaba en calidad de depósito en poder del comprador y pertenecía por tanto al patrimonio jurídico del vendedor, no se explica cómo no fuera éste lesionado al disponerse de ella sin el concurso de la voluntad de su legítimo propietario; procediendo por ello acoger el primer motivo del recurso, donde se acusa este defecto de forma, al amparo del núm. 1.º del art. 851 de la L. E. Crim. (Sentencia 4 enero 1963.)

— Al declarar la sentencia en forma dubitativa que la causa de la caída del hombre que cabalgaba sobre el borrico fue el ser enganchado o rozado por el coche, o despedido por el animal al hacer éste un brusco movimiento, no da un concepto oscuro o contradictorio del suceso, sino que indica una de las tres causas que pudieron determinar la caída, sin precisar cual fuera; y así no puede hablarse de contradicción entre ellas

ya que lo dubitativo no es contradictorio de nada, por no encerrar afirmaciones que puedan oponerse entre sí. (Sentencia 19 enero 1963.)

— La contradicción ha de ser de los hechos probados entre sí y no de un hecho probado con un elemento distintivo sea de otra parte de la misma sentencia, sea de un hecho ajeno a la misma, y por lo que respecta al efecto de la renuncia de la indemnización, tal extremo queda resuelto por su no inclusión en el fallo de la sentencia que, en este caso es la única parte de la misma que pudiera agraviar el derecho del reo como indemnizante total del perjuicio. (Sentencia 23 enero 1963.)

— En el escrito de interposición se parte del supuesto de una contradicción entre el párrafo del primer Resultando que declara improbadamente la velocidad excesiva y el que afirma el recorrido de algunos metros hechos por el camión después de desprendérsele la rueda delantera izquierda, y tal contradicción sólo existiría si de este segundo párrafo se dedujese lógicamente el exceso de velocidad, lo cual, al no constar el número de metros ni el tiempo invertido en recorrerlos, no puede deducirse como lógica y necesaria conclusión. (Sentencia 25 enero 1963.)

— Aunque haga razonamientos sobre las palabras adelantar y cruzar, realmente lo que contiene el hecho probado es un error material al decir que el adelantamiento se realizaba de un tranvía que marchaba en dirección "contraria" en lugar de su misma dirección, pues adelantar a quien camina en dirección contraria, no es posible, y ese error material se deduce claramente del hecho probado al afirmar que para ello —adelantamiento— invadió netamente su mano izquierda, y no puede ser cruzarse, pues era preciso que constara en la declaración de facto que el camión conducido por el recurrente cambiaba de dirección, y si cierto es que la Ley en el precepto citado admite como causa del recurso la contradicción entre los hechos probados, no lo permite por un error material, pero es más, aunque a efectos dialécticos admitiéramos que debió emplear la palabra "cruzar", se llegaría a la misma conclusión de que el recurrente, por circular a excesiva velocidad al intentar "cruzar" a un tranva, invadió su mano izquierda causando los daños que se relatan. (Sentencia 31 enero 1963.)

— Ha de rechazarse el motivo por quebrantamiento de forma, cuyo contenido efectivo es una impugnación del hecho probado, en la parte en que se asevera la presencia de luz suficiente, estimación que se combate no directamente—pues hubiera tenido que ser utilizado el párrafo 2.º del art. 849 de la L. E. Crim.— sino por el indirecto, medio de reputar contradictorio afirmar, de un lado, la aludida suficiencia lumínica en el momento del suceso y de otro que éste ocurrió a los diecinueve minutos del ocaso solar, lo que implica una gradual disminución de luz, pero es que el recurrente asienta su argumentación en equiparar la luz solar total con la luz "suficiente" a los fines de los artículos del Código de la Circulación mencionados en el precedente Considerando y esto precisado, resalta claro lo no contradictorio de la relación fáctica. (Sentencia 7 febrero 1962.)

— No se da la contradicción interna entre los propios hechos básicos

de la sentencia, ya por no resaltar patente del texto del primer resultado, que en su escueta redacción no relata que ambos vehículos mantuvieron siempre su caminar por las respectivas manos derechas, cuando por venir esta mera conjetura de la recurrente obviada por el contenido fáctico del primer considerando de aquella resolución, en el que se recoge cómo el coche Ford conducido por el señor C, se desvió totalmente hacia su izquierda, si bien dejando amplio espacio a su derecha para el paso del "Simca" y como según una constante doctrina de esta Sala, los hechos donde quiera que se hallen en las resoluciones judiciales, tiene siempre su propio valor, es claro que queda eludida la pretendida contradicción, que por otra parte era más teórica que fáctica. (Sentencia 7 febrero 1963.)

— Los hechos que el Tribunal de instancia declara probados en el primer resultando de la sentencia recurrida claramente indican que el conductor del camión adelantó al ciclista por la izquierda en una carretera de 6 metros de anchura, cuando aún dicho ciclista circulaba a contramano, y enganchando por falta de espacio a la bicicleta con la cartola derecha del camión la arrastró varios metros diagonalmente hasta recuperar su debida colocación en la calzada, lo cual produjo el atropello mortal de que se trata, por lo que no hay confusión ni contradicción en las afirmaciones de hecho de la sentencia que permitan estimar el recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto al amparo del artículo 851, núm. 1.º de la L. E. Crim. (Sentencia 8 febrero 1963.)

— Si la frase que implica conceptos jurídicos no declara hechos concretos, tampoco cabe por ello contradicción entre los declarados en la sentencia, sino que queda dicha frase como una calificación sólo impugnabile en un recurso de casación por infracción de Ley. (Sentencia 26 febrero 1963.)

— No existe la contradicción que se denuncia, toda vez que no hay incompatibilidad alguna, y por tanto es admisible que las lesiones que sufrió el perjudicado durasen ciento doce días, de los cuales los treinta primeros necesitara de asistencia médica, y los restantes estuviera sometido a observación clínica, habiéndole quedado como consecuencia de dichas lesiones una disminución en un sexto de lo normal la agudeza visual del ojo derecho que sufrió el traumatismo, y que no obstante la importancia de tales lesiones, ello no le suponga obstáculo para su trabajo habitual de camarero, porque la pérdida de visión es tan pequeña que no le impide, ni siquiera dificulta, continuar desempeñando el oficio a que se dedicaba, que no exige una agudeza visual perfecta, y como por otra parte no consta que le haya quedado defecto físico apreciable, ni deformidad de clase alguna, tampoco hay, desde el punto de vista estético, razón alguna para que no pueda continuar prestando sus servicios de camarero. (Sentencia 8 marzo 1963.)

— No existe la contradicción que se denuncia, toda vez que lo que se afirma en los hechos declarados probados es "que el procesado Jaime A. M. entabló relaciones por medio del intermediario de buena fe y también procesado, Enrique E. G., con Laureano F. G.", y este aserto no está en

contradicción, con lo que después se agrega en el mismo resultando de que A. ofreció a F. G. "sin conocimiento del mencionado E. un préstamo de 30.000 pesetas, al interés del 6 por 100 trimestral, o sea, el 24 por 100 anual", es decir, que E. pudo limitarse a poner en relación a los otros dos, y posteriormente el procesado sin intervención de E. ofreció y concedió el préstamo al F., pues no es cierto como se asegura en el escrito de interposición del recurso, que en los hechos probados se diga que las relaciones entre Laureano y el recurrente tuvieron por intermediario a Enrique E. "en cuanto se refiere al préstamo de autos porque este último párrafo entrecomillado, es una adición que hace el recurrente gratuitamente por su propia cuenta, que no constan en los hechos probados y que altera y está en oposición con el contenido de los mismos, y por esta falta de respeto a los hechos probados que se reitera constantemente en el desarrollo del motivo al examinar y valorar las pruebas extemporáneamente, ha incurrido en la causa de inadmisión 3.^a del art. 884 de la Ley procesal que en el presente trámite se convierte en causa de desestimación. (Sentencia 8 marzo 1963.)

— Si el tractor "adelantó" al camión que le precedía, como adelantar equivale gramaticalmente a colocarse delante y es inconcebible que esto pueda efectuar un tractor, vehículo de velocidad muy reducida, a un camión, móvil que despliega una mayor marcha, tal adelanto ya realizado como se sostiene con el empleo del término "adelantó" es incompatible con la invasión por el tractor de "la parte izquierda de la carretera", ya que esta ocupación de vía ha tenido que efectuarse con anterioridad al hecho real consumado de adelantar y por lo mismo no pudo surgir "inopinadamente" el referido tractor de detrás del camión, teniendo en cuenta que lo había adelantado y por haber efectuado ya la maniobra debía estar situado, según el hecho probado, "delante" de él puesto que lo "adelantó", y ante estas inequívocas contradicciones que notoriamente se manifiestan, se impone sea acogido el primer motivo del recurso de forma. (Sentencia 11 marzo 1963.)

— Entre el hecho de que el recurrente conociera la ilícita procedencia de la pulsera que adquirió y el hecho de que Julio B. L. desconociera el mal origen de la sortija que le regalaron, ambos declarados probados en la sentencia recurrida, no existe contradicción alguna, por tratarse de datos subjetivos referidos a personas distintas y a objetos de conocimiento diferentes. (Sentencia 11 marzo 1963.)

— No existe la pretendida contradicción en el hecho probado, por hacerse constar el principio del mismo que el procesado recurrente era dueño del negocio de confecciones, cuando presentó al Banco el balance, y al final se indique que el otro procesado, hoy fallecido, accionase por tercera en el juicio ejecutivo seguido por el Banco contra el recurrente, donde se "declaró ser éste dueño de bienes mediante cuya fingida atribución de dominio" se llegó al perjuicio para la entidad bancaria, pues aparte de no reflejarse con precisión si la declaración de dominio la hizo el Juzgado o el tercerista —parece que fue el Juzgado— tampoco consta si la fingida atribución la hizo el procesado Fernando V., ni se concreta

si tal atribución falaz se hizo antes o después de la obtención del crédito, y a estas imprecisiones, tan poco elocuentes a los fines de hallar entre ellas lo contradictorio, debe añadirse que en los momentos que mediaron entre formulación del balance y tercera, bien pudo darse un fenómeno transmisorio de propiedad del negocio, que cohesionaría las diversas atribuciones dominicales que el hecho recoge, y si bien es cierto que respecto a esto nada dice la relación fáctica, también lo es que el descartar la mera hipotética posibilidad tropezarán con análoga inclusión en el hecho probado; si para completar el examen del motivo se fija la atención en la impugnación por empleo de conceptos jurídicos que predeterminan el fallo, al aludirse a la mencionada "fingida atribución", no será necesario repetir que tal como se la consignó difícilmente puede predestinarle y que, dado el contexto general de los hechos declarados probados, esta constancia viene complementada con acaecimientos, datos y circunstancias que la condicionan y valoran en un conjunto probatorio, de la que no es sino un mero dato deductivo, por lo que se hace preciso desestimar el motivo en toda su amplitud. (Sentencia 22 marzo 1963.)

— No hay contradicción entre los hechos que se declaran probados, como se denuncia en el motivo segundo, porque al decirse que los procesados dejaron constituida la Sociedad, que luego se califica de imaginaria, no ha de interpretarse la primera afirmación en un sentido jurídico-mercantil, sino meramente en el de asociarse ambos procesados para el fin concreto de fingir con dicha Sociedad de hecho la existencia de otra formal jurídicamente inexistente que integró el engaño fundamental en el tipo de estafa elegido para la condena. (Sentencia 4 abril 1963.)

— Entre el hecho de no ceder el paso y el de rozar la parte lateral trasera izquierda del automóvil que pasa, no existe contradicción, la que precisamente se produciría si, como pretende el recurrente, dicho vehículo hubiese rebasado ya en su totalidad al del condenado y, no obstante, afirmara la sentencia que había tenido lugar la fricción aludida. (Sentencia 6 abril 1963.)

e') *Predeterminación del fallo (art. 850 núm. 1.º).*—Al decir el relato fáctico que con la llave que tenía uno de los procesados y que era la correspondiente a la puerta de los almacenes, la abrió apoderándose con ánimo de lucro de doce cajas de papel blanco sin causar fuerza ni violencia, no consigna como hechos conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, sino que da a conocer con palabras usuales y corrientes en el lenguaje ordinario, la manera de producirse el hecho, eliminando la nota de violencia en la aprehensión como elemento indispensable para su acertada calificación jurídica, ya que la forma o modo como el sujeto actúe sobre las cosas muebles ajenas, es lo que sirve para tipificar los delitos contra la propiedad, y su omisión impediría saber la naturaleza del delito cometido; por eso, al darse a conocer la forma o modo de la aprehensión con palabras cuya significación se percibe sin necesidad de conocimientos jurídicos por ser las propias del lenguaje del hombre medio, la sentencia no incurre en el defecto formal que se le atribuye, aunque esas.

mismas o parecidas palabras las utilice la ley para dar el concepto del delito de que se trate, ya que la ley también se dirige a la generalidad de los ciudadanos y ha de hablarles en el lenguaje en que ellos se expresan. (Sentencia 3 enero 1963.)

— Ni la apreciación de la velocidad como excesiva en la marcha por una población, ni el hecho de frenar en corto espacio de terreno quedando la caja del camión en la forma que expresa la sentencia referida, ni el de estrellarse el motocarro contra el camión, son conceptos jurídicos, sino hechos de la vida real, que posteriormente deben ser enjuiciados con aplicación de las normas jurídicas procedentes. (Sentencia 19 enero 1963.)

— Las palabras "no consta que la velocidad fuera excesiva" no expresan un concepto jurídico, aunque sean las mismas, en sentido inverso, del artículo 2.º de la Ley de 9 mayo 1950, y sólo indican la falta de elementos de juicio, a pesar de las pruebas aportadas, para pronunciarse sobre tan importante extremo, o lo que es lo mismo, declaran no probado un hecho, lo cual no incide en el artículo, número y párrafo antes citados, puesto que en ellos se exige para la procedencia de este motivo de casación que las palabras propias de la técnica jurídico penal y anticipadamente calificativas se consignen como declaración de hechos probados (Sentencia 25 enero 1963).

— Entiende el recurrente que al expresarse en la sentencia recurrida, que "a causa de haberse desprendido una chispa del cigarro que el procesado imprudentemente había encendido" se incendiaron las mieses, se habían consignado como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico implicaban la predeterminación del fallo, lo que no es así, pues dicho concepto no es más que la manera de expresar en forma vulgar y corriente, al alcance de todas las inteligencias, la conducta del procesado, que queda igualmente reflejada aun prescindiendo de dicho vocablo, imprudentemente, que al no ser necesario, no era predeterminante del fallo, pues sin él se llegaba a la misma conclusión. (Sentencia 25 enero 1963.)

— Los fundamentos de hecho de la sentencia recurrida no son lo suficientemente explícitos como para poder formar juicio sobre la culpabilidad o inculpabilidad del procesado, sino que adolecen de falta de claridad y precisión, dada la vaguedad de la frase "por falta de prudencia y de la oportuna atención" que en parte expresa un concepto jurídico predeterminante del fallo, pues la imprudencia consiste precisamente en la falta de prudencia, y que en su final no precisa en qué momento fallara inoportunamente la atención del conductor-procesado el cual frenó con rapidez y energía, para evitar, como evitó la colisión con el coche que se le cruzaba, por lo que es procedente estimar el recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto al amparo del art. 851 núm. 1 de la L. E. Crim. (Sentencia 1 febrero 1963.)

— Aun cuando reiteradamente viene recordando esta Sala la obligación de que se procure prescindir en la redacción de las sentencias de frases que no constituyan relación de hechos al exponer el relato que en el resultando básico es preciso efectuar, a fin de evitar muchos re-

recursos fundados en el vicio de forma del indebido empleo de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, en el presente caso, si bien se habla de ánimo de quitar la vida, las circunstancias concurrentes en el hecho que también se especifican, de enemistad anterior, acometimiento inopinado, empleo de arma adecuada, importancia de la región afectada y resultado lesivo, denotan una voluntad tendente a la producción de un mal mayor que el logrado, por lo que prescindiendo de la apreciación consignada por la Sala de instancia en cuanto a la finalidad perseguida por el agresor, se ve que constan datos que contribuyen a la formación de un racional criterio respecto a la intención dolosa, que se robustece con la doctrina del primer considerando, por lo que debe rechazarse el recurso de forma. (Sentencia 4 febrero 1963.)

— La expresión “sin guardar la debida distancia” es la forma natural y clara, al alcance y comprensión de todos de indicar un hecho que afecta a la conducta del procesado, sin que el empleo de los vocablos dichos implique el de conceptos jurídicos predeterminantes del fallo. (Sentencia 9 febrero 1963.)

— Los conceptos que se dicen jurídicos no pueden tener tal carácter al menos en el aspecto penal, y no predeterminan en modo alguno el fallo dado que, aunque se prescindiere idealmente de su constancia, abundan datos en la narración de hechos para llegar a idénticas consecuencias condenatorias, por cuanto que las calificaciones de índole civil se mientan no vinculan concretamente en el orden criminal, donde lo que importa es una adecuación a la tipicidad respectiva, asunto que afecta al fondo y al que hace mérito el siguiente motivo del recurso, que precisamente lo utiliza para tratar de rebatir la calificación de la Sala, lo que prueba que lejos de ser predeterminante del fallo deja margen a la discusión sobre su procedencia, que no es por lo tanto tan fatal e ineluctable como cuando se quebranta la forma en verdaderos supuestos de predeterminación. (Sentencia 13 febrero 1963.)

— No son conceptos jurídicos y sí necesaria declaración de hecho, las personas que formaban la gerencia y Consejo de Administración y determinar quiénes con su actuación habían resultado perjudicados y en qué cantidad, pues de no hacerse tales declaraciones, que además son conceptos vulgares y no jurídicos exclusivamente, no era posible declarar después quiénes eran los autores del hecho delictivo y fijar su responsabilidad civil. (Sentencia 16 febrero 1963.)

— Las palabras “presunto invento” y “suplantado invento” no son conceptos jurídicos y sí declaración de hechos, aunque lo fueran, era preciso que el fallo se apoyara exclusivamente en ellos, cosa que no sucede, y sí en la totalidad del primer Resultando de la sentencia recurrida. (Sentencia 16 febrero 1963.)

— Lo que puede dar contenido a este recurso, no es la mera consignación en una relación circunstanciada de frases o palabras que puedan tener significación jurídica, sino que es preciso que tales conceptos se utilicen en sustitución de hechos, al punto que su eliminación haga imposible la determinación de lo acaecido; pero cuando se dice en el relato

fáctico que por no llevar la atención debida el conductor de un vehículo choca con otro que se encuentra parado frente a un semáforo que le cierra el paso, con esa frase "no llevar la atención debida" no se expresa un concepto jurídico sino que se da a conocer un hecho, la forma o modo de conducir, distraído y sin estar atento a las incidencias de la circulación. (Sentencia 19 febrero 1963.)

— Ninguna de las frases que se denuncian como predeterminantes del fallo y que son literalmente las siguientes: "se reintegró al domicilio conyugal", "prometiéndole cumplir sus deberes conyugales", "y desapareció", "marchando a Barcelona para hacer vida marital", "dejando en completo desamparo a su mujer y sus tres hijas", tienen en manera alguna la condición de conceptos jurídicos, toda vez que ni entran dentro de la técnica penal, ni el legislador las ha empleado para definir el delito que se sanciona, pues son simplemente expresiones vulgares y corrientes que integran una narración de hechos, cuyo significado está al alcance de cualquier persona de cultura media aunque no posea los más rudimentarios y elementales conocimientos de Derecho. (Sentencia 19 febrero 1963.)

— Aunque algunos de los términos se empleen en escritos y preceptos jurídicos, son de carácter vulgar para personas de inteligencia media y además necesarios muchos de ellos para la relación de los hechos realizados por el recurrente, como que desempeñaba reglamentariamente los cargos de Secretario e Interventor, pues en otro caso, podía aparecer una usurpación de funciones, los conceptos "mandamiento de ingreso, de pago y transferencia de crédito", además de ser vulgares y corrientes, son necesarios, pues a la denominación que legalmente tienen los citados documentos, y a la de que las cantidades pertenecían a fondos municipales, era manifestación obligada para la calificación del delito, pues sin tal afirmación no se puede llegar a declarar la malversación, y la de que se "aprovechó" "para apropiarse", tampoco son conceptos exclusivamente jurídicos, pues aunque se suprimieran del hecho probado, aparece claramente el fin que perseguía y obtuvo el recurrente. (Sentencia 21 febrero 1963.)

— El contenido del Resultando predetermina el fallo cuando en él se empleen términos de técnica jurídica o expresiones de las que el legislador use al definir el delito, improsperable en este caso, por no reunir los conceptos empleados en el Resultando y que han sido denunciados, el carácter que pretende otorgárseles, ya que se trata de palabras vulgares que tienden no a consignar apreciaciones de Derecho, sino a construir el relato de lo ocurrido, en la forma como lo ha entendido la Sala sentenciadora (Sentencia 26 febrero 1963).

— La frase "con olvido de las más elementales precauciones que aconseja la más elemental prudencia", frase que el recurrente desglosó del primer Resultando de la sentencia recurrida, no declara ningún hecho concreto, pues se limita a expresar con marcado matiz jurídico un juicio que predeterminaría el fallo si dicho Resultando no contuviese, como contiene, otras declaraciones que lo son ya de auténticos hechos probados, o sea, el del atropello mortal por parte del motorista proce-

sado de un peatón que cruza la calzada sin darse por avisado del peligro que corre, sino continuando su marcha, declaraciones junto a las cuales la frase antes transcrita, como supérflua y desplazada de su propio lugar en la sentencia, debe tenerse por no puesta donde está, sin necesidad de que la quite el Tribunal de instancia, por lo que carece de justificación el primer motivo del recurso de casación por quebrantamiento de forma (Sentencia 26 febrero 1963).

— Si en los hechos probados de la sentencia impugnada se dice que el recurrente Angel M. G. al usar la motocicleta, que para su arreglo había llevado el dueño señor B. al taller del señor M. padre. lo hizo sin orden ni autorización de aquél, no se incurre en contradicción que pugne con la circunstancia aludida, pues para que surgiese sería preciso presumir, como el recurrente lo hace, que en el encargo al dueño del taller iba implícita la facultad de uso para el hijo, presunción, pertinente o no, y que será objeto de nuevo examen, pero que por ausente del hecho probado no puede estar en interna oposición con éste; y como el período a que se ha aludido, aquel en que la relación fáctica precisa que obró el recurrente “sin la debida autorización” no es concepto excluyentemente jurídico, en su esencia y significación, sino usual manera de expresar una relación entre personas y cosas, tal como corrientemente se enuncia en el vulgar lenguaje, ajeno al tecnicismo jurídico, queda patente la improcedencia total del motivo (Sentencia 27 febrero 1963).

— No es concepto jurídico el que como tal se denuncia en el motivo del recurso por quebrantamiento de forma por ser un hecho y no un concepto el describir la maniobra de retroceso como no adecuada a las circunstancias del caso, falta de adecuación referida a éstas y por ende de carácter técnico mecánico y no jurídico, que en ningún caso debieran predeterminar el fallo condenatorio si se tiene en cuenta que aun con tales premisas pudo haberse llegado a la absolución de acreditarse otros extremos como los de caso fortuito a que el motivo segundo se refiere, hipótesis exculpatoria que evidencia cómo no era fatal la resolución que la declaración de hechos probados implicaba (Sentencia 28 febrero 1963).

— Las expresiones de “excesiva velocidad para la maniobra que realizaba” son vulgares y corrientes, asequibles al conocimiento de todas las inteligencias y forma adecuada de dar a entender la conducta del culpable (Sentencia 1 marzo 1963).

— Como las únicas palabras que reprocha el recurrente son “préstamo” y “simulación”, aunque la primera se emplea por el legislador en los artículos 542 y 543 del C. P., ambas son de uso vulgar y corriente, para cuya comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de Derecho, ya que su significado es perfectamente inteligible y está al alcance de toda persona de cultura media, y además esos vocablos u otros similares, eran necesarios para que la resolución judicial tuviera la debida claridad en el relato de hechos, como exige expresamente la propia LECrim., porque de lo contrario se caería en el defecto procesal,

que prevé como motivo de casación por quebrantamiento de forma el primer inciso del número 1.º del artículo 851 (Sentencia 8 marzo 1963).

— Si bien es verdad que en el Resultando de hechos probados se dice que el "procesado golpeó en la cara con un plato al Eutiquiano", como la palabra golpeó, única que se califica de concepto jurídico predeterminante del fallo, es tan vulgar y corriente que para su perfecta comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de Derecho, puesto que su significado gramatical está al alcance de toda persona por ínfima que sea su cultura, el solo uso de tal vocablo, aunque el mismo verbo en unión de otros se emplee por el legislador en el artículo 420 del C. P., no es causa bastante para estimar que la sentencia recurrida ha incurrido en el defecto de forma que se denuncia, máxime cuando si se suprime esa palabra quedan en la relación fáctica elementos más que suficientes para llegar a la misma conclusión de que el procesado es autor del delito de lesiones por el que ha sido condenado (Sentencia 8 marzo 1963).

— Los juzgadores, al exponer el relato del acaecimiento, se limitan a efectuarlo sin emplear términos que el legislador usa con respecto a la imprudencia en el Código Penal, y careciendo los mismos de la condición de palabras o frases de la técnica jurídica, describiéndose como resultado de las pruebas la conducta del enjuiciado en su obrar, reveladora de su carencia de precaución, expresión vulgar, no jurídica, y de su descuido al no fijarse si en sentido contrario viene otro vehículo. falta de la condición humana de observación, que nada tiene que ver ni con normas legislativas ni con decisiones jurisprudenciales invocadas en el aludido motivo, por lo que éste resulta impropio (Sentencia 11 marzo 1963).

— Los términos jurídicos incluidos indebidamente en la relación de los hechos probados no empañan la validez del fallo cuando son superfluos, circunstancia que concurre en la voz "ilícita" con que el juzgador de instancia califica la procedencia de la pulsera indicada, al aludir al conocimiento de dicho origen por parte del reo, ya que suprimido mentalmente tal adjetivo de la narración fáctica, las otras palabras: "con conocimiento de su... procedencia", bastan para apreciar la existencia del elemento subjetivo del injusto descrito en el artículo 546 bis, a), párrafo primero del C. P., palabras, las últimas, que, en contra del parecer de quien recurre, lejos de envolver un concepto jurídico, expresan un suceso psíquico que tuvo realidad en el alma del adquirente, razones que impiden la estimación (Sentencia 11 marzo 1963).

— La transcripción en el Resultando de hechos probados de algunas de las palabras usadas por la Ley para definir un delito, no vicia de nulidad la sentencia, sino cuando tales palabras sean la expresión de un concepto jurídico, condición ausente en la frase "aparentando bienes y negocios imaginarios", empleada por el juzgador de instancia, copia casi textual de la de "aparentando bienes... o negociaciones imaginarias" utilizada por el número 1.º del artículo 529 del C. P., dado que con esos términos, cuya significación puede ser aprehendida fácilmente por las

personas profanas en Derecho, perfila el legislador uno de los elementos meramente descriptivos del tipo, o sea, una conducta externa, perceptible por los sentidos, determinable especial y temporalmente y que por el Juez puede ser apreciada mediante la simple actividad de conocimiento, no tratándose de los elementos típicos normativos, que solamente pueden ser determinados mediante una especial valoración de la situación de hecho (Sentencia 18 marzo 1963).

— Se denuncia, como concepto jurídico, el de conducta desordenada, y aunque constituya incorrección en la redacción forense, por ser vocablos empleados por la Ley en la definición del hecho punible castigado conforme al párrafo segundo del artículo 487 de la Ley penal, la economía procesal recomienda se estime subsanado con la expresión de la causa a que obedece, que en este caso es la de embriagarse con mucha frecuencia, por lo que procede desestimar dicho motivo (Sentencia 20 marzo 1963).

— Aunque la palabra "dádivas", que se tacha de concepto jurídico predeterminante del fallo, la emplea el legislador en los artículos 385 y 391 para definir y sancionar el delito de cohecho, es un vocablo tan vulgar y corriente, que por no entrar dentro de la técnica jurídica penal, su significado está al alcance de toda persona de cultura media, y aunque se suprimiera de las premisas *de facto*, quedan elementos suficientes para llegar a comprender cuál fué la actuación de cada uno de los procesados (Sentencia 21 marzo 1963).

— Las frases denunciadas por el recurrente como predeterminantes del fallo lo predeterminan efectivamente, pero no como conceptos jurídicos, que es lo que exige en su número 1.º el artículo 851 de la LECrim., sino como declaración de un hecho cuyo relato puede hacerse incluso con las mismas palabras del texto legal, cuando son ajenas, como en este caso, a todo tecnicismo jurídico, sin necesidad de buscar otras sinónimas ni de valerse de circunloquios que vendrían a decir lo mismo, pero con menor precisión y claridad, por lo que carece de justificación este único motivo del recurso por quebrantamiento de forma (Sentencia 25 marzo 1963).

— Las frases de "que él tenía influencias para evitarlas como Inspector del Seguro de Enfermedad", título de que carece, y "logró de dicho señor, mediante tales engaños, que le hiciera entrega de cantidades en metálico... de que se apropió en su beneficio y con el consiguiente perjuicio", no implican por sí conceptos jurídicos que predeterminen el fallo, pues no son más que expresiones vulgares y corrientes al alcance de todas las inteligencias y que sirven para explicar una conducta (Sentencia 25 marzo 1963).

— La palabra conminar es sinónimo de amenazar y forma vulgar y corriente de expresar la figura delictiva que se persigue, al alcance de todas las inteligencias, no envolviendo ningún concepto jurídico que por sí solo sea predeterminante del fallo (Sentencia 3 abril 1963).

— La expresión de que el conductor "conducía reglamentariamente por la derecha de la carretera... a una velocidad de 80 kilómetros por hora" no entraña ningún concepto jurídico, pues no es más que la expre-

sión de un hecho de modo vulgar y corriente, y el propio para indicar una conducta, que no prejuzga el fallo, que se apoya en otros hechos y circunstancias de los que se desprende el modo de proceder imprudente del procesado, no disculpable ni sujeto a compensación de culpas (Sentencia 3 abril 1963).

— Si bien es cierto que la palabra "engaño" que se tacha de concepto jurídico predeterminante del fallo, la emplea el legislador en los artículos 529 y 534, por ser un vocablo usual y corriente, para su perfecta comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de derecho, puesto que su significación está al alcance de las inteligencias menos cultivadas; pero es que, además, aunque se suprimiera mentalmente dicha palabra del primer Resultando, en el resto de los hechos que se declaran probados quedan elementos más que suficientes para tipificar la conducta del recurrente como constitutiva del delito de estafa por el que ha sido condenado (Sentencia 3 abril 1963).

— No es concepto jurídico, sino hecho de la vida real que la Ley califica de delito, el de simular pertenecer a un Cuerpo de la fuerza pública y ejercer actos de competencia de la misma, sin que quepa identificar concepto y calificación por el diferente contenido y finalidad de uno y otra (Sentencia 6 abril 1963).

— La sentencia que consigna los datos meteorológicos y de estado de la carretera y el de velocidad excesiva, para las condiciones dichas, impresa por el conductor a su automóvil, ya que se trata de hechos y no de conceptos, y si pudiera estimarse que la pérdida del dominio puede ser apreciación jurídica, la economía procesal autoriza a entender que expresadas las causas de tal pérdida de dominio en el manejo del vehículo queda subsanado todo defecto, como establece la doctrina de esta Sala (Sentencia 6 abril 1963).

— La frase "ya que carecía de pericia para ello", no es concepto jurídico que predetermine el fallo como se denuncia, toda vez que la palabra "pericia" que es objeto de la tacha, es de uso vulgar y corriente, de contenido meramente narrativo, que no entra dentro del ámbito de la técnica penal, y cuyo significado está al alcance de toda persona de cultura media; pero es que, además, aunque se suprima de la declaración de hechos probados la frase entrecomillada, quedan en el primer Resultando de la sentencia de instancia elementos más que suficientes para tipificar la conducta del recurrente como constitutiva del delito de imprudencia por el que ha sido sancionado (Sentencia 9 abril 1963).

— Las frases falta de atención, falta de precaución y no darse cuenta ni prever, empleadas en el hecho probado, no son conceptos jurídicos, sino actos humanos que constituyen omisiones en la conducta y que se valoran jurídicamente cuando producen resultados lesivos, por lo que no cabe estimar que, como hechos del hombre, puedan constituir conceptos jurídicos, máxime si se expresa con toda precisión el comportamiento del procesado (Sentencia 10 abril 1963).

— La frase "olvido de las más elementales precauciones" no es el concepto jurídico de la imprudencia punible, sino la definición de dicho

concepto dada por la jurisprudencia, y como tal definición permite la argumentación en contrario ante la casación penal, por el que se considere agraviado (Sentencia 15 abril 1963).

— La frase que se consigna en las premisas *de facto* de la sentencia de instancia, de que la recurrente "sustrajo con propósito de beneficio" determinadas prendas de ropa de un comercio aprovechando un descuido de la dueña, no es concepto jurídico que predetermine el fallo como se denuncia en el motivo articulado por quebrantamiento de forma, toda vez que, aparte de que ninguna de las palabras que componen la frase entrecomillada son empleadas por el legislador en los artículos 514, 515 y 516 para definir y sancionar el delito de hurto enjuiciado, dichas palabras son tan vulgares y corrientes que su significado está al alcance de cualquier persona de cultura media, sin que sea preciso poseer para su perfecta comprensión y alcance especiales conocimientos de Derecho (Sentencia 23 abril 1963).

— Reiteradamente viene recordando esta Sala a los juzgadores de instancia la necesidad de que eviten al relatar los hechos probados expresiones o conceptos exactamente iguales a los empleados por el legislador en la redacción del precepto legal que ha de ser aplicado, a evitar que en los recursos de casación por forma, pueda invocarse y prosperar el que se ampara en el número 1.º del artículo 851 de la LECrim., y como en el relato básico son precisamente los términos del artículo 437 los únicos que sirven de fundamento a la condena, revelando ya su sola lectura la necesaria consecuencia de una condena, sin posibilidad de extraer ni del Resultando ni de los Considerandos elementos bastantes para poder, prescindiendo de los términos jurídicos utilizados, basar en ellos el fallo, que por las razones expuestas se encuentra previamente determinado, debe ser acogido el motivo de forma del recurso (Sentencia 26 abril 1963).

f') *Declaración de falta de prueba (art. 851, núm. 2.º).*—La ley procesal no exige que la atención a la víctima se exprese con los detalles que las partes estimen necesarios, sino con los que son precisos, a juicio del Tribunal, para fundamento fáctico de la resolución atinente a este punto, como son los de que al circular el reo por el lugar de los hechos, en los momentos del suceso, paró el camión que conducía, apareció a su izquierda y prestó auxilio al lesionado, que se ha de entender el posible y conveniente en aquellas circunstancias, y que duró hasta el momento que por haber sido llevada la víctima en un coche turismo a la Casa de Socorro, como expresa la sentencia, el procesado continuó su camino; y en su virtud, no ha incurrido la sentencia en el defecto de forma señalado en el número 2.º del artículo 851 de la LECrim. (Sentencia 4 febrero 1963).

g') *Resolución de todos los puntos objeto de debate (art. 851, número 3.º).*—Las cuestiones que tiene que resolver la sentencia son las jurídicas propuestas por las partes, no las de hecho, que virtualmente

quedan resueltas en la narración fáctica, donde el Tribunal hace expresa declaración de los hechos que estima probados, sin que venga obligado a mencionar los que no lo sean, ni a seguir el relato formulado en los escritos de calificación; y como ése es el supuesto defecto invocado en este motivo del recurso, no decir la sentencia que el procesado llevó a cabo estas dos ventas de partidas de corcho además de la recogida en el Resultando de hechos probados, tal omisión no puede dar contenido al recurso que se examina (Sentencia 4 enero 1963).

— Según constante doctrina jurisprudencial, las sentencias absolutorias o condenatorias resuelven implícitamente, al no recogerse en el fallo, los pedimentos de las partes; el mero hecho de que en la sentencia impugnada no se mencione como beneficiaria de la indemnización a la Compañía "I." equivale a resolver la improcedencia de su titularidad, no habiendo, por consiguiente, el quebrantamiento de forma que, al amparo del número 3.º del artículo 851 de la LECrim. alega el Ministerio público en el único motivo de su recurso, habida cuenta, además, que un pronunciamiento respecto a dicha Compañía, en uno y otro sentido, no podía hacerse por la Sala al no haber consignado en el Resultando de hechos probados la presencia de la misma, sólo conocida por la alusión inconcreta que se le hace en las conclusiones del Fiscal que se reproduce en el segundo Resultando, desconectadas en este extremo del resto de las actuaciones procesales tanto en el plenario como en la casación (Sentencia 26 enero 1963).

— Si la defensa del recurrente en su escrito de conclusiones definitivas estimó que su patrocinado había tenido una menor participación en los hechos enjuiciados y alegó que había rechazado otras propuestas de sustracción de carbón que le habían hecho los otros procesados, lo que debía valorarse como arrepentimiento espontáneo (aunque en la conclusión cuarta afirmó que no concurrían circunstancias modificativas) si en los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, se concreta y determina con claridad cuál había sido la intervención del recurrente en los hechos por lo que fué acusado, aunque no coincidieran con los sentados como definitivos por la defensa, y en los Considerandos se hace la calificación jurídica de tales hechos, y explícitamente se dice que en la realización de los delitos no han concurrido circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en cuanto se refiere a la actuación del recurrente, es incuestionable que la sentencia ha resuelto todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa y por tanto no ha incurrido en el quebrantamiento de forma que se denuncia (Sentencia 5 febrero 1963).

— Si las sentencias, según el artículo 142 de la LECrim., se hallan integradas aparte el encabezado, por Resultandos, Considerandos y fallo y si los recursos de casación por quebrantamiento de forma deben necesariamente fundarse en vicios procesales de que adolezcan aquellas resoluciones judiciales, habiendo recurrido en casación en concepto de acusador el Banco V., apoyado en el número 3.º del artículo 851 de la citada ley de procedimiento, por entenderse que el Tribunal de instancia no

había resuelto los puntos que a dicha parte afectaban, únicos que le era dable combatir por carecer de representación para poder efectuarlo a nombre de otras entidades supuestas perjudicadas que se hallaban en sus mismas condiciones, al consignarse en el séptimo de los Resultandos que la parte recurrente solicitó para el procesado la misma pena e indemnizaciones que el Ministerio Fiscal y "demás partes interesadas", al fallo acoge íntegramente la petición fiscal, por lo que no es posible argumentar que no aparecen recogidas las peticiones de las partes, en este caso la del Fiscal y la de la entidad recurrente, por lo que carece de base el recurso según los términos de la propia sentencia; pero es que no ha sido tenido en cuenta, según los autos que se tienen a la vista, que la sociedad aseguradora que acude en casación por forma, ha reclamado una cantidad "por el perjuicio recibido", como coaseguradora con otros del riesgo del accidente de trabajo, por su porcentaje en el riesgo, reclamación que no se ha recogido en la sentencia como base de éxito probable en el recurso, por omisión del juzgador y de la parte que habla, no subsanada cuando pudo y debió hacerse, solicitando la pertinente aclaración, al no efectuarlo la Sala sentenciadora de oficio, al amparo del artículo 161 de la citada ley procesal criminal, situación que en la presente coyuntura impide ya ser acogido este recurso (Sentencia 8 febrero 1963).

— Como con tanta reiteración ha decidido esta Sala, las sentencias que condenan o absuelven resuelven implícitamente los puntos sobre que versaren las respectivas peticiones de las acusaciones o defensas, el hecho de que se haya condenado por sólo un delito de estafa y no por dos, como se solicitaba en el escrito de conclusiones del Ministerio Fiscal, ha resuelto de dicho modo el asunto referente al segundo delito, por lo que no se quebrantó el número 3.º, artículo 851 de la LECrim. (Sentencia 15 febrero 1963).

— El único motivo admitido se apoya en el número 3.º del artículo 851 de la LECrim., por entender que no se ha resuelto sobre la existente primera del artículo 8 del C. P., alegada en tiempo, y forma y no puede prosperar, pues al no hacer el Resultando ninguna referencia al estado de salud del procesado, estima su normalidad que es lo corriente y esto no necesita ningún razonamiento, cosa imprescindible para estimar alguna circunstancia modificativa como lo hace en la declaración *de facto* de la condena anterior y en el tercer Considerando declara su existencia (Sentencia 18 febrero 1963).

— Si en el rollo de la Audiencia al folio 210 figura el escrito de la calificación definitiva del M. Fiscal y en el acta del juicio oral consta que la acusación privada se sumó a la modificación del M. Fiscal, luego no puede hablarse de quebrantamiento de forma, pues si creía que había alguna infracción sobre tal calificación, debió razonar y no negando inexactamente su existencia. (Sentencia 21 febrero 1963.)

— Aún siendo cierto que al haberse tenido, debida o indebidamente como parte, a la representación de la "M", la Sala sentenciadora debió haberse pronunciado expresamente sobre su petición, no puede estimarse

que se haya quebrantado la forma en el sentido del núm. 3 del art. 851 de la L. E. Crim., porque es doctrina reiterada de este Tribunal que no acordarse algo equivale a resolver de modo implícito su denegación, con tanta mayor evidencia cuanto que en el resultando de hechos probados se hizo mérito a la existencia del seguro, el no pronunciamiento expreso no justificaría una casación sin otra finalidad que la mera dilatoria, pues que como el resto del recurso postula, la presencia del defecto procesal no impediría su rectificación en la vía de fondo si a ello hubiere lugar. (Sentencia 5 marzo 1963.)

— La sentencia no dejó de resolver ningún problema jurídico planteado por las partes, que es lo que da contenido al recurso, ya que la única sometida al Tribunal fue que el procesado, Médico-jefe de un Dispensario Antituberculoso, tenía a su servicio como enfermera en el mismo y en su consultorio particular a una joven de diecisete años, de buena conducta y acreditada honestidad con la que tuvo acceso carnal repetidas veces, dejándola embarazada; y como esto es lo que recoge la narración fáctica de la sentencia y resuelve jurídicamente, no se puede decir que haya incurrido en el defecto de forma que se le atribuye, aunque no consigne en el hecho probado que el procesado realizó el acto "prevalido de su condición de jefe y patrono de la misma", como se hacía constar en el escrito de calificación de la acusación privada, toda vez que el Tribunal en el relato de los hechos no tiene que seguir el formulado por las partes, ni menos insertar las palabras utilizadas por la Ley para calificar o matizar el delito, porque sería consignar como hechos conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, incurriendo a su vez en otro defecto de forma, sino llevar al relato aquellos puntos de hecho que estima probados y que han de servir de base a la calificación que se haga en los considerandos; cosa que hizo la sentencia que se impugna, declarando edad y honestidad de la víctima, servicios que prestaba al procesado y cualidad de jefe o patrono de ella en el servicio oficial y su clínica particular, y sitio donde los actos tuvieron lugar, que son los elementos necesarios para montar sobre ellos el delito que imputaban las acusaciones. (Sentencia 6 marzo 1963.)

— Los defectos procesales que se denuncian, simples errores contenidos en los resultando de la sentencia recurrida al transcribir las peticiones formuladas por las partes en sus respectivos escritos de calificación, no pueden ser materia de casación por quebrantamiento de forma, como se postula en este motivo, toda vez que si bien es cierto que la representación del querellante, que no compareció en el acto del juicio oral, en su escrito de conclusiones provisionales acusó solamente a Enrique E. como autor del delito de usura, por estimar que el recurrente Jaime A. era ajeno al proceder del otro procesado, por cuya razón desistía de las acciones que venía ejercitando contra aquél, y del mismo modo es verdad que la defensa del recurrente en sus conclusiones definitivas negó que su patrocinado hubiera cometido los hechos que se le imputaban, y en todo caso no existiría el delito de usura por falta del requisito indispensable de la habitualidad, como el delito que se perseguía es de ca-

rácter público, y el M. Fisc. mantuvo la acusación para los dos procesados, al dictar sentencia la Audiencia, condenando al recurrente y absolviendo a E., resolvió de manera implícita todos los puntos que habían sido objeto de las acusaciones y defensas, pues no cabe olvidarse que los puntos que no haya resuelto la sentencia de instancia, a que se refiere el motivo de recurrir que se examina, tienen que ser puntos de derechos, no de hecho (Sentencia 8 marzo 1963.)

— Ni en el escrito de conclusiones provisionales, ni cuando después las elevó a definitivas, el recurrente hizo petición alguna sobre la acumulación de los sumarios que por razón de conexidad ahora alega, cuestión que además ya fue resuelta por la Audiencia en el incidente que se tramitó oportunamente limitándose la defensa del recurrente en sus conclusiones a solicitar la absolución de su patrocinado, por entender que no había cometido los delitos que se le imputaban, por lo que al condenar la sentencia de instancia al recurrente, por los delitos de que fue acusado por el M. Fiscal y la representación del Estado, resolvió todos los puntos que fueron objeto de acusación y defensa y por ello no incurrió en la incongruencia y vicio procesal que se le atribuye. (Sentencia 21 marzo 1963.)

— El motivo por quebrantamiento de forma debe prosperar, pues la recurrente "P" Compañía Anónima de Seguros Generales ha venido actuando como parte acusadora, y en su escrito de conclusiones formula peticiones que no han sido resueltas en la sentencia ni recogidas en el resultando que a dicha parte se refiere. (Sentencia 25 marzo 1963.)

— Se alega que el Tribunal a quo dejó de resolver sobre la petición de la recurrente, respecto a su derecho preferente a reintegrarse y en la cuantía pedida, debe tenerse en cuenta que el fallo impugnado impuso al condenado criminalmente unas responsabilidades pecuniarias en "concepto de indemnización civil" en cuantía determinada "desestimando en este concepto tanto la petición de la acusación privada como la de la representación de la recurrente, sin que quepa duda que la desestimación se refiere, en cuanto a la "M", que es lo que interesa, a un concepto, no a una cuantía, y este "concepto" no puede ser otro que su derecho al cobro de indemnización, pues de referirse a un "quantum" de ella no hubiera convenido el sustantivo "concepto" y se hubiera indicado la "extensión de lo concedido"; si pues en la absolución se desestima el derecho a percibir, huelga, lógica y jurídicamente toda precisión sobre preferencia de lo improcedente, ni sobre cuantía de lo no otorgado, siendo, pues, el fallo completo y comprensivo de la totalidad de lo planteado por la Mutua y en consecuencia improcedente el recurso. (Sentencia de 2 de abril de 1963.)

— No quebranta la forma que se denuncia con base en la causa 3.^a del art. 851 de la Ley procesal, la condena de los mismos pronunciada a virtud de la acusación fiscal, porque, a los fines y exigencias del principio acusatorio, basta que sea mantenida aquella acusación por una sola de las partes intervinientes en tal concepto para que la condena sea válida, sin que obste a ello el error de la sentencia, en su tercer Resultando, que

alude a la coincidencia de la recusación particular con las conclusiones del M. Fiscal, porque un error material no puede viciar una realidad procesal y legal. (Sentencia 5 abril 1963.)

h') *Punición por un delito más grave (art. 851, núm. 4.º)*.—La sentencia no pena un delito más grave del que fue objeto de la acusación, que es el caso previsto en el núm. 4.º del art. 851 de la Ley Procesal invocado en los recursos, sino que impone la pena en medida distinta a la señalada por el Fiscal, pero dentro de los límites fijados por la ley al delito de que se acusó a los procesados; lo que se evidencia observando que el Fiscal acusó a Manuel R. y a Armando C., como autores cada uno de ellos de dos delitos de receptación a efectos procesales de frutos superiores a 100.000 pesetas e inferiores a 50.000, pidiéndoles la pena de tres años de presidio menor y 20.000 pesetas de multa por cada delito; y la sentencia los condena como autores de esos mismos delitos, a las penas de seis años de presidio y 5.000 pesetas de multa por una receptación, y a seis meses de arresto mayor y a la misma multa por la otra receptación que estimó de cuantía inferior a 10.000 pesetas; o sea, que sanciona los mismos delitos de que fueron acusados y con las penas asignadas a ellos en los arts. 546 bis a) y 514 del Código penal y en la extensión que estimó conveniente de acuerdo con la facultad que para ello concede el Tribunal la regla 4.ª del art. 61 del Código. (Sentencia 3 enero 1963.)

— Aunque el M. Fiscal acusó al recurrente, por creer que concurría la circunstancia de habitualidad, como autor del delito previsto y sancionado en el art. 542 del C. P. y el Tribunal de instancia le condenó por el mismo delito de usura en su modalidad de préstamo encubierto del artículo 543, esto no implica que haya condenado por delito más grave que el que fue objeto de acusación, como se alega en este motivo, puesto que en uno y otro precepto se establece igual pena para uno y otro caso y el delito que se define y castiga en ambos es el mismo de usura, por lo que el Tribunal a quo no penó un delito más grave que el que fue objeto de acusación y por consiguiente no tuvo necesidad de hacer uso de la facultad que concede el art. 733 de la Ley Procesal, formulando la correspondiente tesis, y si bien es cierto que el M. Fiscal solicitó que se impusiera a este procesado la pena de dos años de presidio menor y multa de 5.000 pesetas y la Audiencia le condenó a dos años y un día de igual presidio y 5.000 pesetas de multa, la Sala de instancia hizo uso del libre arbitrio que le concede la regla 4.ª del art. 61 del C. p., facultad que no es revisable en casación, pues si en el hecho de autos no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pudo imponer la pena señalada al delito en el grado que tuviera por conveniente teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, regla que ha sido observada estrictamente por el Tribunal a quo, puesto que no solamente no rebasa los límites de la pena señalada al delito sino que la impuso en su grado mínimo, y aunque aumentó en un día la pedida por el M. Fiscal, tampoco esto constituye el quebrantamiento de forma denunciado, porque las peticiones que sobre este parti-

cular hagan las acusaciones no vinculan a la Sala sentenciadora para que tengan que someterse a esa medida tasada, ya que ello implicaría la anulación de la libertad concedida al Tribunal por el precepto citado para moverse dentro de los límites señalados por la ley, que en el presente caso son de seis meses y un día a seis años de presidio menor. (Sentencia 8 marzo 1963.)

— La pena impuesta es notoriamente menor que la solicitada por el Fiscal, de 3.000 pesetas en lugar de 12.000, de multa e iguales las sanciones restantes, sin que para ello influyera necesariamente la presencia o no de la agravante, que el Fiscal no estimó, dado que precisamente en los delitos culposos del art. 565 del C. p., su párr. 3.º libera a los Tribunales de la mecánica de aplicación de penas prescritas en el art. 61. (Sentencia 30 marzo 1963.)

— La sentencia recurrida condena por el mismo delito de imprudencia temeraria a causante de daños alegado en conclusiones definitivas por la única parte acusadora y no incurrió por tanto en el defecto procesal por quebrantamiento de forma del art. 851 núm. 4.º de L. E. Crim. a cuyo amparo se acoge el recurrente, pues la debida congruencia queda a salvo cuando no se agrava la calificación del delito. (Sentencia de 13 de de 1963.)

d) *Legitimación para recurrir: Del responsable civil subsidiario.*— El primer motivo del recurso interpuesto por el responsable civil subsidiario don Félix G. G. no puede ser admitido, toda vez que no está legitimado para impugnar la responsabilidad criminal que ha declarado la Sala sentenciadora respecto a otra persona condenada como autor del delito perseguido, cuyo procesado aunque preparó recurso de casación, ha sido desestimado por esta Sala a tenor de lo preceptuado en el párrafo 2 del art. 876 de la L. E. Crim. por lo que ha incidido este motivo en la causa de inadmisión 4.ª del art. 884 del mencionado ordenamiento procesal. (Auto 6 febrero 1963.)

— La legitimación procesal del responsable civil subsidiario en el recurso de casación por infracción de Ley, queda circunscrita a la impugnación de la existencia, entidad y sujeto pasivo de los daños y perjuicios, así como a la impugnación del nexo y circunstancias que fundan la responsabilidad civil subsidiaria como tiene declarado reiteradamente este Tribunal en doctrina inferida de la interpretación armónica de los artículos 652, pár. 1.º en relación con el 2.º del 650, 692; 700 en relación con el 695, 737 en relación con el 736, y pár. 1.º del 854 de la L. E. Crim. (Sentencia 29 enero 1963.)

e) *Adhesión al recurso improcedente.*—No puede estimarse acto de adhesión a recurso interpuesto, acción coadyuvante a él, el hacer valer alegaciones y planteamientos dispares del recurso principal, dando valor autónomo a lo sólo admisible como accesorio, si ello, como en el caso que se examina, viene a la vida procesal no ya sólo como independiente, sino

hasta en muchos aspectos como impugnatorio del recurso que como principal se imponía. (Auto 21 enero 1963.)

f) *Prohibición de la "reformatio in peius"*.—No es permitido en la esfera penal que el responsable postule la agravación de su propia condena. (Sentencia 15 abril 1963.)

g) *Requisitos en la preparación del recurso (art. 855)*.—La recurrente, en su testimonio escrito de preparación de sus recursos, manifestó simplemente que "me propongo interponer contra la misma —sentencia— el oportuno recurso de casación por infracción de Ley y quebrantamiento de forma" y esta expresión va en contra de las normas del artículo 855 de la L. E. Crim., por cuanto si siempre se ha de especificar cada tipo de recurso dentro de sus grupos, mucho más en los por infracción de Ley, que tienen tan distintas virtualidades según se basen en el apartado 1.º o en el 2.º del art. 849 de dicha Ley, y en los fundados en quebrantamiento de forma, que pueden entroncarse en las múltiples variantes de los arts. 850 y 851 de la Ley de enjuiciar, por ello al no haberse manifestado oportunamente la clase de recursos y según una constante doctrina de esta Sala, procede aplicar el párr. 4.º del art. 884 de la tan mencionada Ley: (Auto 7 enero 1963.)

— El único motivo articulado por quebrantamiento de forma en el recurso ha incidido en la causa de inadmisión 4.ª del art. 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no haber sido preparado debidamente, toda vez que al anunciarlo no se indicó la falta cometida como previene el art. 855 de la misma ley, requisito que no se cumple mencionando un precepto legal, como el núm. 1.º del art. 851, comprensivo de varias faltas, porque queda sin determinar la que va a ser materia del recurso. (Auto 10 enero 1963.)

— El incumplimiento en el recurso por infracción de ley del número 2.º del art. 849 de la L. E. Crim. de lo dispuesto en el párr. 2.º del artículo 855 de la misma de no designarse los particulares de los documentos señalados como auténticos que patenticen el error de hecho padecido por el Tribunal sentenciador, es causa de inadmisión de este motivo, según el citado núm. 4.º del art. 884 de la referida Ley procesal, prescindiendo ya de que no se indican documentos, sino folios sumariales que no es lo mismo. (Auto 12 enero 1963.)

h) *Tramitación separada de dos recursos*.—En el mismo rollo se tramitan conjuntamente dos recursos de casación contra auto del Juzgado de instrucción resolviendo cuestión de competencia por inhibitoria entre los Juzgados de Paz de Verdú y Ciudadilla, uno interpuesto por Miguel V. T. sobre si la partida "A" en la que se supone cometida por el recurrente, a las ocho horas del 8 octubre 1961, una infracción de la Ley de Caza, corresponde a efectos de competencia para juicio de faltas, al término municipal de Ciudadilla o al de Verdú, y otro interpuesto por don Román O. P. sobre si la partida "D" en la que se supone cometida por

este segundo recurrente, a las doce horas del mismo día, una infracción de la Ley de Caza, corresponde a uno u otro de los indicados términos municipales. La parte recurrida (Guarda Jurado denunciante) al oponerse en sendos escritos a la admisión de ambos recursos, no opuso reparo alguno a su tramitación conjunta en el mismo rollo y el M. Fiscal en su dictamen sostiene que deben tramitarse separadamente. El T. S. acuerda 1.º Desglosar con sus documentos, el segundo de los recursos interpuestos, dejando nota suplementaria en el rollo. 2.º Testimoniar a continuación los escritos, declaraciones, providencias y actuaciones de toda clase que se refieren conjuntamente a ambos recursos. 3.º Encabezar con lo mencionado en los pronunciamientos anteriores, el oportuno rollo independiente, y 4.º Formar en el rollo la correspondiente nota referente al primer recurso. En uno de los Considerandos afirma que: "Dados los distintos lugares en que, según las dos denuncias y sus respectivas ampliaciones, fueron sorprendidos a distinta hora del mismo día los denunciados recurrentes, y ante la posibilidad, pues con los datos remitidos no cabe descartarla, de que correspondan a distintos términos municipales, procede tramitar separadamente los dos recursos de que queda hecho mérito". (Auto 11 enero 1963.)

i) *Respecto a los hechos probados.*—Si se dice en el primer Recusando de la sentencia recurrida que R. G. fue nombrado depositario de un motocarro propiedad de G. N. marca "Roa" matrícula verde 16652 embargado para garantizar la responsabilidades civiles dimanantes del sumario núm. 425 de 1957 del Juzgado núm. 7 y puesto de acuerdo con el G. procedieron a la enajenación del mismo para beneficiarse con su venta y como si estuviera libre, y como el recurrente en su escrito interponiendo el recurso manifiesta que R. no tenía conocimiento de su nombramiento de depositario y que el motocarro no estuvo nunca en su poder, es evidente que no respeta los hechos declarados probados, que no han sido combatidos en la forma procesal oportuna y ha incurrido en la causa de inadmisión del núm. 3.º del art. 884 de la L. E. Crim. (Auto 8 enero 1963.)

j) *Decisión del recurso.*—Acogiéndose un motivo por quebrantamiento de forma y teniendo en su virtud que dictar nueva sentencia el Tribunal de instancia, no procede entrar en el estudio del recurso interpuesto por infracción de ley. (Sentencia 4 enero 1963.)

k) *Límites de la nueva sentencia (art. 902).*—El recurso no podría prosperar por impedirlo el art. 902 de la L. E. Crim., ya que de acogerse la tesis del recurrente, habría que estimar que cometió un hurto cualificado por el abuso de confianza, delito que lleva aparejada pena notablemente superior al de apropiación por el que fue condenado, procediendo en su virtud desestimar el motivo admitido a trámite, al no haberse cometido la infracción de los arts. 535 y 514 del citado Código, postulada en el recurso. (Sentencia 4 enero 1963.)

— Rechazable el recurso de Benita D., ello no obstante y a los fines de un ejercicio de facultades que a esta Sala confieren, el párrafo 2.º del art. 2.º del C. P., art. 20 de la Ley 18 julio 1870 y art. 902 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha tenido en cuenta el ser la procesada viuda, con dos hijas menores y por tanto cabeza de esa familia, con buena conducta, su condición de delincuente primaria y la desarmonía entre una pena de reclusión menor, legal por otra parte, y un dolo, que al concebirse como aspiración de intereses y al convertirse el apetito en realidad resultó dispar el valor real y desconocido de los objetos sustraídos, con el buscado por la procesada, mostrada esta falta de cálculo en la extensión del perjuicio en lo módico del precio de venta y en el hecho, revelador de una supina incultura en la materia, de haberse tirado entre los desperdicios domésticos las lentes, de los microscopios machacados como recogió la investigación sumarial, sin que de los vendidos enteros y útiles obtuviera más de 100 pesetas por pieza, y por el todo 1.000, cifra tan alejada de las 163.360, de tasación. (Sentencia 14 febrero 1963.)

— Cumplidas las prescripciones legales en cuanto a la desestimación del recurso por el único motivo que fué planteado, el de error en la apreciación de la prueba al amparo del número 2.º del artículo 849 de la LECRim., la Sala no puede entrar en la calificación jurídica del hecho, no quedando más solución que al amparo del párrafo segundo del artículo 2.º del C. P. y del 902 de la LECrim. dirigirse al Gobierno, pues del hecho probado aparece que, al iniciarse la relación sexual, el recurrente tenía dieciocho años de edad y la que aparece como víctima veintinueve años, y si bien declara el hecho probado que es sordomuda de nacimiento y carece de instrucción, la misma declaración admite que prestaba servicios domésticos en casa de los padres del recurrente, como anteriormente los había prestado en otras casas, y que si accedió a la relación, fué porque mímicamente le hizo muestras de que se casaría con ella, y estas circunstancias caen fuera del número 2.º del artículo 429 por el que se sanciona, pues parece exigir para su aplicación la privación de la razón o del sentido, y no puede estimarse que concurrieran en este caso puesto que la mujer, además de haber prestado servicios domésticos en otras casas y durante varios años, manifestó, y así lo hace constar la declaración *de facto*, que accedió al coito por las promesas matrimoniales que recibió. (Sentencia 20 marzo 1963.)

— La acogida del recurso es extensiva por sus efectos a los recurrentes que habiendo actuado en él, dejaron de comparecer en forma en el último período por renuncia del abogado y procurador que venían ostentando la defensa de S. C. y G. P., puesto que a tal medida obliga lo dispuesto en el artículo 903 del Ordenamiento procesal criminal (Sentencia 24 abril 1963).

B. *Recurso de revisión: Causa cuarta del artículo 954.*—Practicadas las diligencias conducentes a demostrar que en la fecha en que se dice perpetrado el delito de robo en el pueblo leonés de Fresno de la Vega, día 1 agosto 1952, los procesados condenados se hallaban presos en la

Prisión Central de San Miguel de los Reyes y Provincial de Madrid, respectivamente, es de toda evidencia que no pudieron participar en el hecho por el que fueron condenados previa conformidad propia y de sus defensores, en sentencia número 27 dictada por la Audiencia de León en 31 enero 1956, y en consecuencia debe acogerse íntegramente el recurso de revisión interpuesto en favor de los reos, y aceptado por la representación de los mismos en el acto de la vista (Sentencia 13 febrero 1963).

III. PARTE ESPECIAL

Procedimiento de urgencia: a) *Denegación de diligencias probatorias.*—De la lectura comparativa del párrafo cuarto del artículo 659 y del párrafo segundo del artículo 798, ambos de la LECrim. (en la redacción que dió al último el artículo 1.º de la de 8 junio 1957), claramente se desprende que mientras en el proceso penal ordinario cabe el recurso de casación, al amparo del número 1.º del artículo 850 de la misma Ley, cuando propuesta en forma una diligencia de prueba pertinente en el escrito de calificación, el Tribunal la rechaza en el auto a que se refiere el citado artículo 659, siempre que se prepare oportunamente con la correspondiente protesta, en el procedimiento de urgencia para determinados delitos, objeto del título III, libro IV, de la ley procesal penal, no se da dicho recurso cuando el Tribunal, en el auto a que alude el párrafo primero del artículo 798 mencionado, inadmite pruebas de las propuestas en el escrito de calificación, sin perjuicio de que la parte agraviada pueda reproducir su petición en el momento previsto en la regla primera del artículo 800 y de que, si en este momento vuelve a ser rechazada la prueba, pueda la parte que la propuso preparar e interponer el recurso de casación que autoriza el referido número 1.º del artículo 850. Por lo que, al menos en este aspecto, el medio articulado por el hoy recurrente—con el carácter de prueba anticipada—, en el apartado quinto de la parte de su escrito de calificación referida a la proposición de pruebas, no admite tacha, pero como una vez denegada por la Audiencia la práctica de esa prueba y de formulada por las partes proponentes la reclamación que juzgaron necesaria, no hizo uso el procesado de la oportunidad que para reproducirla—ya con el concepto de prueba ordinaria—en el momento previsto en la regla primera del artículo 800, le otorgaba el párrafo segundo del artículo 798 de la Ley procesal, no cabe, en virtud de lo expuesto en el fundamento precedente, que ahora impugne en casación la primitiva inadmisión de la misma, utilizando el cauce señalado por el número 1.º del artículo 850 del Código de Enjuiciamiento Criminal (Sentencia 28 enero 1963).

— Tratándose de procedimiento de urgencia modificado por la Ley 8 junio 1957 contra la denegación de pruebas articuladas en los escritos de calificación no cabe recurso alguno, pudiéndose reproducir la petición

en el acto del juicio oral, cosa que no hizo el recurrente al interponer recurso de súplica contra el auto denegatorio de la prueba pericial, sin reproducir después la propuesta, como previene el artículo 798 de dicha ley; con lo que se aquietó con la resolución del Tribunal *a quo* y quedó imposibilitado de interponer recurso de casación por esa negativa (Auto 31 enero 1963).

— Aunque la denegación de pruebas que puede hacer viable el recurso de casación del número 1.º del artículo 850 de la LECrim. son aquellas que se consideren pertinentes y no lo es en el procedimiento de urgencia suspender el juicio oral para trasladarse el Tribunal al lugar de autos cuando éste se declara suficientemente instruido para dictar sentencia, para que la propuesta de prueba sea eficaz, es preciso, además, hacerla en el momento mismo de iniciarse el acto del juicio, cuando el procesado y tercero responsable civil no prestan su conformidad a la acusación, según tiene declarado esta Sala interpretando el artículo 800 de la LECrim. después de la reforma del año 1957, porque cerrado el período de proposición en aquel instante, no es posible abrirlo de nuevo después de la práctica de las admitidas; y como eso es lo que pretendió hacer el recurrente con la prueba de reconstitución, solicitada extemporáneamente, la petición estuvo bien denegada y el motivo de casación fundado en esa negativa no puede ser acogido (Sentencia 19 febrero 1963).

b) *Incomparecencia de testigos*.—La Audiencia procedió rectamente al no suspender el juicio oral pese a la incomparecencia de dos de los testigos propuestos por la que ahora recurre, en primer término, porque tramitada la causa por el procedimiento de urgencia, se atuvo a lo dispuesto en el artículo 801, párrafo tercero de la LECrim., conforme al cual no se suspenderá el juicio por la incomparecencia de testigos, cuando éstos hubieren declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente instruido con la prueba practicada para formar juicio completo sobre los hechos, condiciones concurrentes en el caso de autos, por cuanto que E. S. M. y V. B. C. habían declarado en el sumario y si bien en el acta del juicio oral no se consignaron los fundamentos que tuvo en cuenta la Audiencia para no suspenderlo, es indudable que al acordar su continuación es porque se consideraba suficientemente instruida con las pruebas practicadas, y, en segundo lugar, porque si no comparecieron los testigos referidos fué debido a que no pudieron ser citados para el juicio por resultar desconocidos en el domicilio donde se intentó el acto procesal de intimación (Sentencia 24 abril 1963).

IV. EJECUCION

Artículo 444 del C. P.—El fallo recaído en causa por delito de estupro, que condena al procesado a satisfacer una determinada cantidad a

la ofendida, para el mantenimiento de la prole, infringe claramente el artículo 444 del C. P. que aparece aplicado, ya que limitada en este caso la responsabilidad civil al hecho de mantener al hijo o hijos habidos como consecuencia del estupro castigado, la fijación de la suma a satisfacer o el cumplimiento de la obligación de alimentar, opción permisible, es materia de ejecución del fallo, por todo lo que procede acoger el recurso del Ministerio Fiscal (Sentencia 22 febrero 1963).

De la aplicación del estado de necesidad

(Sentencia de 18 de diciembre de 1963)

JUAN DEL ROSAL

De la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SUMARIO: 1.º Relación de "hechos probados".—2.º Sentencia del Tribunal "a quo".—3.º Impugnación por el Ministerio fiscal.—4.º Contemplación dogmático-técnica de la Sentencia de la Sala 2.ª del T. S.

1.º La decisión judicial firme da como "probada" la relación siguiente: "Primero resultando probado y así se declara que I. N. D. M., que venía padeciendo una enfermedad renal, de sintomatología cancerosa, que la producía fuertes dolores, de la que era tratada por el Dr. don A. F. I., Médico del Centro Asistencial del Servicio de Guardia del Distrito de V., como el diecisiete de enero de mil novecientos cincuenta y siete en la agudización de aquéllos acudiera al mencionado establecimiento y no encontrándose en él el citado facultativo, se apoderó en el mismo de una receta en blanco, con membrete de dicho Centro asistencial, la que rellenó con el fin de obtener el suministro de una caja de 12 ampollas de "Matasedin", producto estupefaciente para cuya adquisición era precisa receta oficial de tóxicos, consignando una firma y rúbrica intentando imitar la del repetido Dr. F. I. que, en definitiva presentó en la Farmacia, sita en el número sesenta y uno de la Avenida de S. D., sin que le fuera despachada, por abrigar al farmacéutico sospechas respecto a su autenticidad".

2.º *Sentencia del Tribunal "a quo"*

La Audiencia Provincial respectiva estimó que los "hechos probados" eran constitutivos de un delito de falsificación de documento oficial, del artículo 302, núms. 1 y 4 en conexión inmediata con el 303 del C. p. vigente, sin circunstancia alguna modificativa de responsabilidad criminal, imponiendo en concepto de autora, la pena de seis meses y un día de prisión menor y multa de mil pesetas con arresto sustitutorio en caso de impago hasta quince días, con sus accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión y oficio y derecho de sufragio y al pago de las costas.

3.º *Impugnación por el Ministerio fiscal*

Una vez más en cumplimiento de la tarea encomendada al Ministerio público de velar por la observación de las leyes, estimó en el supuesto actual que debiera invocarse la eximente incompleta de estado de necesi-

dad, al amparo del núm. 1 del art. 9 y en referencia con el núm. 7 del art. 8.

En consecuencia, impugnó la sentencia del Tribunal inferior, por la fundamental alegación que se había infringido por indebida inaplicación los preceptos citados y tanto el escrito de formación del recurso, del número 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuanto *in voce* razonó en su día su postura en beneficio, claro está, de una dulcificación de la condena impuesta. Argumento digno de encomio, por lo que supone traerlo a colación en una familia delictiva, de índole formal, si bien se concedió cierto ámbito de discrecionalidad, introducido por la reforma del año 1944, en cuanto a la graduación de la pena, en su art. 318.

La postulación de esta tesis, traída a liza de la mano del Ministerio fiscal, cuando no se quiso ver ninguna apoyatura por las defensas, entraña una actitud sumamente elogiabile, no por el grado de humanidad que representa, condición que no es menester ponderar, sino por la confluencia de dos principios, en buena parte, antagónicos, desde el plano de la pura dogmática, entre la imputación de falsedad y la graduación de la responsabilidad, en base a una atenuante.

No cabe duda que merece nuestro más sincero pláceme, por la honra con que ha penetrado, en fin de cuentas, una mentalidad que *siempre* debe estar presente, la justicia del "caso" con la situación abstracta, representada por el precepto penal.

4.º *Contemplación dogmático-técnica de la Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo*

De siempre se ha sacado a relucir la amplia concepción, en que viene montado el estado de necesidad en el C. p. vigente. La reforma del 32 lo amplió y quedó todavía más perfecto con la del año 1944, puesto que cabe la solución entre bienes de igual valor. Pero aunque no se plantearan técnicamente las dificultades que apareja en otros códigos penales, sin embargo prácticamente era una eximente de difícil aplicación, por decir casi imposible.

Ya en otra ocasión alegamos que "la aplicación de esta eximente se ha administrado con demasiada cautela. Entendemos que con ello nos descubre, por si ya no se supiera, cómo los tribunales de justicia, en situación de conflicto entre la decisión humana —empujada por la debilidad o por otras circunstancias— y el orden penal, adoptan un criterio conservador y se inclinan, con la mejor buena fe, por el mantenimiento de las disposiciones legales.

De otro lado, el estado de necesidad puede ser en ocasiones la consecuencia de una vida carente de esfuerzo o de disciplinada atención, y de aquí que se resista la práctica, a veces a admitirlo, ora no se da la proporción debida, imputable a las alteraciones propias del "estado", con lo que se descarta el funcionamiento de la eximente, que las más de las veces se ha estimado en su forma incompleta".

Si se repasa por encima la Jurisprudencia se puede llegar, entre otras, a las conclusiones siguientes:

a) Exige para su aplicación un conflicto total. En una palabra, "la imposibilidad de obrar de otra manera para evitar el sacrificio del bien propio o ajeno". (S. S. 6-XI-943 y 2-XII-953.)

b) *Jamás se ha aplicado en las falsedades*, únicamente en los daños (Sentencia 3-XI-875) y en algún que otro delito contra la propiedad (Sentencia 10-II-941) y se ha planteado tanto en la literatura cuanto en la práctica fundamentalmente a propósito del hurto famélico. (Sentencias 7-XII-950 y 20-II-957.)

Ahora se sienta Jurisprudencia al apreciarlo en las falsedades, en que todavía perdura su origen de provincia penal, de corte excesivamente formalista, sobre todo, en punto al problema de la imposibilidad de graduación del evento.

Además, se estima a la vez su naturaleza graduable en la falsedad y entra en juego, claro está, la importancia de la situación concreta en que ha acontecido el hecho. En una palabra, se encaja, en su justo valor, las circunstancias modeladoras de la decisión delictiva, de suerte que el fallo roza la base existencial, cabría decir, del ordenamiento punitivo, en que si, por un lado, está adosado en la necesidad de su presencia para que haga posible la coexistencia humana, cuando la persona con malicia o desidiosamente no quiere acordar sus comportamientos a las exigencias de las normas penales; de otra parte, la problematicidad del cumplimiento del mundo de los deberes impuestos por el Código penal y leyes penales especiales requiere que su cumplimiento se efectúe en situaciones vitales en que el ser humano pueda, con el esfuerzo normal y corriente, conjugarlas con su conducta. O sea, que la clave del orden penal consiste, sin más, en equilibrar la problemática que trae consigo la *necesidad* del imperio del Derecho con la traducción del mismo en la experiencia humana, como guía de actos de cada día. Y en ocasiones se presenta a la vista conflictos, de tal índole, que resulta imposible el cumplimiento de las exigencias jurídico-penales, en cuyos casos se tendrá que amparar la falta de responsabilidad en la eximente del estado de necesidad.

La apreciación, por tanto, de la eximente 7.^a del art. 8 del C. p. vigente entraña que el Tribunal penetra hasta el límite, por demás delicado, de la valoración penal, indicado por la *necesidad* y la *exigencia*. La primera revela un estado de suyo incompatible con los deberes jurídico-penales, cuando, en realidad se da en su "totalidad".

La segunda quiere decir que en tanto pueda cumplirse la norma persiste el reproche que pudiera enfilarse al amparo de un precepto penal. Mientras que esta *exigencia* periclita si por el contrario, nos hallamos con que hubiese bastado un pequeño esfuerzo para que el acto estuviere recubierto penalmente, entonces tendríamos que llegar a la punición.

Sólo tiene asidero la no exigibilidad de otro comportamiento cuando en una visión discriminadora del hecho y de la persona, los dos polos por entre los que discurren el pensar penal, se colige la conclusión que, en ver-

dad, no es posible montar ningún reproche, como sucede en la relación facticia del caso que nos ocupa.

Por esto en el único "considerando" de que consta la presente sentencia se razona de la forma siguiente:

"Que asiste plena razón al único motivo del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en favor del reo, al impugnar la sentencia por no haberse aplicado circunstancia alguna en la calificación de los hechos probados, siendo así que de su lectura se desprende con toda evidencia no sólo la eximente incompleta de estado de necesidad 7.^a del artículo 8.^o del C. p., en relación con el núm. 1 del artículo 9.^o, sino la completa que se define en el primero de los preceptos sustantivos citados, ya que acreditado del modo más fehaciente en la conducta de la procesada la colisión de valores o intereses jurídicos entre la falsedad cometida en la receta de suministro de estupefacientes y la urgencia que los fuertes dolores de la enfermedad cancerosa que padecía reclamaba, esta situación debió y debe valorarse como de mayor entidad, por lo personal y acuciante, que el abstracto interés de la seguridad en el tráfico documental que las figuras falsarias encierran, justificándose plenamente el sacrificio del segundo valor inconcreto y eventual, en aras del primero, concreto y personalísimo de mitigar los propios dolores, en un conflicto que, a mayor abundamiento, no fue provocado por la enferma, que acudió al centro asistencia Servicio de Guardia de su distrito en demanda de la legítima receta, sin el menor ánimo de obtenerla por medios ilícitos, únicamente empleados ante los imponderables surgidos que la obligan a la dramática disyuntiva de acudir a ellos o de soportar los fuertes dolores, pues la posibilidad que el Fiscal apunta para objetar a la plenitud de la eximente, de una posible tercer solución de acudir a otro facultativo, no es más que una suposición de posibilidad que carece de apoyo en la relación de los hechos dados como probados, en los que sólo consta la ausencia del facultativo en su servicio de guardia, y a esta realidad formal hay que atenerse sin hipótesis o conjeturas que redunden en perjuicio del reo".

Con esta manera de razonar se puntualizan algunos extremos de singular relieve, en orden a la aplicación del estado de necesidad en este caso particular.

Primera.—Que se reafirma paladinamente la naturaleza de causa de justificación, según la tradición de la doctrina y práctica españolas.

Segunda.—Que el principio informante de esta causa es el del interés preponderante. Se sacrifica un interés jurídicamente protegido a costa de otro, de menor monta.

Tercera.—Que aquí incluso se argumenta a base incluso de la cuestión de la concreción y personalismo del valor, confiriendo más altura al "concreto" que al "abstracto"; con ello se resalta cómo, en fin de cuentas, prevalece la equidad, "justicia del caso".

Cuarta.—Que el conflicto es radical y absoluto, entablado entre, la falsificación y la mitigación del dolor, producido por el cáncer. Obsérvese que no se trata de peligro para la vida, sino tan sólo de un dolor no pro-

vocado por el sujeto, pero que le sume en una situación de extrema necesidad.

Quinta.—Que quiérase que no estamos de cara a una exigente, cuya *ratio* justificadora no es otra, sino la proveniente de un estado que ciñe el contorno del comportamiento y cuya dialéctica interna está sostenida por elementos referidos a impulsos, motivos y finalidades de índole psíquica. Es decir, una causa de justificación, cuya morfología aparente da la impresión de la carencia de una acción injusta por inclinarse el Derecho vigente a sacrificar un interés menor por otro mayor. Pero la paradoja radica en que el entendimiento de la misma y su mecánica y estructura internas sólo se comprende, siempre y cuando se apele a los resortes psicológicos de la exigibilidad o no de otro comportamiento, distinto al habido, con lo que la cabeza justificadora se extraerá del campo de la culpabilidad (1).

(1) Ha sido Ponente el Excmo. Sr. Prof. Dr. D. Antonio Quintano Ripollés.

CRONICAS EXTRANJERAS

Dos coloquios internacionales

PADRE ANTONIO BERISTAIN, S. J.

Bressanone, 28, 29 y 30 de agosto.
Friburgo de Br., 5, 6 y 7 de septiembre.

La Universidad de Padua continúa fiel a su tradición cultural-jurídica. Ya antes de 1222—fecha en que suele colocarse el nacimiento de la *universitas studiorum*—existían anejas a la catedral de dicha ciudad importantes instituciones docentes para la formación de los estudiantes de Derecho y de Letras. Hoy, la *universitas iuristarum* mantiene la antorcha de los estudios jurídicos con un brillo creciente cada día. Una prueba de ellos pueden ser los Cursos estivos que recientemente comenzaron a celebrarse en Bressanone. A nosotros, penalistas, nos interesan principalmente los Coloquios que, dentro de estos Cursos, organiza y dirige el insigne profesor Giuseppe Bettiol. El primero de estos Symposios tuvo lugar hace dos años sobre el tema “Medidas de seguridad y Estado de derecho” (la Memoria, con todas las conferencias y comunicaciones, se ha publicado en CEDAM). Este verano, del 27 al 31 de agosto, el Symposio ha tratado sobre “La reeducación del condenado”.

El Rector de la Universidad de Padua abrió la primera sesión con breves y elegantes palabras de bienvenida a todos los asistentes. A continuación, el profesor Bettiol pronunció la conferencia inaugural. Comenzó manifestando toda la profundidad y amplitud de su dedicación y consagración universitaria, de la cual han brotado la organización de estos Cursos. Nos reunimos aquí, dijo, profesores de los más distantes continentes geográficos y grupos ideológicos. Os hemos invitado, no para llegar a unas metas prefijadas, ni para recoger unos frutos concretos, sino para crear un movimiento, para sembrar unas inquietudes fecundas. No hemos organizado un congreso, ni pretendemos redactar unas conclusiones aprobadas por unanimidad, sino todo lo contrario, os hemos llamado para dialogar, para confrontar opiniones, para escuchar los diversos tonos, las diversas melodías con que aquí y allí, y más allá, se piensa y se habla y se canta—o se llora—al procurar la reeducación del condenado. Pretendemos que el conjunto de estas sesiones de estudio y diálogo sea completo. Queremos oír todas las voces. Amamos la universalidad y la variedad. Y creemos que no se opone—todo lo contrario— a la armonía.

Afortunadamente, esta fué la atmósfera que respiramos a lo largo de los tres días de intenso trabajo, a la sombra bellísima—y un poco fría, a pesar de ser agosto—de los Alpes tiroleses.

Mucho nos agradecería poder indicar las ideas expuestas por cada profesor; pero, ante la escasez del espacio de que disponemos, hemos de limitarnos a una referencia de conjunto. Esta limitación podrá ser subsanada por el lector próximamente, ya que todos los debates aparecerán reunidos en un denso volumen de Edizioni CEDAM.

Obligados, pues, a resumir, podemos agrupar casi todas las conferencias y comunicaciones en dos tendencias extremas y una intermedia. Un grupo de profesores se manifestó decididamente por la orientación de la pena como retribución, mientras que otro grupo subrayó insistente y casi unilateralmente la misión reeducativa de la sanción estatal. Entre ambas tendencias extremas, un tercer bloque de congresistas se mostró partidario de una prudente síntesis.

Entre los primeros hemos de nombrar al profesor Bettiol y al profesor Quintano Ripollés.

El gran penalista italiano refutó con su acostumbrada amplitud y profundidad filosófica jurídica y dogmática penal la tendencia de aquellos autores que reducen la sanción estatal a mero tratamiento disciplinar externo, como si el Estado fuese un domador de fieras y no un pedagogo de personas responsables y, por lo tanto, dignas de que se les exija la retribución que sus actos merecen. Insistió en la necesidad insoslayable de mantener la dignidad de la persona y la justicia ética como alfa y omega del Derecho. Sería fatal para la vida pública y privada si algún día la sociedad centra sus normas cívicas en la utilidad, prescindiendo de la justicia. La palabrería filantrópica y utópica de muchos que hoy se dicen juristas debe y puede ser superada por la constatación serena de la realidad y por el estudio reposado de la persona humana en todas sus dimensiones: histórica, ética, filosófica, psicológica, teológica, sociológica, etcétera. La pena retribución es la reacción necesaria y digna del comportamiento delictivo del hombre.

El profesor Quintano Ripollés desarrolló una lección magistral, en bello confornte dialéctico entre las ideas clásicas de la retribución (clasicismo en su origen helénico medieval, pero perfectamente actualizado sociológico y antropológicamente por el profesor de Madrid) y la tendencia bonachona de mera defensa social. "Nosotros, juristas —dijo—, no podemos prescindir del mantenimiento del Derecho penal como ciencia normativa, en lo metodológico, y de sus esencias justicialistas, en lo ontológico. No debemos transigir con el confusionismo que algunos pretenden en la delimitación de los diversos campos propios de las ciencias jurídicas. Sería irrisorio y triste pedir al jurista que, al tratar, por ejemplo, de la institución jurídica del matrimonio, se propusiese un fin extrajurídico, como sería la fidelidad de los cónyuges. Esto tiene su importancia, pero no es competencia del jurista... Modernicemos, sí, el Derecho penal, pero no desvirtuemos ni una sola de las esencias inmutables de nuestra dogmática, de nuestra sobria y exacta técnica jurídica al servicio de la justicia." La solidez filosófica y la brillantez expositiva del profesor Quintano Ripollés merecieron una especial consideración en la prensa, que comentó ampliamente sus ideas. Tanto que al día siguiente,

31 de agosto, el periódico *Alto Adige* contestó públicamente a quienes habían protestado —quizá por pasionales prejuicios políticos, quizá por política ignorancia— contra la “excesiva” importancia y alabanza concedida a la intervención del catedrático español.

Frente a esta tendencia marcadamente restriccionista, proclamaron fuertemente la misión reeducativa de la pena varios de los participantes, entre los cuales merecen mención especial los profesores Bouzat y Da Costa. Con gran elegancia y amenidad comentó el primero la reforma llevada a cabo en Francia desde 1958, entrelazando bellamente la exposición teórica con la descripción de la práctica penitenciaria en sus etapas antes, en y después de la sentencia. Sus palabras fueron especialmente aplaudidas por su sinceridad y por la abundancia de detalles y aspectos legales concretos, así como por la optimista y realista visión profética del futuro penitenciario. El profesor Pablo José Da Costa subrayó con gran humanismo y energía la necesidad de pretender reeducar al condenado, y, por lo menos, la ineludible necesidad de no empeorarlo. No podemos aplicar la ley para aumentar y fortalecer las tendencias delictivas. No podemos consentir que, al salir de la prisión el libertado, vuelva a su familia con peores instintos y con peores conocimientos que antes de cometer el delito. En la vida real, por desgracia, esta funesta consecuencia e influencia de la prisión es más frecuente de lo que parece. El régimen penitenciario no puede olvidar jamás que el delincuente conserva su dignidad de hombre y de hijo de Dios. Nosotros, juristas, no podemos estructurar nuestras teorías de espaldas a esta realidad.

Más allá del telón de acero también se piensa y se estudia sobre la problemática de la pena. Afortunadamente este muro de la vergüenza permite, de cuando en cuando, que algunos intelectuales y juristas lo crucen hacia allí o hacia aquí. Ojalá estas “fugas” se repitan con más frecuencia. Les beneficiarán a ellos y nos beneficiarán a nosotros. El conocimiento y el enjuiciamiento mutuo nos enriquecerá también mutuamente. Ante algunas de sus instituciones hemos de coger todas las armas de lucha —defensiva— que estén al alcance de nuestra mano; pero ante otras... debemos reconocer nuestra ignorancia o incuria y empezar a imitarles. Por lo menos, el excesivo pragmatismo y materialismo occidental debe observar con admiración muchos aspectos del dogmatismo y misticismo oriental.

En Bressanone tuvimos la fortuna de escuchar a dos especialistas que con entusiasmo y convencimiento nos expusieron la ideología y la práctica de la Rusia marxista y sus países satélites. La señorita Durigato —asistente en el seminario patavino del Profesor Bettio— expuso una interpretación de la ideología comunista acerca de la reeducación del condenado y los fines de la pena. Decimos “una” y no “la” interpretación comunista, porque el profesor W. Solnar, de Praga, desarrolló el mismo tema con criterios muy diversos y aun opuestos en algunos puntos importantes. Según el profesor Solnar, el Derecho penal de más allá del telón de acero ha superado los resultados funestos del culto a la personalidad... y busca la armonía con la sociedad socialista. Para llegar a

esta armonía, ha reformado y sigue reformando la legislación y reglamentación penitenciarias y penales, siendo especialmente comentadas la reforma del Código procesal penal de 1956 y la reforma posterior de 1961, reformas que tienden, entre otras, a las siguientes metas: conseguir que el reo se autorreconozca culpable, como primer paso para la resocialización; que en su reeducación colaboren con los magistrados todos los órganos sindicales; que la pena no se alargue más allá de los quince años; que los tribunales populares o comités nacionales sean competentes para los pequeños delitos y para las medidas educativas correspondientes (a estas sanciones no les aplica el profesor la calificación de penas); que se obligue al preso a trabajar; que aumente el número de los condenados condicionalmente (en 1958 eran el 56 por 100; en 1961 habían ascendido al 75 por 100 de los sentenciados), los cuales son entregados a instituciones garantes como organizaciones sociales, asociaciones de la juventud, movimiento sindical revolucionario, cooperativas agrícolas, etc. La mayor parte de estas metas han sido ya conquistadas—dijo el profesor de Praga—, y la delincuencia ha perdido ya el volumen y la gravedad que conserva aún en la sociedad burguesa.

Pronunciaron también interesantes conferencias los profesores E. Heinitz (Berlín), muy objetivo y concreto; S. Glaser (Lieja), de gran experiencia histórica y de Derecho comparado; G. Zuccalà (Padua), A. Molari (Padua), G. Guarneri (Parma), Pagliaro (Messina), Calvi (Padua) y Briccola (Milán). Los profesores italianos dedicaron gran parte de sus conferencias y comunicaciones a comentar y aclarar las disposiciones constitucionales (art. 27, etc.) relacionadas con el tema del *Symposio*. Tema diverso comentó el profesor Baratta: "Concepción dialéctica en la libertad del querer como presupuesto para la pedagogía criminal".

La última conferencia corrió a cargo del profesor Nuvolone. En ella presentó un amplio resumen de lo expuesto en todas las sesiones precedentes, con extraordinaria objetividad y claridad de fondo, y con brillantez y amenidad de forma. No se limitó a sintetizar las opiniones de los congresistas que habían hablado anteriormente, sino que supo situarlas en sus respectivas coordenadas histórico-ideológicas y someterlas a una benévola interpretación crítica. La segunda parte de su conferencia la dedicó a exponer su opinión particular acerca de la reeducación del condenado, opinión moderadamente sintética, que supera el eclecticismo, y que podríamos calificar de personalista-jurídico-defensista.

En la sesión de clausura, los estudiantes universitarios que habían asistido en buen número—unos cien o ciento cincuenta—durante los tres días de estudio, propusieron a todos los profesores las dudas que les habían sugerido sus respectivas intervenciones. Estas preguntas giraron principalmente alrededor de dos temas: la culpabilidad en relación con la resocialización, y la incorregibilidad de ciertos tipos de delincuentes.

El día siguiente, sábado 31 de agosto, los congresistas fuimos invitados a una gira turística a través de la bella región alpina.

La impresión general del *Symposio* fué altamente laudatoria. Con razón escribió Virgilio que el pueblo romano goza de especial instinto

jurídico, *Tu regere imperio populos, romane, memento*. Sin embargo, permítasenos indicar que en algunas intervenciones observamos cierto peligro de olvidar la necesidad constante en el jurista de conjugar y equilibrar prudentemente los dos pilares de la vida social: justicia y utilidad. El olvido o descuido de uno de ellos puede producir verdaderas hecatombes sociales. También nos parece que el concepto de reeducación quedó algo desdibujado y en penumbra. La educación no se logra principalmente con organizaciones masivas, ni con medidas externas disciplinares, sino mediante relaciones personales. El educador necesita más que nadie vivir y sentir una vocación —vocación arriesgada como pocas— fecunda como ninguna. Mientras en las cárceles no haya personal educador —independiente del personal penitenciario— los condenados no saldrán reeducados sino empeorados. Es el crimen de la justicia.

II

Del 5 al 7 de septiembre tuvo lugar en Friburgo de Brisgovia un Coloquio internacional preparatorio del tema IV: "Los efectos internacionales de la sentencia penal", del próximo IX Congreso internacional que tendrá lugar en La Haya, del 24 al 30 de agosto de 1964, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Penal. El Coloquio se desarrolló en el Instituto de Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional, de Friburgo, coincidiendo con la conmemoración del veinticinco aniversario de su fundación.

La esmerada preparación y la diligente organización de los dirigentes del Coloquio han logrado que éste se haya desarrollado en agradable atmósfera de sinceridad y preocupación científica, y haya brindado frutos positivos mayores de la normal.

Antes de comenzar el Coloquio, recibimos multicopiados los informes nacionales y particulares que, con anticipación, habían redactado muchos de los participantes. Por dificultades ajenas a su voluntad no pudieron asistir, pero habían enviado valiosos informes, el Procurador General, Antonio Furtado dos Santos (Lisboa); el Consejero en el Ministerio de Justicia de Addis Abeba, Ph. Graven; el Sustituto del Consejero Jurídico del Ministerio de Justicia, S. Rosenthal (Jerusalén); el Expresidente del Tribunal de Amsterdam, L. Spanjaard; y los Profesores: Reinhart Maurach (Munich), A. Kenneth Pye (Washington), y Constantin Vouyoucas (Tesalónica).

El Secretario general del grupo alemán y miembro del Consejo de Dirección de la Asociación, el Profesor Hans-Heinrich Jescheck, teniendo en cuenta todas las comunicaciones anteriormente enviadas a Friburgo, redactó muy acertadamente un informe general provisional. El eminente Profesor de Derecho penal comparado, resume en estas páginas todos los aspectos más importantes del tema, ubicándolos en acertada perspectiva histórica y dogmática. A la exposición crítica de las relevantes teorías, añade el Profesor Jescheck numerosas citas de las legislaciones positivas.

El lector comprenderá la gran ayuda que significó para el grupo de trabajo el poder contar con este estudio monográfico como base para el diálogo y la reflexión durante todo el triduo. En el próximo número de la "Revue Internationale de Droit pénal" será publicado íntegramente, en su formulación original (pero traducido al francés). Se publicarán también en dicha revista las enmiendas o adiciones sugeridas y aprobadas a lo largo de las sesiones, y las conclusiones finales.

Todos los invitados a Friburgo venían con el recuerdo agradable de la resolución del último Congreso internacional de la A. I. D. P. —sección cuarta— celebrado en Lisboa, en septiembre del año 1961, que, como formula Jeschenck, significó una muy positiva evolución, por no decir revolución, en el campo del Derecho penal *material*, al aconsejar la aplicación por el juez nacional de la ley penal extranjera para delitos cometidos en el extranjero, sin tener en cuenta la nacionalidad del autor, cuando el Derecho penal nacional no es aplicable, o si el Derecho penal extranjero castiga el delito menos gravemente. Al llegar a la capital de la Selva Negra, los congresistas traían el deseo de desarrollar más aquella resolución y acomodarla debidamente a las difíciles exigencias del Derecho penal *formal*. Por lo que se ha manifestado en el Coloquio —en el aula y en los pasillos—, podemos concluir con satisfacción que, tanto los penalistas como los procesalistas caen en la cuenta de la considerable transformación sociológica y jurídica que implica la masiva emigración e inmigración de obreros extranjeros de una nación a otra, el aumento del tráfico internacional, el deseo de los países subdesarrollados de integrarse al mundo civilizado, la crisis teórica y empírica del principio de nacionalidad... Estas y otras importantes evoluciones modernas motivan y exigen en los juristas conscientes una maduración y modernización del Derecho penal procesal nacional e internacional. El Derecho internacional no puede contentarse con dilatar —dentro de los límites que la justicia exige— los marcos de sus instituciones clásicas como la extradición y la ayuda interjudicial. sino que debe aspirar a que las autoridades nacionales reconozcan y concedan la mayor fuerza legal posible a las sentencias extranjeras, en cuanto lo permitan su soberanía jurisdiccional y los principios constitucionales resguardadores del "orden público" y la dignidad personal de sus ciudadanos. Este deseo de una más íntima cooperación internacional ha sido manifestado y fomentado por todos los participantes al Coloquio, pero el profesor Quintano Ripollés sugirió acertadamente la urgencia de que esta cooperación internacional —conveniente y necesaria, pues avanza rápidamente. pero con menor rapidez que la delincuencia internacional— progrese dentro de los límites oportunos. Conviene formular clara e insistentemente, dijo, la necesidad de salvaguardar la dignidad y libertad personal; conviene colocar infranqueables barreras contra una posible futura arbitrariedad estatal que pretenda un peligroso y funesto camuflaje de delitos políticos, por ejemplo, bajo el nombre de delitos comunes. Las consideraciones del profesor Quintano Ripollés, rebosantes de madurez dogmática y de amabilidad expositiva, motivaron una amplia discusión. Todos reconocieron el apre-

mio de programar una frontera concreta que defienda contra abusos arbitrarios los delitos clásicamente excluidos de la extradición: delitos políticos, delitos militares, delitos de prensa y delitos financieros. Se tuvieron presentes las razones que pueden objetarse, en la teoría y en la práctica, contra el reconocimiento de las sentencias extranjeras; indudablemente el reconocimiento implica en el campo jurídico y en otros muchos campos de la vida social nacional e internacional, grandes dificultades, pero éstas quedan compensadas, o pueden quedar compensadas, por las ventajas positivas, si la aceptación de la sentencia extranjera se prepara paulatina o científicamente. En concreto, la acogida de la sentencia extranjera debe ir precedida de una mínimum de homogeneidad llegamos a uno de los puntos más problemáticos del Coloquio— en las condiciones históricas-políticas, procesales y de Derecho material. Con frecuencia las condiciones histórico-políticas pueden aconsejar una intensificación o limitación del reconocimiento dentro de cierto grupo de naciones más o menos próximas en su cosmovisión cultural, sociológica, política, jurídica, económica... Repetidamente se reconoció a lo largo del Coloquio, la conveniencia de firmar estatutos "parciales" entre naciones vecinas en su estructura económica-jurídico-social, a imitación de un proyecto de ley sobre la ejecución de la pena elaborado por los cinco países nórdicos, Dinamarca, Suecia, Noruega, Finlandia e Islandia, que fue aprobado como ley nacional por Suecia el 22 de mayo de 1963, y que se convirtió en leyes nacionales semejantes en los otros países escandinavos, o los proyectos de convenciones internacionales relativos a los delitos de circulación y a la vigilancia de los condenados en caso de remisión condicional de la pena o de libertad condicional que fueron aprobados en el seno del Consejo de Europa. En este punto despertaron especial interés, entre todos los asistentes, las documentadas informaciones del doctor Gerhard Simson acerca de la ley sueca indicada y del Sr. Pötz, Magistrado del Ministerio de Justicia de Bonn, acerca de la preparación en el Consejo de Europa de los proyectos mencionados. (Esperamos y deseamos que, antes de que se celebre el próximo Congreso de La Haya, podamos conocer los importantes textos proyectados que actualmente se preparan en Estrasburgo.)

Después de algunos cambios de impresiones acerca de la adecuada moderna formulación de los principios clásicos que hasta hoy han regido en el Derecho internacional tradicional, y reconocida por todos la conveniencia de superar las dificultades de la innovación procesal del reconocimiento de la sentencia penal extranjera, y perfilados con relativo detalle los presupuestos jurídicos y extra-jurídicos del reconocimiento, se trató de las formalidades procesales—régimen de reciprocidad, *exequatur*, etc.—y se pasó, por fin, a la parte más rica en conclusiones dogmáticas y prácticas. Los temas discutidos en las sesiones siguientes podemos agruparlos en dos bloques: 1.º efectos negativos de las sentencias penales extranjeras y 2.º efectos positivos de las mismas.

En cuanto a las manifestaciones surgidas al tratar de los primeros, hemos de subrayar la especial pluridimensionabilidad con que se consi-

deraron los fundamentos (jurídicos, históricos, sociológicos) y efectos del principio "ne bis in idem". El reconocimiento de la autoridad de la cosa juzgada ofrece especial dificultad en algunos países, debido en parte a la diversa organización administrativa. Como sustitutivo o complemento del "ne bis in idem" habrá que conjugar oportunamente los principios subsidiarios de computación (Anrechnungsprinzip) y oportunidad. En todo este problema fueron muy dignas de consideración las referencias del Profesor Graven a la moderna legislación positiva de Etiopía, fruto maduro de su ciencia y experiencia personal.

La formulación de las conclusiones correspondientes a los problemas de los efectos negativos de la aceptación de la sentencia extranjera ofreció especiales dificultades, que se solucionaron en gran parte gracias a las intervenciones de los profesores Nuvolone y von Weber y Hellmuth Mayer. Las conclusiones provisionales que se han de proponer al Congreso de La Haya fueron escalonadas en tres grados de urgencia y necesidad. En el primero se incluyen las propuestas de necesidad inmediata e insoslayable, en el segundo aquellas que parecen convenientes para dentro de un plazo relativamente corto, y por fin, en el tercero puede darse entrada a todas aquellas conclusiones y propuestas que parezcan aconsejables para el futuro. Un congreso no debe perder de vista estas tres dimensiones; sería falta de realismo pedir la implantación urgente de una meta ideal, y sería falta de visión histórica limitarse a los problemas en su circunstancia y realidad momentánea de hoy.

El Coloquio adquirió especial movimiento y actualidad al tratar de los efectos positivos de la sentencia extranjera. Sobre todo al tratar de la ejecución y conjugación de la pena y medida de seguridad. En este momento insistió el profesor Jescheck, con su acostumbrada exquisita caballerosidad y con su prudente firmeza ordenadora, en el peligro de omitir o reducir por falsas aparentes razones, el estudio y discusión de las divergencias y dificultades de este punto cada día más importante. Conviene —dijo— no pasar por alto las dificultades tan características que rodean a las medidas de seguridad en el Derecho penal internacional sustantivo y adjetivo. Aunque en algunas legislaciones, como la nuestra de España, no se reconoce teóricamente las medidas de seguridad en el Código penal, sin embargo creemos con el profesor Schultz, que en el Derecho penal moderno van adquiriendo cada día más volumen las medidas de seguridad. Las penas estrictamente tales no tienden a desaparecer, pero sí a reducirse, sobre todo ciertas clases de delitos. Por la importancia que tienen en sí y por lo extensamente que fueron discutidos en el Coloquio, hemos de insinuar, al menos algunos de los problemas que surgen en este campo, por ejemplo cuando el imputado quebranta en el extranjero la probation que le fue ordenada en su país de origen, o la suspensión de la pena a prueba (según el método anglosajón o el continental), o la suspensión de la condena a prueba. Reconocemos la dificultad, pero también la necesidad de responder a toda una serie de interrogantes relacionados con este y otros casos similares: ¿El estado hospitalario debe remitir al imputado a la nación de origen?, ¿debe juzgarle de ambos delitos, el co-

metido en su patria y el cometido violando la medida de seguridad?, etcétera. La problemática es amplísima y de aplicación frecuente. Nos parece que la respuesta dominante entre los asistentes al Simposio friburgense se inclinaba por la conveniencia de no exigir actualmente una respuesta única y universal, pues la diversidad de supuesto jurídicos y extrajurídicos aconseja una solución para cierto grupo de naciones y otra solución, opuesta o al menos diversa, para naciones cuyas coordinadas jurídicas y sociológicas tengan otra orientación. La reincidencia y habitualidad, por citar un ejemplo concreto, en Norteamérica y Alemania, implica una agravación, mientras que en Italia provoca especiales consideraciones jurídicas de talante asegurativo, no agravatorio.

Para terminar, indicaremos brevemente algunos de los otros muchos problemas que se trataron, así como los límites de tipo jurídico-administrativo impuesto por algunas penas accesorias o medidas de seguridad (el Derecho administrativo actual no ha logrado todavía en el intercambio internacional un desarrollo tan avanzado como el Derecho penal), la privación de carnet de conducir, la prohibición de ejercer alguna profesión, la "Tatbestandwirkung" (cuya traducción al francés o alguna otra lengua fué inútilmente buscada durante el Coloquio, pues no satisfacía ninguna de las propuestas: calificación jurídica, establecimiento jurídico definitivo de un hecho por un tribunal, situación de hecho concreto...), medida de la pena, condiciones o prerequisites jurídico-administrativos para la ejecución de la medida de seguridad, concurso de delitos y de penas, tratamiento agravatorio o suavizador de los delincuentes habituales y peligrosos, rehabilitación, indulto, amnistía, repercusiones extrapenales...

En las dos últimas sesiones se discutieron las conclusiones provisionales que se han de presentar al Congreso general de La Haya. Esta parte concluyente del informe provisional del Profesor Jescheck fué naturalmente la que más modificaciones sufrió. La limitación del espacio nos impide descender a detalles concretos.

La sólida y amplia preparación de los debates, su acertado desarrollo bajo la dirección—*suaviter et fortiter*—del profesor Schultz, y la cualidad científica de los participantes, nos auguran que la sesión correspondiente alcanzará, en agosto de 1964, metas sumamente interesantes.

Además de los anteriormente citados, asistieron al Coloquio los señores A. Baratta (Profesor de Roma), A. Beristain, S. J. (Profesor de Deusto), G. Blau (Magistrado de Frankfurt), F. Geerds (Profesor de Kiel), O. A. Germann (Profesor de Basilea), G. Kiedwein (Rector de la Universidad del Sarre), Dr. Lang-Hinrichsen (Magistrado de la Corte Federal, Profesor de Colonia), W. Maihofer (Profesor del Sarre), G. O. W. Mueller (Profesor de Nueva York), H. Nishihara (Profesor de Tokio), C. Pedrazzi, (Profesor de Trieste), T. Schafheutle (Director en el Ministerio de Justicia de Bonn), R. Schmitt (Profesor de Friburgo Bri.), V. Solnar (Profesor de Praga).

Junto a las sesiones de estudio tuvieron lugar para los participantes al Coloquio varios actos públicos culturales y sociales. Merece especial memoria la recepción ofrecida por el Ministro de Justicia, Dr. Bucher, seguida de una cena de gala, en el Hotel Colombi. Mencionaremos, además, el solemne acto de apertura, en el que, después de las acogedoras palabras de saludo del Profesor Hans-Heinrich Jescheck, el Presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal, Profesor Felipe Graven, Rector magnífico de la Universidad de Ginebra, declaró oficialmente abierto el Coloquio, con unas inspiradas orientaciones plétóricas de experiencia, sentido común y aristocracia intelectual. A continuación el Profesor O. A. Germann, de la Universidad de Basilea, resumió la historia, actividades y futuras perspectivas del Instituto de Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional, de Friburgo. Sentimos hondamente no disponer de amplio espacio para reproducir sus palabras. Nuestro deseo sería ofrecer al público español una completa información del Instituto desde sus comienzos, hace veinticinco años, hasta el día de hoy, con una lista completa de las personas que en él han trabajado, las publicaciones que han dado a luz, su organización estatutaria, etcétera, pues creemos que puede y debe servir de modelo para la fundación de instituciones similares que deseáramos surjan pronto en otras naciones. Nos hemos de limitar a la referencia escueta a la nota publicada por el Profesor Rodríguez Devesa en la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid (1957), 81-92, y a la memoria que el Profesor Jescheck acaba de publicar "*Das Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Freiburg im Br., 1938-1963*" (Veerlang Walter de Gruyter u. Co., Berlín, 1963). Comparando las sesenta páginas de esta breve monografía histórica con la nota del Profesor Rodríguez Devesa, apreciamos algunas modificaciones importantes en el personal científico y su estructuración estatutaria, así como un notable aumento en la biblioteca (38.000 volúmenes y 400 publicaciones periódicas), en concreto en el seminario de Derecho español e hispanoamericano, donde la rica sensibilidad bibliográfica del Dr. Heing Mattes ha logrado reunir todas las publicaciones dignas de ser manejadas por los dedicados a la ciencia penal.

Permitásenos, al menos, aprovechar esta ocasión para manifestar en nombre de todos los penalistas españoles que hemos disfrutado de la cordial hospitalidad del Instituto, nuestra más honda y cordial gratitud por la benévola acogida que a todos nos han dispensado, y nuestra admiración por su seriedad y profundidad científica en sus actividades y publicaciones culturales.

REVISTA DE LIBROS

CASAS Y RUIZ DEL ARBOL, F.: «Jurisdicción disciplinaria y gubernativa e Inspección de Tribunales». Servicio de publicaciones. Ministerio de Justicia. Madrid, 1963; 191 págs.

Es alentador ver que materias cuyo estudio, por lo poco atrayente del tema, dispersión de fuentes, o sea, variedad y aun contradicción de textos legales, estaba relegado o abandonado, son tratadas, sistematizadas, aclaradas y comentadas en este indiscutible renacimiento de los estudios jurídicos y son no sólo por Catedráticos, de los que parece ser función natural, sino por Magistrados que además de la suya habitual aún realizan esta labor en la que reflejan seguridad, claridad, sistema y propuesta de resolución, que son premisa o consecuencia, ambas cosas, de su labor profesional.

Esta vieja opinión mía, que seguramente por modestia corporativa, que se ve no tengo, no debí decir, se me escapó por la pluma al terminar la lectura del libro magnífico de que doy noticia, pues si hay una materia en que la dispersión, confusión y contraposición aludida se da en mayor grado es la de la jurisdicción disciplinaria judicial, y si hay un ejemplo de sistematización y aclaración de una materia difícil es la que en esta obra hace el documentado autor.

Empieza con unas consideraciones generales sobre la jurisdicción disciplinaria en las que se delimita la facultad correctiva de la administración, para diferenciar después la disciplinaria judicial y la disciplinaria gubernativa en el orden judicial, que es la materia del trabajo cuyas características estudia a continuación, tanto en general como en sus elementos personales, reales y formales en sus relaciones con la judicial ordinaria y sobre su extensión.

Después en el cuerpo de la obra aceptando una división, que creo se debe a Jiménez Asenjo, de Justicia Superior y Municipal, estudia en aquélla lo disciplinario gubernativo referido a Jueces y Magistrados, Ministerio Fiscal, Secretarios de la Administración de Justicia, Médicos Forenses, Oficiales y Auxiliares de la Administración de Justicia y Cuerpo Administrativo de los Tribunales y Agentes Judiciales y en la Municipal los preceptos referentes a esta materia respecto a los Jueces Municipales, Comarcales y de Paz y a los Fiscales del mismo orden, a los Secretarios y Oficiales habilitados y Auxiliares y Agentes de dicha Justicia.

Fuera de esta división, en un epígrafe distinto, estudia lo disciplinario gubernativo en las profesiones jurídicas colegiadas, es decir, en Abogados y Procuradores.

Problema sustancial y hasta la fecha tremendamente complicado es el de los recursos que pueden ser interpuestos contra las resoluciones que ponen fin a los expedientes, pero el autor sale de este considerable laberinto con la misma

sencillez que si tuviese el hilo conductor, haciendo sencillo para todos, lo que constituye otro mérito de la obra.

En la última parte de la obra, dedicada a la Inspección de Tribunales un estudio de sus antecedentes y motivación, una exposición de la legislación vigente con la distinción de lo referente a la Justicia superior y a la municipal y una síntesis de algunas circulares respecto a dicha inspección con la diferenciación, con la que se ve se ha encariñado el autor, de lo referente a ambas justicias.

En resumen, es un libro claro, sencillo y atrayente, eje y estructura necesaria para el conocimiento de la jurisdicción disciplinaria, tan poco conocida hasta la fecha e indispensable en la biblioteca de Presidentes de Audiencias, Inspectores de la Justicia ordinaria y municipal, etc., porque su texto escrito luminosamente, por quien ejerció brillantemente la alta función inspectora durante varios años, es un verdadero código sobre la materia en el que se coordinan la teoría más depurada con el fruto de una larga práctica.

Finalmente el Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia ha hecho de esta obra tan acertada y necesaria la pulcra y cuidada edición que tan excelente autor y obra merecen.

Domingo TERUEL CARRALERO

CONTENTO, Gaetano: «Introduzione allo studio delle circostanze del reato».

Edit. Jovene. Napoli, 1963; 177 págs.

Esta obra se inicia con un capítulo dedicado a resaltar la importancia del estudio de las circunstancias, a concretar el problema central que plantea ese estudio y a enunciar las posibilidades de solución. En el aspecto técnico el interés del tema se pone de relieve con sólo pensar que en él encuentra peculiares aplicaciones la entera dogmática del tipo penal y, bajo cierta perspectiva, también la del concurso de leyes. En el plano ya no estrictamente técnico, sino puramente humano, emerge igualmente la importancia del tema, puesto que la disciplina de las circunstancias del delito supone el más explícito intento del legislador en pro de la adherencia del derecho al hecho de una materia en la que, más que en ninguna otra, se siente viva y urgente la necesidad de no disociar la regulación jurídica de la realidad humana que constituye su objeto.

Por lo que se refiere al objeto de estudio, Contento advierte que su investigación tomará como base el actual Derecho positivo italiano, renunciando, pues, a valorar una "teoría general" de las circunstancias del delito, que estima probablemente imposible. Ateniéndose al Derecho vigente, observa que el tema presenta dos órdenes de problemas: los de carácter sistemático general, o de naturaleza estrictamente dogmática, y los más específicos, relativos a la interpretación y a la aplicación de las singulares normas que constituyen la concreta regulación de las circunstancias y definen su contenido. En el presente libro, el autor se ocupa tan sólo de los problemas de carácter sistemático general.

El problema inicial —y sin duda el más importante— que ofrece al jurista el tema de las circunstancias es el de establecer si, y en qué modo, las circunstancias mismas, una vez realizadas en coincidencia con los elementos cons-

titutivos del delito en una concreta y determinada figura de delito, pueden distinguirse de tales elementos, o si, por el contrario, se funden y confunden con éstos, de tal suerte que vienen a integrar una nueva y autónoma estructura normativa. Las soluciones que se propongan habrán de partir conscientemente de estos términos previos en que se ofrece el problema.

En el capítulo segundo se precisa la posición de las circunstancias en la estructura de la "fattispecie" criminal. Consciente el autor de las significaciones equívocas de la expresión "fattispecie", se preocupa de aclarar que habla de "fattispecie" como "modelo legal", consistente en un "esquema representativo en el cual son sistematizados un cierto número de elementos de hecho de cuya combinación unitaria depende el posible verificarse de una consecuencia jurídica" (p. 65). Utiliza, por otra parte, Contento, el concepto en su sentido amplio, como "el conjunto de todos los elementos necesarios para la producción del efecto jurídico".

Según que la "fattispecie" se observe en abstracto, como complejo ideal de posibles experiencias prevaloradas en sentido positivo o negativo por el legislador, o se considere, en cambio, en la concreción de sus realizaciones históricas, surgen los conceptos de "fattispecie" abstracta y "fattispecie" concreta, correspondiendo el primero a la idea de tipo. La conveniencia de mantener esta distinción, que carece para muchos autores de suficiente razón de ser, depende, a juicio de Contento, de la posibilidad de configurar, al menos, dos relaciones jurídico-penales diversas, en cada una de las cuales la "fattispecie" juegue un papel diferente en orden a la producción de los efectos jurídicos. La cuestión se enlaza, de este modo, con el problema de las relaciones jurídico-penales, porque, según Contento, "el concepto, la constitución y la configuración de la "fattispecie" penal varía de acuerdo con la relación jurídico-penal en cuyo ámbito desarrolla aquélla su funcionalidad" (p. 70).

Generalmente la relación jurídico-penal en la que suele insertarse la funcionalidad de la "fattispecie" es la llamada relación penal "secundaria", es decir, aquella en la que la situación jurídica de los sujetos de la relación se identifica respectivamente en la potestad del Estado o derecho subjetivo de punir (el autor renuncia a pronunciarse sobre esta debatida cuestión) y en la sujeción a la pena u obligación de sufrir la pena, por parte del sujeto activo del delito. Planteado el tema en estos términos, lo que interesa es comprobar si la llamada relación jurídico-penal secundaria es suficiente para agotar por sí sola la trayectoria jurídica del ilícito penal, o si, por el contrario, se puede y debe individualizar todavía una ulterior relación de carácter penal. La respuesta debe darse, en opinión de Contento, en el segundo de los sentidos. La necesidad de individualizar autónomamente un tercer momento en la sistemática de las relaciones jurídico-penales viene aconsejada, ante todo, por la oportunidad de no alargar excesivamente, es decir, deformándola, la categoría de "fattispecie" penal, que normalmente se utiliza para sistematizar las situaciones referentes a la relación penal secundaria. Si, en efecto —continúa el autor—, se debiese incluir en la "fattispecie", en aquella sede, todos los elementos que pueden tener algún efecto en orden a la concreta determinación de la pena, la "fattispecie", así entendida en sentido tan extensivo, resultaría absolutamente inutilizable en muchos sectores de la investigación penal (p. 72). A la luz de este planteamiento se concluye en el segundo capítulo que "las circunstancias

entran a componer activamente la "fattispecie" penal solamente en un momento posterior a la constitución de la llamada relación secundaria" (p. 82). De aquí que la noción de una más vasta "fattispecie" penal, que comprenda unitariamente en su compleja estructura también a las circunstancias, deba ser postulada como necesaria o, cuando menos, como oportuna. Sin ella —reconoce Contento— podría captarse igualmente el mecanismo de la funcionalidad de las circunstancias, pero permanecería aún oscura su real razón de ser y el porqué de su efectivo operar.

A esta "fattispecie" comprensiva también de las circunstancias y que estaría llamada a desempeñar su papel en un momento ulterior al de la constitución de la denominada relación jurídico-penal secundaria, la califica el autor de "fattispecie" concreta, dotando, en consecuencia, a esta expresión de un significado que no corresponde con el más usual en la doctrina. La distinción entre "fattispecie" abstracta y concreta debe ser mantenida, no en tanto se establezca entre ambos términos —como, en efecto, se suele hacer— la relación esquema ideal-realización histórica del esquema ideal, sino precisamente en cuanto se dote a la noción de "fattispecie" concreta de una función autónoma en el ámbito de la relación jurídico-penal que surge con posterioridad a la constitución de la llamada relación secundaria.

En el tercer capítulo se estudia el modo en que se refleja sobre el delito mismo, antes que sobre la entidad de la pena, el operar de las circunstancias. Para Contento la mayor o menor gravedad del delito representa una verdadera y auténtica *figura de cualificación jurídica* de la "fattispecie", cualificación que constituye no ya el presupuesto del surgimiento del momento sancionatorio, sino solamente el presupuesto para la aplicación de un especial tratamiento punible más adecuado a la complejidad de valores implícitos en la "fattispecie" de ese modo ulteriormente cualificada. De esta premisa deriva la siguiente consecuencia: "las circunstancias no modifican ni la cantidad ni la gravedad del delito, sino que lo cualifican en un nuevo y específico modo de ser" (p. 100). Se trata de una *cualificación formal*, cuyo contenido puede ser encontrado, caso por caso, en alguno de aquellos elementos o datos que frecuentemente la doctrina considera, en cambio, de validez universal para definir su esencia en la generalidad de los supuestos. Ahora bien, como el aumento o, en general, la variación de la pena es un efecto característico y constante de las cualificaciones de mayor o menor gravedad del delito, la esencia de estas cualificaciones debe ser buscada en sus relaciones con las finalidades prácticas que la pena persigue. Grave o leve —concluye en este sentido el autor— podrá juzgarse, en consecuencia, el hecho ilícito que, en relación a todos los concretos fines de la pena (o a uno cualquiera de ellos) exija inexcusablemente una reacción tendencialmente severa o mitigada (p. 116). Sin duda reside en este punto la mayor originalidad de la construcción de Contento.

El cuarto capítulo aparece destinado a las relaciones e interferencias entre circunstancias y otras instituciones. Contento se preocupa fundamentalmente en este capítulo de aclarar el equívoco terminológico en que incurre el legislador italiano al emplear la expresión "circunstancias" para referirse a situaciones diversas que, normalmente, en la doctrina no son objeto de una sistematización unitaria.

En el quinto y último capítulo el autor se enfrenta con el tema de las circunstancias como tipos penales autónomos. A su juicio, desde el punto de vista de la estructura lógica, las circunstancias, consideradas como tipos autónomos, poseen, sobre todo, un carácter peculiar, que es el de la *instrumentalidad*. Su relevancia jurídica proviene, en estas hipótesis, de estar presentes, como aspectos particulares de la realidad, en el momento de la realización de la acción ilícita, es decir, de su *circum stare*. Para expresar este carácter instrumental, Contento recurre a la noción de *índice*, ya difundida en la ciencia jurídica, aunque no precisamente en la penal. Las circunstancias, contempladas como tipos autónomos, vienen definidas como "índices de valoración objetiva del delito" (página 171). Finalmente se advierte que la distinción entre delito y circunstancias, lógicamente posible e igualmente apreciable en el plano funcional, no existe, en cambio, en el plano ontológico.

Merece ser destacada la impecabilidad de los planteamientos lógico-formales que se van formulando sucesivamente antes de proponer las soluciones de los concretos temas abordados. Estos planteamientos lógico-formales aclaran, en la mayoría de las ocasiones, los términos del problema y sirven, por consiguiente, para centrar las posibles soluciones. No se crea, sin embargo, que el autor se satisface con un puro juego lógico-formal. Antes al contrario, en algún lugar de la obra (por ejemplo, p. 85-86), Contento reacciona expresamente contra una visión exclusivamente formal del ordenamiento jurídico y llama la atención sobre la necesidad de que el intérprete estudie el fenómeno jurídico en su perfil valorativo y sustancial.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO

DI TULLIO, Benigno: «Principi di Criminologia Clinica e Psichiatria Forense», 3.^a edición revisada y puesta al día. Istituto Italiano di Medicina Sociale. Roma, 1963; 491 págs.

Se ha de reconocer, aun por los que no gozamos todavía del triunfo de una segunda edición, que la repetición de ellas es el mejor y más claro elogio que el público hace de la bondad de una obra y de la oportunidad de su publicación y cuando como ésta, de que hoy nos ocupamos, se publica la primera en 1955, la segunda en 1960 y la tercera en el presente año no puede dudarse de su bondad y oportunidad.

Doy noticia de esta tercera edición como hice desde Roma, urgido por el extraordinario predicamento del autor, fácilmente perceptible, y, la rápida difusión de la obra, tan notoria que al año de la publicación de la segunda edición, entonces recensionada (Fascículo I, 1961), ya se preveía su próximo agotamiento, no dando, como es corriente, un rápido bosquejo de ella, sino por lo conocida que ha llegado a ser, sólo de las variantes que esta tercera edición tiene sobre la anterior, aunque sean menores que las que ésta tuvo respecto a la primera.

La obra ha sido revisada y puesta al día, como es natural en toda nueva edición. La revisión en lo formal, que de lo fundamental ya iremos hablando después, ha consistido en la eliminación de lo reiterativo, propia de una obra

que en su origen debió ser dedicada a estudiantes, con lo que dilatado su contenido, sin embargo, ha mantenido su volumen en un número aproximado de páginas. La puesta al día es tan al día que en ella se recogen trabajos de revista de los que sólo se pudo dar noticias a nuestros lectores en el número anterior de este ANUARIO y se alude a proyectos legislativos que aún no pasaron de proyectos.

Sin duda porque en el estado actual de estos estudios no se puede empezar exponiendo la materia propia de la criminología clínica sin hacerlo previamente de lo que es la criminología en general, sigue dividiendo la obra en dos grandes partes, la primera dedicada a la criminología general o al menos a la parte de ella que quizá por lo expuesto sigue llamando "Introducción a la Criminología Clínica" y una segunda que creemos que por lo mismo sigue llamando "De la Criminología General a la Criminología Clínica".

El capítulo I de la 2.^a edición da materia en ésta para dos capítulos, el primero que como en aquélla sigue rubricándose "Ciencia de la Persona Humana y Criminología Clínica"; pero que sólo recoge las nociones generales que eran los subepígrafes de la edición anterior y una segunda rubricada "Personalidad y Criminología Clínica", que con más certera denominación subrubrica "La personalidad", "Caracteriología" y "Psicología Social", en los que expone lo que era materia de la segunda parte del capítulo de la 2.^a edición.

El tercer capítulo lo rubrica "Sobre el problema de la personalidad psicopática y de las reacciones anómalas en Criminología Clínica", tiene subepígrafes como "Reacciones psicopáticas" y "Grupos enuróticos" nuevos en esta edición, mientras los otros dos sobre el contenido de las reacciones anómalas y desarrollos psicopáticos es en gran parte materia del Capítulo IV de la 2.^a edición.

Donde más variantes ofrece esta última edición es en los capítulos IV y V. Son en parte las dos secciones del capítulo IV y en parte el capítulo II de la edición anterior, pero en una rubricación de agrupación más certera, el IV bajo la rúbrica "Sobre las relaciones entre enfermedad mental y conducta criminal" agrupa el estudio de la psicosis sobre base somática, la psicosis endógena, frenastenia, epilepsia y psicosis epiléptica y el V bajo título de "Las causas de la criminalidad" las biológicas y las ambientales, así como el influjo de los tóxicos y las toxicoinfecciones.

Con el VI "Sumarias nociones de tipología criminal", que es el III de la anterior edición, obligado en una obra de esta orientación; pero creemos que con una mejor colocación en su arquitectura total, termina la primera de las dos grandes partes ya dichas.

En la segunda de ellas que es la fundamental sus tres primeros capítulos continúan dedicados al "Examen de la personalidad del delincuente", a "Criminogénesis" y a la "Criminodinámica", conservan también sus subepígrafes y aunque hay algunas variantes en esta nueva exposición en los conceptos generales de la criminogénesis y la biocriminogénesis, por ejemplo, ésta no son tan importantes que merezcan una mención especial en esta reseña obligadamente breve, únicamente la inclusión de un expresivo grabado mostrando los mecanismos que impulsan a la ira.

Donde mayor es la variación en esta segunda parte y quizá en la obra es en.

el capítulo X de esta edición que abandona la rúbrica del VIII de la segunda cuyo lugar ocupa "La pericia", por el más centrado en esta dirección de "Criminología Clínica y Proceso Penal" en el que más que dar reglas sobre el modo de realizar la pericia expone el valor de ésta en la determinación de la personalidad, individualización de la pena y determinación de la peligrosidad, para terminarlo con un estudio sobre la predicción y prognosis de la conducta criminal según las más modernas experiencias, todo lo que hace que aumente el valor científico de la obra y haga pensar en la oportunidad de volver a suprimir el complemento de su título, dejándolo escuetamente en Criminología Clínica.

El Capítulo XI que se corresponde con el IX de la edición anterior está dedicado como él a la profilaxis de la criminalidad y conserva esencialmente su estructura y su línea de exposición, si bien se avalora en ésta con la recepción de las más modernas experiencias, sobre todo, en lo referente a la delincuencia infantil.

El XII y último que se denomina casi idénticamente que en la edición anterior en que era el X, pero de manera más certera. "La Criminología Clínica en el tratamiento reeducativo de los criminales" y que conserva los subepígrafos de la anterior, ha variado de tal manera la exposición que son pocos los párrafos que han pasado enteros de una a otra, y aunque la línea de la exposición sea la misma ésta se realiza con más detenimiento y con el mismo conocimiento de la bondad del método propuesto para el tratamiento de los reclusos según las enseñanzas de esta ciencia.

Si tuviésemos que terminar con una impresión global podríamos decir, cosa que ya habrá advertido el lector por la enumeración de los variantes, que no es una obra que con ligeros retoques se trasplanta de edición en edición, sino que se depura y mejora de una en otra y que tiene tan gran valor, que como cuando di noticia de la edición anterior, digo, repitiendo, que conviene y urge su difusión entre el público de habla española, más que por una recensión, por una traducción.

Domingo TERUEL CARRALERO

«ESTADÍSTICA DEL SUICIDIO EN ESPAÑA.» Años 1956 a 1960. Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Estadística. Madrid, 1962.

El trabajo comprende una serie de resúmenes y cifras que ofrecen un extraordinario interés al permitir captar el suicidio desde las más diversas facetas, dando de esta forma un valioso elemento de trabajo a la Criminología y Psicología para intentar ahondar en la figura y entidad del suicidio.

Comienza con un resumen numérico global de los suicidios ocurridos en el conjunto de todas las capitales y provincias. La simple lectura permite ver que 1958 y 1960 fueron los años de menor y mayor porcentaje de suicidios.

A continuación señala, con referencia a años y a la totalidad del quinquenio, los suicidios en cada provincia y capital, obteniendo los porcentajes por cada cien mil habitantes.

De este estudio es curioso e interesante observar que las provincias que superan el diez por cien mil habitantes, son Huesca y Teruel y tiene porcentaje inferior al tres, únicamente Guipúzcoa.

En cuanto a las capitales destacan Cádiz, Ciudad Real, Gerona, Guadalajara y Palencia que sobrepasan al diez por cada cien mil habitantes y Alicante, Murcia, Segovia y Zamora, por tenerlo inferior al tres por igual cantidad de cien mil personas.

La mayor parte del libro viene dedicada a interesantes clasificaciones. La primera subdivisión nos ofrece dos grupos: nacionales y provinciales.

Dentro de las primeras podemos encontrar siete agrupaciones, todas ellas hacen referencia a cada uno de los años del quinquenio. Los criterios de que se parten son: edad e instrucción, profesión, medios empleados, causa por la que atentaron contra su vida y sexo. En las clasificaciones que combina el principio ordenador que da lugar con los demás, hasta conseguir una amplia y completa relación entre todos los factores indicados.

Las clasificaciones provinciales exponen el suicidio comenzando por una relación de cuantías de los consumados e intentados en cada provincia, capital y municipios mayores y menores de diez mil habitantes. A éstas siguen clasificaciones basadas en el sexo, estado civil, paternidad, naturaleza, instrucción elemental, profesión, medios empleados, causas que dio lugar a la decisión y meses en que concurren. Algunos de estos criterios originan no sólo relaciones cuantitativas por provincias sino también por capitales.

Acaba el libro con un pequeño compendio del suicidio en diversas naciones, ofreciendo una relación de países, cifras absolutas en año completo y coeficiente por cada cien mil habitantes.

Debe resaltarse a Japón y Finlandia, entre otros, como países donde el suicidio alcanza proporciones dantescas, mientras que Costa Rica y Nicaragua presentan los niveles más bajos. Nuestro país, con un 6,4 de porcentaje, no tiene planteado el suicidio como un grave problema aunque sería de desear un retroceso del porcentaje y poder situarnos entre los pueblos que tienen ínfimo número de suicidas.

Antonio GONZÁLEZ CUELLAR GARCÍA

«ESTADÍSTICA PENITENCIARIA». Años 1956-57 y 1958. Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Estadística. Madrid 1960.

El presente estudio viene a compendiar una serie de datos y cifras sobre los penados que han cumplido condena. El poder disponer de las clasificaciones que ofrece el presente libro tiene un extraordinario valor no sólo para el Derecho penal sino también para la Criminología y demás ciencias auxiliares y afines de aquélla.

Comienza el trabajo con un grupo de relaciones, bajo el título genérico de "Resúmenes generales de los años 1956-57 y 58", en ellas clasifica a los penados reclusos en base a la naturaleza del delito cometido, estado civil y sexo, edad y sexo, penas impuestas, condición de ilegítimos y nacidos en el extranjero.

A continuación dedica la atención a "los penados con penas superiores a dos años que han cumplido más de seis meses de estancia en prisión durante los años 1956-57 y 58". Los clasifica en atención a los datos antropométricos

(talla, peso, etc.), biopsicológicos (defectos físicos, sexo, sugestión, atención, imaginación, etc.), psiquiátricos (anormalidades psiquiátricas), sociológicos generales (profesión e instrucción) y aspectos sociológicos especiales (situación económica, comportamiento, etc.).

El tercer grupo de relaciones viene dedicado al interesante problema de los "reincidentes y reiterantes". Establece las clasificaciones en razón a la edad al cometer el primer delito en relación a la naturaleza del último, inteligencia, voluntad, carácter, profesión, instrucción, edad, sexo, aspectos sociológicos especiales, etc.

Existe una cuarta y última parte que hace referencia a "los penados que obtuvieron la libertad una vez cumplida la pena total o parcialmente durante los años 1956-57-58". Fija como principios originadores de las clasificaciones al de la edad, estado civil, instrucción recibida en prisión, forma y tiempo redención, conducta en prisión y otra serie de datos análogos.

En resumen, en el libro se sintetizan en pocas páginas las circunstancias de todos los condenados que en los años referidos han cumplido pena; se recogen sus datos, que son ofrecidos al investigador para que en su base expongan los criterios que deduzcan, y con el fin de que éstos sirvan de pauta al juzgador y al legislador para hallar la mejor justicia y equidad.

A. G. C. G.

«**Gerichtliche Psychologie. Aufgabe und Stellung des Psychologen in der Rechtspflege**». Editado por Günter Blau y Elisabeth Müller-Luckmann, Neuwied and Rhein. Berlin Spandau, 1962; 424 págs.

La obra, que constituye unos "Fundamentos de psicología judicial", nos ofrece 24 contribuciones sobre el tema escritas por juristas y psicólogos. El fin del libro —indican sus editores— es formular correctamente, partiendo de las numerosas y diversas "situaciones de encuentro" entre juristas y psicólogos, las cuestiones que cada uno de los grupos dirige al otro —preferentemente las que los juristas dirigen a los psicólogos—, y ver hasta qué punto las dos especialidades científicas (Derecho y psicología) pueden contestar tales cuestiones. Los trabajos jurídicos pretenden mostrar al psicólogo que desempeña una actividad forense cómo han de ser sus dictámenes para que sean útiles al juez; los artículos escritos por psicólogos se proponen explicar hasta dónde llegan los límites de la psicología y contribuir a que los juristas aprendan a formular correctamente los problemas que han de ser resueltos por los psicólogos. El libro aspira también a hacer desaparecer el escepticismo de los juristas ante los psicólogos, que obedece, en gran medida, a que éstos no siempre conocen el límite que el Derecho positivo impone a su actividad. Se trata, en definitiva, de contribuir a una mejor colaboración entre las dos especialidades.

Ante la imposibilidad de comentar, dentro del marco de esta recensión, los artículos contenidos en el libro, nos limitamos a indicar el autor y el título de cada uno de ellos. Gerhard Luther, "Dictámenes psicológicos en el Derecho de tutelas y en el de filiación"; Welfram Kowaleswski, "Emancipación y mayoría de edad matrimonial"; Wolfgang Klenner, "La cooperación del psicólogo"

go en la puesta en marcha y en la realización de la asistencia educacional pública (asistencia educacional voluntaria y asistencia social)"; Günter Blau, "Las bases jurídicas de la intervención de consultorios de asuntos matrimoniales en el proceso de divorcio"; Ilse Taegert, "La asistencia del psicólogo en procesos de divorcio por lo que se refiere a la distribución de patria potestad y a la llamada regulación de las relaciones entre padres e hijos"; Rudolf Sievert, "Tareas psicológicas dentro de una administración moderna de la justicia penal"; Friedrich Koppe, "El psicólogo en las pesquisas policíacas"; Emmi Boedeker, "Tareas psicológicas en el campo asistencial de los tribunales juveniles desde el punto de vista de la asistencia a la juventud"; Elisabeth Mazur, "La colaboración del psicólogo en la asistencia de los tribunales juveniles desde el punto de vista del psicólogo"; Erna Duhm, "Las primeras declaraciones de testigos juveniles en los delitos sexuales"; Elisabeth Müller-Luckmann, "El dictamen psicológico sobre la credibilidad de los testigos, especialmente en asuntos de protección a la juventud"; Kar Josef Groffman, "Las consecuencias psíquicas de los delitos contra la honestidad en víctimas juveniles"; Hans Giese, "Sobre la psicología y la psicopatología de las aberraciones sexuales"; Emil Ottinger, "La madurez juridicopenal condicionada (§§ 3, 105 JGG)"; Hans-Heinrich Jescheck, "El significado de trastornos mentales no patológicos y de fenómenos psíquicos excepcionales para la imputabilidad desde el punto de vista del jurista"; Robert Heiss, "El significado de los trastornos mentales no patológicos y de los estados psíquicos excepcionales para la imputabilidad desde el punto de vista de psicólogo"; Ruth Bang, "El aspecto psicológico en la ayuda en la prueba (Bewährungshilfe)"; Michael Gallmeier, "Clasificación de los presos"; Hans-George Mey, "El psicólogo como consejero del director de la ejecución de la pena en el Derecho juvenil de ejecución penal"; Johannes Voigt, "El psicólogo como consejero del director de ejecución y de sección en el Derecho de ejecución penal de adultos"; Günter Suttinger, "El pronóstico en la sentencia y para la puesta en libertad desde el punto de vista psicológico"; Wolf Middendorff, "El pronóstico social y el juez penal"; Günter Blau, "El perito psicólogo en el proceso penal"; Werner Winkler, "El significado forense de la psicología de la circulación".

Enrique GIMBERNAT

KLIMMER, Rudolf: «Die Homosexualität als biologisch— soziologische Zeitfrage». Ed. *Kriminalistik*. Hamburg, 1958; 259 págs.

El gran interés que contiene el presente estudio, que en cierta ocasión, y por estricta necesidad, tuve que utilizar en la preparación de un tema, hace que esta nota se publique quizá tardíamente, aunque con justificación, ya que no había tenido eco en las páginas de esta revista. Su contenido, sin embargo, es de la máxima importancia criminológica y siempre de actualidad, no sólo para el biólogo y el sociólogo, sino también, en cierta manera, para el jurista.

La cuestión de la homosexualidad tiene en el terreno sociológico, como dice Klimmer, una triple significación y proyección: de un lado, por las resonancias

que para las demás personas pueden derivarse de las vidas homosexuales, y su contemplación por aquéllas como proscritas socialmente; de otro, el considerable aumento de la homosexualidad; y, por último, el curioso fenómeno de destacadas personalidades, muy valoradas profesionalmente, como artistas, literatos, filósofos, etc., que han sido homosexuales o bisexuales.

El autor discrimina tres conceptos que deben diferenciarse: acciones homosexuales, sensaciones homosexuales y homosexualidad. Esta última, ha sido entendida como el amor de hombres o mujeres con personas del mismo sexo, sin interés o incluso con repugnancia para las relaciones sexuales con individuos del sexo contrario. Distingue Klimmer, conceptualmente, en consecuencia, la homosexualidad con la bisexualidad. En ésta es inexistente, o cuando menos inoperante, el último extremo de la definición anterior. La nota esencial de la homosexualidad es, en definitiva, la orientación erótica del amor hacia el propio sexo.

A continuación se detiene el autor en el estudio de las características del hombre homosexual y de la homosexualidad femenina. A su juicio, sin embargo, no puede hablarse de la existencia de un *tipo unitario* de homosexual.

La parte más amplia de la obra se circunscribe al análisis de las causas y orígenes de la homosexualidad, en la que destacan factores provenientes de distintas instancias: psicopatía, perversión, enfermedad, etc., realizando un examen crítico de las diversas posiciones adoptadas sobre el tema. Sigue un detenido estudio de la dimensión y resonancia social de la homosexualidad y de su valoración tanto social como cultural, religiosa y jurídica (párrafo 175 del Código penal alemán). En este último, para su atención, en inmediata referencia con la pregunta de por qué se castiga la homosexualidad como delito, que sin duda relaciona con la fórmula de la imputabilidad. Según su opinión debe tenerse gran cautela, dentro de esa misma línea de pensamiento, y exigirse una estrecha colaboración entre jueces, médicos, abogados y fiscales, en orden a una justa valoración del homosexual que aleje el peligro del error judicial, y por ende, de la justicia.

Manuel COBO

LA PORTA, Romualdo: «La repressione dell'usura nel diritto penale italiano».
 Edit. Giuffrè. Milano, 1963; 94 págs.

En la primera parte de esta monografía La Porta hace una introducción histórica llena de interés, pues no en vano había advertido ya Carrara que hay una historia moral, una historia política y una historia jurídica de la usura. En efecto, como señala el propio La Porta, la reconstrucción histórica del delito de usura se anuda frecuentemente a fenómenos políticos, religiosos, económicos, sociales y morales, hasta tal punto que dicha reconstrucción podría representar —en relación con algunos largos períodos de tiempo— el mejor medio de interpretación de una “conciencia” religiosa o de una “lucha” político-social.

La segunda parte del libro, dedicada al estudio del Derecho positivo italiano, aparece dividida en tres capítulos. En los dos primeros se estudia el objeto

jurídico y el tipo objetivo del delito de usura, y en el tercero el tipo subjetivo y las sanciones.

Como es sabido, el artículo 644 del Código Penal italiano, definidor de la usura, se encuentra sistemáticamente colocado entre los "delitos contra el patrimonio mediante fraude". Esta posición sistemática sirve para que La Porta comience fijando como objeto jurídico del delito de usura el *patrimonio*. A su juicio, no pueden compartirse las observaciones críticas formuladas en contra de esta colocación sistemática. Ni aquellas que entienden que la usura encontraría su sede más apropiada entre los delitos contra la economía nacional (Floriano), ni las que, estimando que en el delito de usura (tal como lo define el Código italiano) hay un aprovechamiento de un estado de construcción y, por tanto, de disminuida libertad moral, debería reconocerse en él, en primer plano un atentado contra los bienes de la personalidad.

Entendida, pues la usura como un delito contra el *patrimonio*, La Porta se preocupa seguidamente de precisar el concepto de patrimonio. En su opinión, no existe una noción privatista, ni tampoco una noción penal de patrimonio. Se trata, en todo caso, de una noción que pertenece a la teoría general del Derecho y tiene vigencia para todas las particulares ramas del ordenamiento jurídico (p. 33). La Porta acepta el siguiente concepto de patrimonio: "complejo de relaciones jurídicas (por tanto, de derechos y obligaciones) que corresponden a su sujeto y que tienen como punto de referencia un bien o bienes jurídicos externos al sujeto mismo" (p. 32). Concebido así —añade—, el patrimonio es una entidad real (jurídica) que se agota y extingue sólo cuando el sujeto (titular) muere. En opinión del autor, caracterizan al patrimonio las siguientes notas: la de ser *único*, porque toda persona, física o jurídica, posee uno sólo; la de ser *indivisible*, porque son inconcebibles —por contrariar las finalidades que persigue la institución del patrimonio— varias masas patrimoniales referidas a un único sujeto como titular; la de ser *inalienable*, porque existe siempre (en tanto el sujeto viva), incluso cuando las cargas sobrepasen los derechos o cuando no existe ya ningún derecho, toda vez que entre los *elementos activos* (derechos) deben de considerarse también los de futura realización. En cuanto al contenido del patrimonio, La Porta rechaza la opinión defendida especialmente por Antolisei de que, a los fines del Derecho Penal, el patrimonio comprende también cosas que carecen de valor de cambio, pero tienen un valor de afección para el sujeto. Las razones que aduce para fundamentar su posición provienen, en primer lugar, de la premisa de que no existe una noción de patrimonio, a su modo de ver, a fines penales, y, en segundo lugar, de entender que todo bien que se presenta como punto de referencia de las relaciones jurídicas que integran el patrimonio, no puede ser sino valorable económicamente. Por otra parte —continúa La Porta—, la preocupación de ver excluidos de la protección dispensada por las normas penales a algunos objetos carentes de valor económico, pero ricos de significación sentimental, no es fundada, pues dichos bienes encuentran en otras normas su protección mediata y no directa.

Por lo que respecta a los elementos del tipo objetivo, el autor comienza por afirmar que el artículo 644 del Código Penal italiano, al utilizar las expresiones verbales *farsi dare* o *promettere*, configura un delito de acción positiva,

que no es, por tanto, susceptible de ser realizado omisivamente. Estima, asimismo, que la modalidad de conducta propia de la misma usura es la *persuasión*, sin que se requiera una acción fraudulenta. Desde el punto de vista *cualitativo*, mantiene La Porta que la acción del delito de usura consiste en la manifestación de un hecho psíquico, que plasma en un negocio jurídico, advirtiendo que la usura puede anidarse en las más variadas figuras de contratos conmutativos. La noción de usura se fija en los siguientes términos: "La usura, que se distingue del interés o fruto civil así como de cualquier beneficio lícito, tiene hoy el particular significado de ganancia excesiva, de interés exagerado en el caso de préstamo de dinero o de bienes (la llamada usura pecuniaria) o de beneficio o compensación exagerado, consistente en la desproporción entre prestación y contraprestación, *sine causa*, verdadera y propia explotación (la llamada usura real)" (p. 60).

En referencia con las formas imperfectas de ejecución, La Porta excluye la posibilidad de tentativa. Por otra parte, considera al delito de usura como un delito instantáneo con eventuales efectos permanentes.

En orden al elemento subjetivo del delito de usura, el autor considera que es necesario y suficiente el dolo genérico.

Por último se ocupa La Porta de las sanciones penales, administrativas y civiles previstas en el Derecho italiano para la usura, cerrando su monografía con unas consideraciones de *lege ferenda*.

G. R. M.

«Le Droit pénal nouveau de la Yougoslavie (Les grands systèmes de Droit pénal contemporains)». Institut de droit comparé de l'Université de Paris. Ouvrage publié sous la direction de Marc Ancel et Nikola Szentich. Les éditions de l'Épargne. 174, Boulevard Saint-Germain, 6.º, 1962.

Constituye esta publicación del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París el segundo de los libros que dedica a la exposición de un derecho penal extranjero. En el prefacio se indica como a un primer volumen que estudia el derecho inglés, sucede otro, el que compendiamos, dedicado al mundo del Este, al socialismo, concretamente a Yugoslavia, que dentro de los países de orientación socialista-comunista ofrece el mayor acercamiento a Occidente.

El volumen comprende doce capítulos, precedidos de una introducción, cada uno está escrito por un autor diferente, todos ellos destacadas figuras del mundo jurídico yugoslavo.

En la introducción se sienta como primer principio que el sistema jurídico general se apoya en la organización social-política de un país. Yugoslavia es una nación socialista, en cuya construcción se trabaja, luego el derecho penal está impregnado del mismo matiz político, es más, debe servir como medio y de los más importantes, para consolidar esa edificación.

Desde la implantación del socialismo en Yugoslavia se han sucedido varias reformas de su Código Penal, la razón está en que cada vez que se pasa a una etapa distinta de la vida socialista es necesario, en virtud a la relación ya

explicada, modificar el Código Penal, por ello la natural "movilidad" del derecho penal presenta en Yugoslavia un mayor aceleramiento.

En el desarrollo de los capítulos llega a hacerse una completa exposición del Derecho penal yugoslavo, dentro de la limitación que constituye el exponer toda una rama jurídica en las 250 páginas que tiene el volumen.

Debe resaltarse como mérito de la publicación que al final de cada capítulo se relaciona la bibliografía más interesante sobre la materia y de la que se ha servido el autor.

En el capítulo primero se estudia la evolución histórica del derecho penal yugoslavo hasta nuestros días. No comprende la última modificación, la de la ley de 22 de julio de 1962, pero ésta no presenta grandes novedades y además se recoge en las últimas páginas del libro en un breve compendio.

En el mismo capítulo se relacionan y detallan las características del Derecho penal en un país socialista.

El capítulo segundo es dedicado al delito y la responsabilidad penal. De una manera completa y enfocándolo al derecho positivo, igual que ocurre en el resto del volumen, se estudian ambos temas.

Las penas y las medidas de seguridad en el derecho penal yugoslavo es el objeto del siguiente capítulo. Comprendiéndose en el cuarto lo referente a la rehabilitación y consecuencias jurídicas de la pena.

El estudio de los delitos en el derecho positivo yugoslavo queda bajo el capítulo quinto. Engloba los diversos tipos bajo las siguientes clasificaciones: I) infracciones políticas e internacionales; II) infracciones contra la personalidad y los derechos del hombre; III) infracciones económicas; IV) infracciones patrimoniales, y V) otras infracciones.

Gran interés ofrece, dada la organización político-social-económica del país, el capítulo sexto, en él se expone lo referente a los delitos económicos especiales. Se comienza por la justificación de la intervención del Estado en la vida económica, para, una vez demostrada, llegar a la conclusión de la necesidad ineludible de estructurar los delitos económicos especiales, los que seguidamente son explicados desde todas sus facetas.

El derecho penal de las contravenciones, el proceso criminal, el procedimiento criminal, el procedimiento de menores, las medidas educativas y penales respecto a los menores de edad, la ejecución de la pena privativa de libertad y la estructura y evolución de la criminalidad (condenas dictadas desde 1954 a 1958) son los temas del resto de los capítulos, cuyo interés no hace falta resaltar ya que se pone de relevancia con la simple lectura de los enunciados.

En conclusión, al terminar de leer el presente volumen llega a conocerse de una manera bastante compleja el derecho positivo penal y procesal yugoslavo. Hay que señalar una extraordinaria cualidad del libro y es que al estar redactados todos sus capítulos para ser leídos en el mundo occidental se presentan todas las normas jurídicas con las explicaciones de las bases político-sociales que las fundamentan, lo que permite la más amplia crítica y la mejor captación de sus virtudes y defectos.

A. G. C. G.

LIEBSCHER, Viktor: «Die Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitgeschichte».
 Separata de la Zeitschrift für Rechtsvergleichung. Viena.

El artículo es una extensa recensión del libro homenaje a Donnedieu de Vabres, "Les principaux aspects de la politique criminelle moderne", en el que figuran contribuciones de dos profesores españoles: de Quintano Ripollés y de Jiménez de Asúa.

Liebscher indica que en el libro han colaborado autores franceses, belgas, suizos, españoles, portugueses, ibero-americanos y representantes de los países comunistas; pero echa de menos la presencia de penalistas norteamericanos y alemanes. Una explicación para la ausencia de los primeros se podría encontrar en la distancia que separa a la Common Law del Derecho continental. Aunque la ciencia alemana falte en el libro-homenaje —por resentimiento tal vez, piensa Liebscher, pues sabido es que Donnedieu de Vabres fue uno de los jueces internacionales de Nuremberg—, se la honra, sin embargo, debidamente: los nombres de Feuerbach, v. Liszt, Mezger, Jellinek, Jescheck, etc., son citados frecuentemente en los trabajos incluidos en la obra.

El autor resume y comenta las contribuciones de Rappaport, Asúa, Ancel, Quintano, Vitu, Solnar, Brouzat y Yctis, agrupándolas sistemáticamente en los distintos apartados —política criminal, delitos políticos e internacionales, delitos económicos, aborto y procedimiento penal— en que divide su artículo.

Liebscher destaca, al finalizar, que en la obra que comenta se recogen los rasgos más destacados del nuevo aspecto que ha cobrado la política criminal en esta primera mitad del siglo xx.

E. G.

LYRA, Roberto: «As. Execuções Penais no Brasil (Legislação, problemas e soluções)». Forense. Rio-Sao Paulo, 1963; 76 págs.

El autor de descolante personalidad en el Brasil, su país, comentarista afortunado de sus Códigos Penal y de Procedimiento Penal, ha formulado un Anteproyecto de Código de Ejecuciones Penales y este folleto es la presentación y justificación de él, como una exposición de motivos seguido del Anteproyecto mismo. Con esto hemos dicho las tres partes en que se divide.

En la primera, hace un estudio de la evolución de la legislación en su país de esta materia, destacando sus grandes aciertos, y de la doctrina tanto en el propio Brasil como en los demás países, ocasión que aprovecha para una suscita, pero certera exposición doctrinal.

En la justificación del Anteproyecto, segunda de sus partes, explica el porqué de su división en títulos y contenido de ellos pasando revista a problemas como el de prisiones abiertas, relaciones entre el Tribunal Sentenciador y el Juez de Ejecución de Penas, eficaz institución que Brasil ha tiempo estableció, visitas íntimas, a los presos, de sus mujeres tan de candente actualidad, junto con el problema esencial en los países de organización federal de las relaciones entre los diversos estados y de éstos con el estado federal, naturalmente constreñido a esta materia de ejecución de penas.

De la adición o transcripción del Anteproyecto no podemos ocuparnos, y es lástima por sus aciertos, por estar más indicada su consideración en otra Sección de este ANUARIO.

D. T. C.

MANTOVANI, Ferrando: «Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio». Nuova edizione. Edit. Guiffre. Milano, 1962; 258 págs-

Esta espléndida monografía de Mantovani viene a confirmar que los delitos contra el patrimonio continúan siendo hoy —y con razón— objeto de constantes elaboraciones por parte de los estudiosos. Precisamente la atención dispensada, en todo momento, por la doctrina a los delitos contra el patrimonio y el elevado número de aportaciones doctrinales en las que abundan los contrastes y las incertezas en la solución de los problemas de fondo de la materia, hacen aconsejable presentar previamente un balance de los resultados obtenidos y buscar las posibles razones de tales inseguridades y disparidades. Justamente esto es lo que hace Mantovani en el primer capítulo de su obra, probablemente el de más interés para el jurista español por tratarse de observaciones de carácter metodológico y generales, perfectamente aplicables, por tanto, a la investigación de nuestro Derecho positivo. Se titula este primer capítulo "Apriorismos y realidad en la problemática de los delitos contra el patrimonio".

El anterior título anuncia ya, en buena medida, la actitud del autor. A juicio de Mantovani, las incertezas a que han conducido hasta ahora las elaboraciones doctrinales sobre los delitos contra el patrimonio, proceden de la *inadecuación de los procedimientos tradicionales de investigación*.

Una de las causas de tal inadecuación puede concretarse en los apriorismos que, consciente o inconscientemente, se anidan en tales procedimientos. Este apriorismo resaltaría ya en la primacía reservada a ciertos elementos, a los cuales inicialmente sólo puede atribuirse, con seguridad, una función esencialmente negativa o limitadora. Así, la misma noción de patrimonio (p. 16-17), cuyo contenido positivo, en el ámbito penal, sólo puede descubrirse *a posteriori*, una vez analizada la capacidad ofensiva de los varios tipos de agresión e individualizando, por esa vía, los intereses patrimoniales sobre los que inciden las diversas figuras legales, la noción de *posesión*, respecto a la cual la ley pone de relieve inequívocamente que desempeña funciones diversas (presupuesto de la acción, objeto de tutela, etc.), de donde se deduce que no pueda excluirse de antemano que a la diversidad de funciones corresponda una diversidad de acepciones; la noción de *ajenidad*, que más que indicar la situación jurídica del sujeto pasivo respecto a la cosa y el contenido de sus facultades, sirve, sobre todo, para designar que la cosa no debe ser *nullius in propria*, es decir, del pleno y exclusivo señorío del agente.

El apriorismo se capta aún con mayor evidencia cuando se examinan los procedimientos seguidos para fijar el contenido y el valor positivo de dichas nociones. Cabe señalar en este punto dos corrientes extremas: una que afirma *a priori* la plena dependencia del Derecho Penal respecto al Derecho Civil; y otra que invoca la absoluta autonomía. La investigación aparece, de este modo,

inicialmente viciada, porque se interfieren los planos dogmático y exegético. En efecto, la primera corriente busca apoyo en el carácter meramente sancionatorio del Derecho Penal, en tanto la segunda apela a su naturaleza constitutiva. Lo cierto es, sin embargo, que no existe una interdependencia necesaria entre el problema dogmático de si el Derecho Penal tiene carácter secundario o posee naturaleza constitutiva y el problema exclusivamente exegético de precisar el contenido de un concepto empleado en una concreta norma penal. La tesis civilista tiene que admitir que Derecho Penal y Derecho Civil absuelven funciones no siempre coincidentes y, admitido esto, la diversidad de nociones aparece ya sobre el plano teórico perfectamente admisible, puesto que las nociones penales tanto más satisfarán las exigencias propias de la norma penal, cuanto más directamente sean derivadas del mismo dato normativo penal. La tesis autonomista tiene que reconocer que la norma penal conserva su propia función tanto si la noción de patrimonio, posesión, etc., concuerda o diverge de la civilista. Ambas corrientes pecan, pues, de apriorismo, porque entrañan el riesgo de postular una convergencia o una divergencia terminológica allí donde puede subsistir una plena concordancia o disparidad, tendiendo, por este camino, a imponer al intérprete del Derecho Penal un itinerario diverso del típicamente inductivo que es propio del conocimiento científico en general.

Por eso se presenta como metodológicamente correcta la llamada posición intermedia que, como punto de partida, no niega ni afirma que las nociones penales coincidan con las civiles. Despejado el campo de apriorismos gratuitos, el problema aparece en su verdadera luz, trasladándose al análisis del Derecho positivo: se trata exclusivamente de un puro problema de interpretación. Pero —señala Mantovani— los sostenedores de esta dirección intermedia, después de sentar una premisa metodológicamente correcta, acaban por operar una inversión inadmisible de los términos del problema. Parten también ellos en la interpretación de la norma penal de las nociones civilistas, a las que sólo abandonan cuando la propia finalidad de la concreta norma incriminatoria no consiente el trasplante. No se elude, de esta suerte, el vicio de apriorismo. Se parte de las nociones civilistas, que se aplican rigurosamente hasta que los términos normativos aconsejan su derogación. Es decir, se pretende llevar a cabo sobre el plano exegético aquella tarea de confrontación, que pertenece más propiamente a la teoría general del Derecho, intercambiando, así, la base con el vértice.

El apriorismo se deja sentir asimismo en el mecanismo exegético utilizado y en los instrumentos de interpretación que se propugnan tanto por las corrientes tradicionales como por los más recientes movimientos revisionistas. Mantovani indica, en primer término, el apriorismo que encierra el criterio de la "objetividad jurídica específica". A este respecto —advierte agudamente el autor—, es preciso tener en cuenta que la inutilidad de este criterio no procede tanto del hecho de implicar una inevitable *petitio principii* —como se afirma frecuentemente—, como de una *insuficiencia lógica más profunda*. En realidad, el criterio de la objetividad jurídica específica no entraña un círculo vicioso —asegura Mantovani—, porque la determinación del objeto jurídico no se ofrece como una simple operación preliminar para hallar el instrumento de interpretación, sino como el centro mismo de la interpretación de la norma. Las

críticas que merece este criterio son de otra índole. La fundamental es la de no emplear para la investigación del bien ofendido la vía lógico-racional de la interpretación analítica, sino una vía enteramente intuitiva (p. 39). Observa oportunamente Mantovani que tampoco en este punto deben de entrecerse los planos técnico y político. Una cosa es afirmar enérgicamente la función de tutela de la norma penal, para mantenerse fieles a una concepción *objetiva* del delito, al servicio de una concepción liberal del Derecho Penal, y otra distinta asumir el criterio de la objetividad jurídica como instrumento-base de interpretación de los delitos en particular.

No escapa tampoco al vicio de *intuicionismo* el criterio de la *ratio legis*, propuesto precisamente para sustituir al de la objetividad jurídica. Esta *ratio* se deduce de la consideración sumaria de la norma en todos sus datos, incluido el bien tutelado, pero no de un acto de interpretación en sentido técnico, fundado en operaciones analítico-racionales. Tanto el criterio de la objetividad jurídica como el de la *ratio legis*, en la medida de que entrañan un conocimiento emotivo-sentimental del Derecho basado sobre la intuición, contrastan —aunque la afirmación pudiera parecer paradójica— con los postulados de la dirección teleológica, que no niega el método lógico-racional tradicional, sino que, antes bien, se considera su más fecunda versión (p. 44).

Para obviar las deficiencias en ambos criterios se ha adoptado el de la función de la norma, para cuya individualización basta un razonamiento *lógico-sintético*, que tiene por objeto la norma como *corpus* unitario, no la exégesis de sus singulares términos. Esta teoría tiene el mérito, a juicio de Mantovani, de haber destacado la necesidad de buscar un elemento que, confirmado de acuerdo con la norma, no sea el fruto ni de un conocimiento emotivo-sentimental ni de actividades exegéticas, sino definible a través de una operación intelectual sintética. Sin embargo, el autor no cree que el criterio de la *función* constituya el punto de apoyo más prometedor para la interpretación de la figura legal. La razón estriba en que, una vez individualizada la función de un complejo de normas dentro del ordenamiento jurídico, la función de los singulares términos en relación a una concreta norma funcionalmente considerada, no se ha captado todavía el significado del término ni el contenido de la norma.

Mantovani, después de efectuar el análisis de los criterios de la objetividad jurídica, *ratio legis* y función de la norma, señaló la necesidad de buscar un criterio que, mientras permita orientar teleológicamente la interpretación, no escape al control de un conocimiento objetivo. La vía que se propugna en este sentido es la de la conducta típica. Recuerda Mantovani que recientemente se ha ofrecido una sistemática de los delitos contra el patrimonio basada sobre el *medio*, entendiendo por medio la conducta misma considerada en su aptitud ofensiva. El mérito de haber desarrollado con la suficiente amplitud los principios en que debe apoyar una interpretación de esta índole corresponde a C. Pedrazzi (*Inganno ad errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955).

Pedrazzi, sin embargo, en su magnífica monografía no pretendió prescindir de un modo total y absoluto del criterio del bien jurídico como instrumento de interpretación. Así, reconociendo la primacía del *medio*, Pedrazzi afirmará que, por ejemplo, en tema de hurto la figura legal se estructura en torno a dos núcleos: el del medio y el del objeto jurídico. Al primero pertenece el con-

cepto de detención, en tanto al segundo pertenece el requisito de la *ajenidad*. Mantovani, en cambio, va más allá. Cree que la indulgencia mostrada por Pedrazzi hacia los esquemas de la problemática contra la que pretende reaccionar, implica el riesgo de comprometer la intrínseca fecundidad de la nueva orientación. Mantovani insiste en que, por ejemplo, incluso el requisito de la *ajenidad* vive también como reflejo de la aptitud ofensiva de la conducta y, por tanto, debe ser definido en su contenido positivo en función del medio. En este sentido, llega a afirmar tajantemente que "la solución de los problemas fundamentales de los delitos contra el patrimonio no hace referencia a dos núcleos distintos, sino sólo al del medio" (p. 53).

A mayor abundamiento, para reforzar la orientación que confiere primacía al medio como instrumento de interpretación, Mantovani recuerda las observaciones ya formuladas por Petrocelli y Pedrazzi en torno a que, a paridad de daño patrimonial, la agresión asume significados y tonalidades diversas, según la modalidad de conducta a través de la cual se haya cometido, y esto ya en el plano prejurídico de la conciencia social.

Puesta la conducta como punto central del mecanismo exegético dogmático, estima Mantovani que es preciso aclarar las profundas implicaciones que derivan de la utilización de dicho instrumento interpretativo. Entiende que este proceso de aclaración debe de llevarse a cabo a través de una triple investigación dirigida a fijar, ante todo, la exacta *noción* de las varias formas de ataque al patrimonio, después su *dirección* y *aptitud ofensiva* y, por último, el *perjuicio patrimonial* en que se concretan.

De acuerdo con estas premisas metodológicas, Mantovani se ocupa posteriormente en los restantes capítulos de la obra de los problemas relativos a *sustracción* y *apropiación*, *sustracción* y *daño*, *introducción*, *invasión* y *ocupación*, *los medios en la teoría de la conducta* (violencia y fraude) y, finalmente, de las cuestiones relativas a la *aptitud ofensiva de la conducta en los delitos patrimoniales*.

De verdaderamente fundamental debe calificarse este *Contributo* de Ferrando Mantovani.

G. R. M.

NUÑEZ BARBERO, Ruperto: «El delito imposible». Acta Salmanticensia Iussu Senatus Universitatis Edita. Salamanca, 1963; 181 págs.

Advierte el autor en el capítulo preliminar que considera necesario, en primer término, establecer sus puntos de vista en orden al concepto, fundamento y elementos esenciales de la figura jurídica denominada tentativa, pues no puede olvidarse que el problema jurídico que plantea el delito imposible radica en la determinación de la idoneidad o inidoneidad de los actos constitutivos de tentativa punible.

En el capítulo primero, por consiguiente, se ocupa el autor del *delito intentado*. Después de considerar que la norma que incrimina la tentativa es una norma accesoria que amplía la esfera de aplicación de la norma primaria fundamental y caracterizar a la tentativa como una "ejecución incompleta"

del delito, que requiere un elemento subjetivo que se identifica con el dolo del delito consumado (p. 27) y un elemento objetivo que está representado por la acción peligrosa (idónea para producir el resultado del delito que el culpable quería consumar), ofrece la siguiente definición: "La tentativa es agresión a la integridad de un bien jurídico protegido mediante el cumplimiento de una actividad descrita en el precepto en que está determinada la figura delictiva, es decir, acción ejecutiva" (p. 53). Esta conducta—añade Núñez Barbero—debe poner en peligro la integridad del bien protegido de modo que la probabilidad de la ofensa del mismo haya, objetiva y realmente, existido. Este peligro "corrido" supone la acción idónea, pues sin ella es inconcebible la puesta en peligro del bien tutelado. Teniendo en cuenta la duplicidad de elementos que integran la tentativa, afirma el autor que la punibilidad de ésta deberá fundamentarse: desde el punto de vista subjetivo, en la voluntad criminal que el agente manifiesta con los actos realizados, del mismo modo que en el delito consumado; y desde el punto de vista objetivo, porque dichos actos, además de presentarse conforme a la hipótesis normativa, han hecho nacer, en virtud del requisito de la idoneidad, el peligro real y efectivo de que la violación iniciada se completase, esto es, se consumase el delito.

El capítulo segundo aparece dedicado a la *determinación y delimitación del concepto de delito imposible*. Una vez reconocido que la idoneidad de la acción ejecutiva es un requisito previo para la punibilidad del delito intentado, deduce Núñez Barbero que su falta debe determinar la imposibilidad del delito y, por ello, su impunidad a título de tentativa. De acuerdo con este planteamiento, pasa a examinar el problema de la idoneidad en el marco de las doctrinas subjetivas y objetivas, para llegar a la conclusión de que la idoneidad considera el lado objetivo de la tentativa y concierne a su valor causal, puesto que por idoneidad se debe entender la eficacia causal para producir el resultado prohibido por la ley. La tentativa es punible cuando se concreta en una acción peligrosa. En el juicio de peligro —se advierte— "el juez tendrá en cuenta los conocimientos del hombre medio completándolos con los del agente que, a estos efectos, pueden ser superiores, es decir, con el conocimiento especial del reo en su caso, prescindiendo de las circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y de las que se revelen a través del suceso, esto es, que no fuesen constatables a priori" (p. 109-110). Trata Núñez Barbero seguidamente el problema de la inexistencia del objeto, rechazando la dirección doctrinal (Manzini, Maggiore, etc.) que distingue entre inexistencia absoluta y eventual no presencia u ocasional falta de objeto. "El punto esencial —afirma— del problema es la falta de objeto (sea ésta ocasional, permanente, transitoria o estable, relativa o absoluta) con anterioridad al comienzo de la acción ejecutiva del delito que se intentaba cometer" (p. 122). Se ocupa, a continuación, de las cuestiones referentes a la intervención de la fuerza pública y del agente provocador. En relación con la primera argumenta: "si no puede haber tentativa cuando falta el objeto material de la acción porque no hay posibilidad de poner en peligro el bien o interés protegido, tampoco deberá ser punible la tentativa, por análoga razón, cuando no hay posibilidad de ofenderlo por la existencia de una circunstancia —predisposición de la fuerza pública— ya cognoscible en el momento de la iniciación de la acción, y que excluya en absoluto la posibilidad

«del peligro» (p. 128). Respecto a la hipótesis del agente provocador advierte que está «fuera de la tentativa punible y de la tentativa imposible, porque falta el delito en su raíz, por defecto de los elementos esenciales del mismo. La cuestión de la idoneidad o inidoneidad pierde importancia, pues en la mayoría de los casos puede decirse que no hay infracción porque todo es irreal» (p. 132). Este segundo capítulo se cierra con una exposición de las relaciones entre delito putativo y delito imposible. Observa Núñez Barbero que algunos autores al restringir netamente el concepto de delito putativo, amplían el concepto de delito imposible a todo caso de inidoneidad de la acción, considerando a aquél como el género del cual la tentativa sería su especie, y refieren la idoneidad a todos los presupuestos y condiciones esenciales especialmente constitutivas del delito. Concretamente, en referencia con nuestra legislación, cree el autor que la ampliación del delito imposible acarrea más inconvenientes que ventajas (p. 140).

El capítulo tercero —último de la obra— se destina al estudio de *la impunidad del delito imposible en la legislación*. En un primer apartado del mismo se pasa revista a la legislación extranjera (europea e hispanoamericana), agrupando a los distintos Códigos según adopten posiciones subjetivistas u objetivistas, y, finalmente, en un segundo apartado, se analiza la situación del delito imposible en la legislación española. Núñez Barbero llega a la conclusión, a la vista de nuestro Derecho positivo, de que «no se puede admitir que, a tenor del párrafo 2.º del artículo 52, puedan ser inculradas las conductas en que faltan los elementos esenciales exigidos por la particular figura delictiva, si no se quiere quebrantar el principio de legalidad» (p. 170-171). Las conductas de imposibilidad, tal como las concibe el autor, no deben ser susceptibles de pena, pero no hay ningún obstáculo para que lo sean de una medida de seguridad.

G. R. M.

PECORARO-ALBANI, Antonio: «Il concetto di violenza nel diritto penale».
 Edit. Guiffre. Milano, 1962; 79 págs.

La presente monografía se inicia con un cuadro de conjunto en el que el autor expone, como indispensable premisa de su estudio, las referencias legales a la violencia. Generalmente a ella se alude como medio de la acción, especificándose, a veces, el objeto sobre que incide (personas o cosas). En ocasiones la violencia juega su papel en relación con la determinación de algún presupuesto del delito. Alguna disposición legal alude a la violencia *en acto*, en tanto otras hacen mención a un programa de violencia. La violencia, por otra parte, no sólo se presenta como elemento constitutivo o circunstancia agravante de un determinado delito, sino también como figura autónoma.

Esta diversidad de funciones que desempeña la violencia en el ámbito jurídico-penal, detrás de la cual puede esconderse una variedad de acepciones, justifica por sí sola una monografía que, como la presente, tienda a mostrar el significado unitario de la violencia.

Pecoraro-Albani comienza por advertir que el Código Penal italiano, a excepción de las hipótesis previstas en los artículos 392 (ejercicio arbitrario de las propias razones con violencia sobre las cosas) y 634 (perturbación violenta

de la posesión de cosas inmuebles), en cuyos párrafos finales el propio Código expresa lo que ha de considerarse, a efectos penales, como violencia, no ofrece una definición de ésta. Tampoco aparece definida en otras normas jurídicas o extrajurídicas. Por consiguiente, la violencia se presenta como un concepto descriptivo, y no como un concepto normativo o valorativo (p. 5).

Hecha esta observación en torno a la naturaleza del concepto de violencia, examina Pecoraro-Albani las teorías que se han formulado sobre la violencia. Alude, en primer término, a la que califica de tradicional y que concibe a la violencia como fuerza física, transportando al Derecho Penal el concepto de violencia tal como éste se entiende por la conciencia social. En segundo lugar menciona la teoría que concibe a la violencia como constricción de la voluntad. La génesis de esta teoría debe encontrarse en el deseo de lograr una más eficaz tutela para la libertad moral. En el marco lógico de esta teoría, la violencia se presenta como un conflicto entre dos voluntades, como coacción de la voluntad ajena. Pecoraro-Albani cree que se trata de un concepto de violencia no compartible. Entre otras observaciones críticas que pueden formularsele, descuella, a juicio del autor, la fundamental de que al centrar la atención sobre el "efecto de constricción" y despreocuparse del medio a través del cual se produce ese efecto, conduce tendencialmente a la imposibilidad de distinguir *violencia y engaño*, puesto que también este último se traduce, en definitiva, en una constricción de la voluntad de la víctima. Una prueba de la exactitud de esta observación, cree encontrarla en la explícita admisión, por algún autor —como Hälschner— que participa de esta teoría, de la equivalencia de violencia y engaño. El problematismo de las conclusiones a que se llega operando con un concepto de violencia que la identifica con la constricción de la voluntad, aconsejan, según el autor, una revalorización de la teoría tradicional, que la concibe como fuerza física (p. 22-23).

Estima Pecoraro-Albani que el análisis del concepto de violencia elaborado sobre los datos suministrados por el Derecho positivo ha de desenvolverse bajo múltiples aspectos. Fundamentalmente éstos: contenido, forma, objeto, resultado y relevancia jurídica.

Por lo que se refiere al contenido, afirma Pecoraro-Albani que la violencia puede definirse como "la exteriorización de energía física". La violencia, contemplada bajo este aspecto, es, propiamente, "la cualificación de un comportamiento que se desarrolla mediante energía físicamente lesiva" (p. 30). Su contenido está representado, por consiguiente, por la fuerza material, física, no contando tanto la energía empleada como el perjuicio físico que acarrea. La violencia expresa, en este sentido, una idea de relación: energía física-perjuicio físico.

En cuanto a la forma, entiende el autor, en contra de una opinión extendida, que no debe determinarse en atención a los objetos sobre los que recae (violencia personal y violencia real), sino atendiendo a los medios a través de los cuales la violencia se exterioriza, o, por mejor decir, las energías en las cuales se concreta, habida cuenta de que la violencia es siempre un medio de la conducta. Subraya que tales medios pueden ser de la más diversa índole y admite expresamente que la violencia puede revestir la forma de una omisión (página 57).

En relación con el objeto, se indica que éste puede ser una persona o una cosa. Pero se trata, en todo caso, del objeto material, no del objeto jurídico de la violencia, que no será otro sino el del concreto delito al que la violencia aparezca referida (p. 58).

Por el resultado de la violencia entiende Pecoraro-Albani el delito que el agente realiza mediante la energía lesiva que caracteriza la violencia misma (página 61). En el problema del resultado va implícito el de la relevancia jurídica de la violencia, dada su vinculación con el tipo concreto de delito.

Considerados estos cinco aspectos de la violencia, Pecoraro-Albani se refiere a las relaciones entre violencia y constricción de voluntad (en sus dos especies: absoluta y relativa), para terminar aludiendo brevemente al tema de la violencia y las causas de justificación.

G. R. M.

RIVACOBIA y RIVACOBIA: «Krausismo y Derecho». Edit. Castelloi, S. A. Santa Fe. Argentina, 1963.

Nuevamente el nombre de un joven profesor español radicado en la Argentina por las coyunturas determinantes de la Diáspora hispana, tan fecunda en este aspecto de expansión cultural: el de Manuel de Rivacoba, vuelve a aparecer en esta sección bibliográfica. Ahora es para reseñar un título no específicamente penal, *Krausismo y Derecho*, aunque a él afecte también, visto sobre todo la preponderancia que aquella escuela filosófica adquirió en el correccionalismo, dirección en que se forjaron los máximos cultivadores españoles de las ciencias penales en el tránsito del pasado siglo al presente.

A primera vista pudiera parecer un anacronismo, sólo justificado por propósitos de pura erudición, tratar un tema aparentemente tan poco actual como el del Krausismo. Mas bien consideradas las cosas, seguramente no es así, dado que el Krausismo, quizá muerto como filosofía propia, y siempre de muy reducido valor intrínseco, vale en la circunstancia histórica para nosotros, como un fermento valiosísimo cuyos ecos, apagados a veces, son susceptibles de refloreamiento henchidos de interés en los más variados aspectos de la vida y la cultura. De ahí que importe más que el pensamiento oscuro, poco brillante y escasamente original del viejo filósofo turingio, su impacto en el español, y mejor aún, en su modo de pensar y encararse con los problemas de la realidad, ya que el Krausismo, puesto Krausismo al menos, fue un modo de ser y hasta de actuar antes que un credo escolástico. La Institución Libre de Enseñanza, cuya historia está rehaciendo *sine ira et studio* otro joven erudito español, y la famosa Generación del 98, por cuyo capital intelectual sigue viviendo de las rentas o con acumulación lo mejor del pensamiento no sólo español, sino hispánico, derivan en no escasa parte de la prolífica siembra Krausista, bien que en las más variadas y aún contradictorias direcciones.

Por lo que a lo penal atañe, que es parte muy destacada de la monografía de Rivacoba, y lo que más directamente nos interesa (Capítulo VI) Krause contradice la dialéctica aristotélico-tomista para hacer del *mal* un defecto del uso humano de la libertad, consecuencia de la finitud humana, obra de Dios,

y no de la plena libertad de acción *ab original*; lo cual no supone un vacío antológico de los conceptos del bien y del mal, sino su proyección en la realidad existencial del hombre y de su imperfección. Lo cual deriva lógicamente a una especie de fatalismo determinista, desenvuelto con dialéctica hegeliana: el de que todo lo que sucede es conforme a una necesaria ley de la vida, no diverso, pues, al famoso aforismo de la racionalidad de lo real. En estas condiciones, es claro que las ideas de la pena divina o humana carecen de justificación, valiéndolo, si acaso, como recursos de necesidad o remedios defensistas. Y su sustitutivo no ha de ser otro que el determinado por el progreso de la civilización, especie de concesión al optimismo del tiempo, y de correctivo al lógico pesimismo anarquizante, y aún a la incongruencia a que una lógica más implacable hubiera abocado.

Rivacoba aduce la ideología Krausista y el retoño penal más visible de Roeder, para hacerla valer como precursora del positivismo, y como tal la primera que se enfrentó con el clasicismo carrariano. Polémica en que ya se plantearon, con casi un siglo de anticipación, los problemas que aún siguen preocupando a la filosofía penal; en cuanto que Carrara puso de manifiesto los graves riesgos que para la libertad celaban los postulados correccionalistas, nacidos en un clima liberal e individualista, pero abocados fatalmente a la ruina de la seguridad jurídica, baluarte de la libertad personal del ciudadano. Personalmente creo que tales riesgos son tan patentes hoy como ayer, con lo que la realidad ha venido a demostrar, con la tozudez de los hechos a que aludirían desde puntos de vista tan diversos San Buenaventura y Lenin, que las generosas utopías de los correccionalistas, para proteger a los criminales, en el sentido exacerbado que con su extremismo hispánico adoptó Dorado Montero, iban a poner en un constante riesgo las libertades de los ciudadanos no delinquentes; riesgo y ventura de todos los proteccionismos socializantes, que, a mi modo de ver, es el *peché mignon* de tan bellas lucubraciones literario-filosóficas, tan de admirar como de temer por parte de los juristas y aún de los hombres insobornablemente liberales, que prefieren, o preferimos, ser castigados a ser corregidos, por falta de vocación para cobayas.

Antonio QUINTANO RÍPOLÉS

SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio: «Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo». Publicaciones de la Facultad de Derecho del Estudio General de Navarra. Ediciones Rialp, S. A. Pamplona, 1963; 82 págs.

En los preliminares de su estudio recuerda Suárez Montes que "lo nuevo en el finalismo no es tanto la doctrina final de la acción, como la concepción final del injusto (p. 11). De ahí que sea, a su juicio, en la doctrina de la antijuricidad donde deberá someterse a prueba al finalismo. En el presente trabajo, dividido en dos partes, que llevan respectivamente el epígrafe de "El injusto en los delitos dolosos. El error sobre las causas de justificación" y "El injusto en los delitos culposos", pretende el autor examinar solamente algunos puntos cen-

trales del injusto en la dogmática finalista, con la vista puesta sobre todo en el funcionamiento intrasistemático de las instituciones.

De acuerdo con los expresados propósitos, Suárez Montes se plantea, en la primera parte de su estudio, la pregunta de si el finalismo es consecuente con sus principios fundamentales *afirmando la antijuricidad en todo caso de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*. En su opinión, no lo es, observándose claramente en el tratamiento que dispensa a la cuestión Welzel, Kaufman (Armin), Maurach, Hirsch, etc., un grave defecto dentro del sistema final.

Como se sabe, el finalismo hace depender las causas de justificación del conocimiento de la existencia de los presupuestos objetivos (voluntad de defensa, salvación de un bien, etc.). Sin embargo —continúa Suárez Montes—, las cosas cambian en el caso inverso, a saber, si faltan precisamente los momentos objetivos de la causa de justificación. Aquí no se conforman Welzel, Kaufman, etcétera, con la existencia de una acción final de defensa, salvación, etc., sino que por encima y más allá de esa acción —que posee la tendencia final de la evitación de la agresión, de salvación, etc.— exigen todavía este resultado efectivo, a saber, que esa dirección alcance efectiva y realmente el fin del esfuerzo final” (p. 38). Se implica en este proceder, a juicio del autor, una grave inconsecuencia: “mientras la antijuricidad de la acción es completamente independiente de la producción de la lesión del bien, se hace, en cambio, depender la justificación de la producción de un resultado exterior positivo, a saber, evitación de un ataque, etc. (Esto nos parece —añade Suárez Montes— especialmente manifiesto en el sistema de Maurach, incluso terminológicamente, desde el momento que *expresamente*, según él, el resultado no cuenta para la acción)” (página 38). La decisión en orden a si hay o no una acción antijurídica se haría depender, de este modo, de algo que no pertenece necesariamente a la estructura final.

Por si esta primera observación crítica no se considerase suficientemente demostrativa, Suárez Montes aborda la cuestión por otro costado, trayendo a colación un argumento derivado de la dogmática de los delitos de omisión. Según la construcción finalista (fundamentalmente Armin Kaufman) resultaría que en los delitos de omisión la conducta debe ser realizada siempre que según la representación del autor concreto se dé la situación típica. Supuesta esta creencia, surge el deber de realizar la conducta, siendo indiferente que la situación típica sea real o no. Si, en esta hipótesis, el actor omite, comete injusto. Ahora bien para llevar a cabo la acción *debida* puede ser preciso, en el caso concreto, realizar la conducta prevista en un tipo de comisión. La realización de esta conducta, en la medida en que es *debida*, en virtud del Gebot que se desprende del tipo de omisión, no puede ser *antijurídica*. De donde se deduce que “la conducta típica conforme a un tipo de comisión realizada con la tendencia de dar cumplimiento a la conducta ordenada por un tipo de omisión, *no es antijurídica aunque no exista realmente la situación típica de omisión*” (p. 44).

Esta consecuencia —observa Suárez Montes— se le ha ocultado al finalismo, y, sin embargo, sólo se puede escapar a ella negando que la tentativa imposible y los casos denominados “falta de tipo” sean conductas típicas antijurí-

dicas, que es precisamente lo contrario a la premisa de que parten los finalistas.

La conclusión a que se llega, por esta vía, es la de que el concepto final de injusto "conduce irremisiblemente a una concepción subjetiva de la atijuricidad, y, en consecuencia, también a una exclusión subjetiva de ella" (p. 44).

Por lo que se refiere al injusto de los delitos culposos, Suárez Montes estima que, después de la última reforma llevada a cabo en esta sede por Welzel, el finalismo se encuentra en una situación poco satisfactoria. Se insiste en que el *Handlungsunwert* —que contiene ya en sí todo el contenido material del injusto de los delitos culposos— no puede aumentar por la lesión de un bien jurídico, ni disminuir por la no producción de esa lesión. Pero con ello se pone de manifiesto que, según los principios fundamentales del finalismo, no puede pertenecer al tipo de injusto algo que, sin embargo, es *esencial, coconstitutivo* del injusto de los tipos culposos (p. 82).

G. R. M.

REVISTA DE REVISTAS

A L E M A N I A

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Volumen 75 (1963), fascículo 1

JESCHECK, Hans-Heinrich: «Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafgesetzbuches (E 1962). (Las bases ideológicas y políticas del proyecto de un código penal (E 1962).

El artículo reproduce una conferencia pronunciada por el autor el 24 de septiembre de 1962 ante la Fundación Friedrich Naumann.

Comienza Jescheck destacando la importancia del proyecto y los esfuerzos que ha costado su elaboración. Ideológicamente, el proyecto se ha mantenido dentro de un orden racional, sirviéndole de base, en primer lugar, el estudio de la realidad: así fueron de gran utilidad no sólo a los trabajos preparatorios de Derecho comparado, sino también la criminología, la ciencia penitenciaria y la práctica judicial. Jescheck se refiere también, dentro de este orden de consideraciones a la búsqueda de las estructuras lógico-reales respecto del concepto de acción, de la doctrina de la culpabilidad y de la teoría de la participación delictiva: la Comisión, por consiguiente, intentó buscar orientación en la naturaleza de las cosas. La pena de muerte sigue abolida, porque, opina Jescheck, político-criminalmente se puede prescindir de ella: el proyecto ha querido limitarse a lo político-criminalmente necesario. Se excluye la punibilidad en el aborto terapéutico —continúa Jescheck—, no en base al principio de evaluación de bienes, sino porque se impuso la opinión de que en caso de conflicto no se le podía exigir a la madre el sacrificio de su propia vida. El proyecto se decidió por seguir castigando la homosexualidad entre adultos por creerse que éste era el único medio de garantizar la protección de la juventud, de mantener la corrección en el Ejército y en la Policía y de preservar a la comunidad de hechos escandalosos. La prohibición de la inseminación artificial fuera del matrimonio intenta impedir que se produzcan en Alemania las peligrosas manifestaciones que ya han tenido lugar fuera de ella. Todas estas cuestiones, escribe Jescheck, tienen puntos de contacto con terrenos en los que no es posible la discusión racional; pero al prescindir en el proyecto de fundamentaciones que pertenecen a la esfera de lo irracional y permanecer en un plano que es accesible a la experiencia criminológica y al pensar metódico, se facilita al Bundestag una discusión objetiva.

No obstante, el proyecto pretende evitar también el positivismo jurídico. Y lo hace de dos maneras: mediante la ya mencionada confrontación con la experiencia de la realidad, y mediante el reconocimiento de exigencias suprapositivas de justicia sustraídas al poder del Estado (ejemplos: la exigencia de una relación entre culpabilidad y pena, la prohibición de penas deshonrosas, etc.)

Otra característica del proyecto —característica que le diferencia de la legislación de los Estados totalitarios— es que la punibilidad se limita a acciones que en la concepción de un ciudadano elemental o, por lo menos, según una moralidad por todos comprensible, son insoportables para la comunidad. A esta idea responde la no punibilidad del suicidio y la regulación restrictiva de la coacción y de la apropiación indebida. Es por esta razón por la que Jescheck desearía volver a ver en el proyecto el reconocimiento del aborto de motivación ética (es decir: la no punibilidad del aborto cuando el embarazo es la consecuencia de una violación).

Jescheck alude, como muestra de que se ha procurado garantizar en todo momento la seguridad jurídica, a la definición de dolo y de culpa y a la diferenciación legal de los casos de error y de las formas de participación. Jescheck subraya, sin embargo, que no es posible redactar una ley con todo el arte de la técnica jurídica —a fin de que vincule realmente el juez— y, al mismo tiempo, crean un «libro de lectura para el pueblo».

El proyecto no ha querido dejar indefenso al Estado y le protege dentro de los límites permisibles en un Estado de Derecho. A esta orientación se debe que el proyecto no otorgue ningún tratamiento especial al delincuente por convicción.

La adhesión a la dignidad humana encuentra su expresión en el principio de culpabilidad, principio que domina todo el proyecto. Este reconocimiento de la dignidad del hombre ha llevado a incorporar al proyecto, en mayor medida que hasta ahora, la protección de la vida personal y de los secretos personales.

Jescheck termina exhortando al Bundestag a que se ocupe cuanto antes de la reforma penal. Subraya, sin embargo, que el Código penal exige, igual que lo exigió la ley fundamental de Bonn, la aprobación de todo el pueblo: en opinión de Jescheck sería una desgracia política que fuese aprobado sólo por mayoría en contra del voto de la oposición.

GALLAS, Wilhelm: «Der Schutz der Persönlichkeit im Entwurf eines Strafgesetzbuches (E 1962). (La protección de la personalidad en el proyecto de un código penal (E 1962)).

Gallas alude, en primer lugar, a las influencias de toda clase que ejerce la moderna técnica sobre la esfera privada del individuo. La prensa, la radio y la televisión están en situación de participar a todo el mundo e incluso hacerle testigo ocular, los asuntos más privados de la vida de una persona: nadie está seguro ante el teleobjetivo ni ante los aparatos de observación de rayos infrarrojos; la cinta magnetofónica y los micrófonos instalados en habitaciones privadas permiten recoger conversaciones íntimas; los detectores de mentiras y el suero de la verdad descubren las emociones más secretas. Una insaciable sed de sensacionalismo hace la situación aún más peligrosa.

El proyecto representa un novum frente al Derecho vigente con la creación de dos tipos desconocidos hasta ahora en Derecho alemán: los §§ 182 y 183.

El § 182 castiga al que en una reunión o por escrito, y sin motivos comprensibles, afirme algún hecho infamante sobre la vida familiar o privada

de otra persona sin que exista ningún interés público para ello. El hecho es punible — y esto es una novedad en Derecho alemán— independientemente de que la afirmación sea verdadera o falsa; no se admite prueba sobre la verdad de las imputaciones. El delito es perseguible sólo a instancia de parte. El párrafo cuarto del § 182 añade que todos los hechos que son subsumibles bajo este tipo no constituyen delito de injurias; con ello se rechaza una corriente dogmática que proponía que al lesionado se le dejase en libertad de elegir entre perseguir al autor por injuria (sólo hay injuria cuando lo afirmado es falso; la pena es mayor) o por este delito de indiscreción (el hecho es típico, aunque la afirmación sea cierta; la pena es menor). El motivo de esta regulación es evitar que parezca que el lesionado, al decidirse por el delito de indiscreción, teme que se investigue sobre el contenido de lo afirmado.

En los periódicos alemanes se han dejado oír muchas voces que critican este párrafo por considerar que en él se atenta contra la libertad de prensa. Gallas opone que en la Constitución alemana se proclama que la dignidad del hombre es el criterio máximo y el principio interpretativo supremo para todo derecho. Recuerda, por otra parte, que según la misma ley fundamental, la libertad de prensa tiene sus límites en las leyes generales. Finalmente, subraya que, conforme al § 182, son atípicas aquellas afirmaciones en las que exista un interés público respecto de su contenido.

Gallas critica que en el § 182 se incluya el elemento negativo de «motivo comprensible» que, en el caso de que se dé, excluye la tipicidad. En primer lugar, porque es difícil llegar a un juicio sobre la comprensibilidad sin determinar la verdad del contenido de lo afirmado. Pero además, por esta consideración: El motivo puede ser comprensible, bien porque haya un interés público, bien porque haya un interés privado. El primer supuesto lo tiene en cuenta ya el mismo § 182; en el segundo caso bastaría que entrase en juego la legítima defensa o el estado de necesidad. El autor cree, pues, que la exigencia de un motivo no comprensible para que haya delito es superflua. Gallas preferiría que en el precepto no se hablase de interés público, sino de interés público **justificado**. Con ello se impediría que se propagasen impunemente detalles de la vida privada de un candidato a unas elecciones parlamentarias; en ello puede haber un interés público, pero tal vez no un interés público justificado.

El segundo tipo nuevo del proyecto, el § 183, prohíbe que se grabe en cinta magnetofónica la palabra de otro sin su consentimiento, cuando ha sido pronunciada en privado, que se haga uso de la grabación, o que se la haga llegar a un tercero; prohíbe, además, oír mediante un aparato de escucha lo que otro dice privadamente sin su consentimiento. Al que tema que lo que dice en una conversación privada esté siendo grabado en una cinta magnetofónica escondida en el bolsillo de su interlocutor, se le priva —escribe Gallas— de un elemento esencial de lo humano: la posibilidad de comunicación confidencial con sus semejantes. Dentro de los aparatos de escucha se incluyen, afirma Gallas, los micrófonos instalados secretamente en una habitación, pero no las instalaciones telefónicas normales. Así, no comete este delito aquél que por una deficiencia técnica, oye a través de su teléfono.

la conversación telefónica de otras dos personas. Gallas considera que, por su gravedad, estos comportamientos son también dignos de ser tipificados.

SCHMITT, Rudolf: «Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht. (La concurrencia en el vigenté y en el futuro Derecho penal.)

En este fascículo de la Zeitschrift se publica sólo la primera parte del artículo; en el siguiente fascículo aparecerá la conclusión. Dejamos, pues, para el siguiente fascículo la recensión del artículo entero.

HONIG, Richard M.: «Entwurf eines Strafgesetzbuches für die Vereinigten Staaten von Amerika (Model Penal Code). (Proyecto de un código penal para los Estados Unidos de América (Model Penal Code)).

Honig se propone exponer y comentar en este y sucesivos artículos un proyecto semioficial —no ha sido llevado a cabo en nombre del Gobierno, sino del American Law Institute— de código penal para los Estados Unidos. No es posible informar, dentro del marco de esta recensión, los numerosos preceptos que son objeto de exposición y crítica por parte de Honig. Diremos únicamente que en este artículo Honig se ocupa de las reglas del proyecto sobre su campo de aplicación, de los principios generales sobre hecho y culpabilidad y de lo que el proyecto determina sobre la responsabilidad. Destaquemos que, según el proyecto, el error sobre los presupuestos de hecho de la legítima defensa se castiga como delito culposo; que para determinar cuándo existe dolo eventual se acude a criterios de probabilismo; que la culpa se divide en consciente e inconsciente; y, finalmente, que el proyecto se declara a favor de la teoría de la *conditio sine qua non*, si bien queda excluida la responsabilidad cuando la consecuencia se produce un año y un día después de la acción del autor.

El proyecto es un primer intento de sustituir los códigos penales de los 50 Estados federados por uno unitario. Su entrada en vigor depende de que estos Estados estén dispuestos a aceptarlo.

WÜRTEMBERGER, Thomas: «Strafrechtspflege und Strafrechtsreform» (Administración penal de justicia y reforma del Derecho penal).

El artículo consiste en diez breves recensiones, a veces con comentarios críticos, de diez ponencias pronunciadas en un congreso organizado por el Departamento Federal Criminal, que ahora han sido publicadas por dicho Departamento.

* * *

La sección de libros, escrita por Heinz Leferez, está dedicada a criminología.

* * *

En la sección de Derecho comparado figura un artículo de Fabio Dean sobre «Los proyectos para la modificación del Codice Penale de 1949-50, 1956 y 1960 a la luz de la ciencia juridicopenal italiana», y otro de Bárbara Lehmann sobre «Criminal Justice Act de 1961». En las páginas dedicadas a reseñaciones figura una de A. Beristain sobre el libro del padre Pereda S. J. «Covarrubias penalista».

Enrique GIMBERNAT

E S P A Ñ A

Revista de Estudios Penitenciarios

Número 159. Año XVIII. Octubre-diciembre 1962

«Homenaje al Coronel Montesinos». 515 págs.

Con motivo de cumplirse el día 3 de julio de 1962 el centenario de la muerte del Coronel Montesinos la Revista de Estudios Penitenciarios consagra el presente número a la exaltación de su figura. Todas las páginas de la Revista están íntegramente dedicadas a su personalidad, mostrándole desde todos los ángulos para ejemplo de los actuales y futuros miembros del Cuerpo de Prisiones y como gloria patria al ser precursor de la moderna doctrina penitenciaria.

La primera parte de la revista, casi libro por su volumen y tema único a tratar, viene dedicada a estudios doctrinales. Comienzan con el titulado «Vida militar del Coronel Montesinos» en que su autor, Ricardo Pieltaín, glosa la carrera de armas del Coronel. En el resto de los trabajos, bajo las firmas y títulos de Eugenio Cuello Calón, «Montesinos precursor de la nueva penología»; Juan del Rosal, «Sentido reformador del sistema penitenciario del Coronel Montesinos»; Gregorio Lasala, «La obra de Montesinos y su influencia en la legislación de la época»; Francisco Franco de Blas, «Formación penitenciaria del Coronel Montesinos y su célebre sistema»; Francisco Bueno Arús, «Ideas de realizaciones de Montesinos en materia de trabajo penitenciario», y J. Carlos García Basalo en «La celebridad internacional de Montesinos», se expone —en cada trabajo enfocado bajo el aspecto que su título indica— los esfuerzos de Montesinos para mejorar la vida en las prisiones. Comienzan mostrando el estado de las prisiones antes de la llegada del Coronel Montesinos, su venida, novedades que introduce, su sistema, ordenación de la vida en la prisión, anécdotas, influencias legislativas, últimos momentos de Montesinos al frente de San Agustín de Valencia, aparente hundimiento de su obra y se finaliza con la demostración del éxito de la teoría de Montesinos al verse desde nuestros días cómo fue un verdadero precursor de las modernas teorías penitenciarias.

Después de esta serie de trabajos doctrinales se recogen en pequeñas glosas, con el título de Notas, un conjunto de temas referentes al Coronel Montesinos y termina la revista con un compendio de documentos de Montesinos. Se publican en tres grupos: oficiales, privados y varios, todos ellos interesantes y curiosos, baste señalar, para demostración, que se inserta co-

respondencia de presos a su Director, peticiones de familiares de presos, nombramientos oficiales y artículos de la prensa contemporánea de Montevideo sobre su sistema.

ANTONIO GONZÁLEZ-CUELLAR GARCÍA

FRANCIA

Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal

Abril-junio 1963

D'ESZLARY, Charles: «La notion internationale de l'Etat dangereux prédelictuel».

Bajo este sugestivo título el autor desarrolla su trabajo tratando de glorarlo.

Empieza diciendo que el estado peligroso es de difícil diferenciación de los delitos y puede tener su causa en la adulación, la mentira, la sugestión de falsas ideas, la debilitación de la resistencia física y moral por alimentos, bebidas, medicamentos y venenos, por la amenaza, la coacción y otros muchos difíciles de enumerar, ni tampoco determinar la relación con qué delito existe el peligro, por lo que la enumeración sería difícil y su determinación internacional había de hacerse después de trabajos legislativos de los diversos países.

En cuanto a la predictualidad del estado peligroso, dice que la consideración la hace teniendo en cuenta su aspecto cualitativo respecto a delitos intencionales, cometidos por negligencia o realizados por casualidad y su aspecto cuantitativo diciendo que a la fijación internacional sólo pueden ir la tentativa y actos preparatorios de delitos no castigados en los ordenamientos legislativos.

Cuando así cree fijados los límites del estado peligroso predelictual, nos informa que las leyes de su país —Hungria— contemplan variedades de estas situaciones, sobre todo en Derecho financiero o Fiscal y en Derecho Penal Político y que, sobre todo en los países soviéticos, alguno de estos estados peligrosos se les considera como verdaderos delitos, expresando su deseo de que no se extienda en las leyes positivas esta consideración a nuevos casos.

Como se ve al acierto del título no ha correspondido el de la exposición, en la que se hacen afirmaciones tan difíciles de aceptar y más de compartir.

BADONNEL, Dr.: «Considerations sur le parricide».

La habitual redactora de la crónica de criminología clínica de esta revista dedica la de este número a comentar y dar noticia de la tesis de Mme. Ochnisky, «Contribution à l'étude des parricides à propos de douze observations cliniques», trabajo que según las noticias que en este número se nos da merece ser estudiado, pero del que, ni en esta sección ni por esta información, puedo dar noticias a mis eventuales lectores.

Son dos las crónicas extranjeras contenidas en este número, la danesa a cargo de H. Tetens y la de los Países Bajos, en la que se da cuenta de la creación en La Haya de un Centro de Selección y Orientación de Servicios Penitenciarios redactada por E. Lamers.

* * *

También en este número se da noticia y extracto de las sesiones de 1.º de diciembre de 1962 de la Société Générale des Prisons en que se trató el tema de «El empleo de la psicoterapia de grupo en el tratamiento de los delincuentes»; de la del mismo día sobre «Infracciones contra la familia y la moralidad sexual», y la de 2 de febrero de 1963 sobre «La protección del fruto de la concepción», así como de la conferencia dada por Jean [redacted] el 28 de marzo de 1963 en el Centro Nacional de Estudios Judiciales sobre «La doctrina de la quinta república en materia de represión».

Domingo TERUEL CARRALERO

ITALIA

Quaderni di Criminologia Clinica

Año IV. Núm. 4. Octubre-diciembre 1962

SCHMIDEBERG, Melitta: «La psicoterapia su criminali». Pág. 381 a 394.

El autor tras de recordar la distinta posición del psiquiatra que trabaja particularmente y la del que lo hace con una orientación criminológica en relación con un tribunal, y la diversa actitud y estímulo del sometido a terapia voluntariamente y el que lo es en virtud de una condena, expone cinco casos: dos de homosexuales, dos de exhibicionistas y el de una ladrona, por él tratados con éxito, para terminar como consideración general diciendo que debe transformarse la situación del paciente que llega coaccionado al tratamiento en una situación como la de los que acuden a él voluntariamente.

La terapia se ejerce sobre delincuentes para los que los asistentes sociales la creen conveniente, enviando preferentemente delincuentes sexuales que son los más difíciles de readaptarse, aunque la terapia que sobre ellos se ejerza no difiera de la empleada sobre los demás.

PONTI, Gianluigi: «La causa d'onore nel delitto di infanticidio». Relievi critici psico-criminológico-sociali e problemi di politica penale, anche in riferimento a legislazioni straniere. Págs. 397 a 441.

El trabajo tiene el objeto de observar en tres casos que se han de examinar la concurrencia del fin específico de salvar el honor y el estudio criminológico de la personalidad de la madre infanticida.

El honor, que puede tomarse en tres sentidos, lo está aquí en el de reputación y el evitar la pérdida de ésta como el deshonor que hace recaer sobre la

madre, el parto ilícito es el móvil de este delito tan tenido en cuenta por el legislador italiano que en la exposición de motivos del Código dice que el temor de que sobrevenga pone a la madre en una especie de estado de necesidad.

Al estudiarse las determinantes psicológicas y sociales en la evolución histórico jurídica del infanticidio, hace una síntesis de cómo en los diversos pueblos de la historia se le ha sancionado y los motivos de la sanción siempre de extremada gravedad, hasta que el iluminismo hace que sólo sean consideradas inmorales, pero no penalmente culpables las relaciones sexuales ilícitas y la dinámica del acto sea la sólo tomada en consideración para la sanción jurídica, creando el móvil de honor aceptado por la mayoría de los Códigos.

Hoy día los presupuestos ambientales respecto a la honorabilidad sexual femenina han variado como consecuencia de la emancipación de la mujer en todos los órdenes y ya no se puede decir que las consecuencias del parto ilícito sean consideradas tan dehonrosas, aunque queden aislados grupos sociales y regionales, por lo que el motivo de honor no tiene la validez anterior aunque subsista en atención a los grupos y regiones en que la moral sexual no ha variado.

Expone y estudia los tres casos anunciados, una soltera que teniendo ya dos hijos mata al tercero, otra con un hijo que mata al segundo por miedo a las consecuencias sociales de su repetida e ilícita maternidad, y el tercero de una viuda que fiada en la promesa de ser desposada antes del parto no pone gran cuidado en ocultar su embarazo, pero, abandonada por su amante, cuando aquél se aproxima da muerte a su hijo tan pronto como nace.

De la distinta manera con que han sido sancionadas por la diversa apreciación que se hace del móvil del honor, saca la consecuencia de que el Juez carente de conocimientos psicológicos y sin poder pedir informaciones más que sobre la salud mental del autor, sólo de razones ambientales suele deducir el móvil, con consecuencias tan distintas respecto a la pena impuesta.

Al estudiar los factores psicológicos y sociales que intervienen en la dinámica del infanticidio vuelve sobre la cuestión de que hoy no puede afirmarse que la defensa del honor sea siempre causa diferente de él por lo que puede buscarse individualmente en cada caso poniendo en evidencia razones de orden psicológico, biológico y social que justifican desde un punto de vista criminológico una consideración penal particularizada de este delito de infanticidio.

El estudio de la legislación comparada es el final de este excelente trabajo que más merece los honores de la traducción que la mera y habitual recensión.

MIDDENDORFF, Wolf: «I recenti progressi della criminologia tedesca».
Páginas 445 a 467.

La ciencia criminológica está aún en sus principios en Alemania. Una verdadera y propia criminología no ha existido hasta los trabajos de Lombro-

so. Nace bajo la influencia de los psiquiatras, aunque después se dé al ambiente una posición central en el problema y la estadística es el gran instrumento de esta investigación. Después de 1945 los resultados de las investigaciones en Norteamérica se extienden en Alemania y ahora es estudiada sobre todo por los médicos no siendo ya la investigación realizada por autores aislados, sino por equipos. Aun hoy no es la criminología un estudio independiente en las Universidades alemanas.

Este estudio se realiza en tres campos distintos: historia, delitos de tráfico y delincuencia juvenil. En el primero se reúnen y publican colecciones de casos criminales antes de que se escriban verdaderas historias de la criminalidad.

Es más reciente el campo de especialización en la criminalidad del tráfico, nacida del gran número de accidentes ocasionados por la velocidad, el único nuevo vicio de la época presente. Se estudian y se discuten las causas de ello, no parándose en determinar si se debieron a infracciones de las reglas de tráfico, sino por qué se infringieron por los individuos particularmente considerados, la influencia del alcohol, se plantea la cuestión y se discute si el delincuente de tráfico debe ser sólo considerado como un descuidado y si observa una estrecha relación entre esta delincuencia y la demás, viéndose que el 19 por 100 de estos delincuentes no lo eran comunes y sí el 63 por 100.

Su especialización en la delincuencia juvenil ha nacido del número cada vez mayor de delincuentes de esta edad, delincuencia relacionada con la formación de grupos de inadaptados, de los que un gran porcentaje de sus jefes han cometido ya delito. Mientras en los hombres esta delincuencia se manifiesta en las riñas, que los periódicos con una excesiva publicidad alientan, el delito contra la propiedad en las mujeres está en relación con el sexo, habiéndose observado mayor éxito en la adaptación social de las que contrajeron matrimonio que en las que permanecieron solteras.

Esta investigación criminológica sobre los menores trae como consecuencia la promulgación de leyes especiales para combatir su delincuencia en los que se hacen sobre su reeducación y readaptación introduciéndose el sistema de la «probation» norteamericana, poniendo en manos de los jueces de menores una diversidad de medidas para lograr dicha reeducación y la reforma del Código penal pendiente de la aprobación del parlamento, se entiende en este aspecto a la creación de una reeducación colectiva de los menores delincuentes.

* * *

El caso analizado fue observado en Rebibbia y lo exponen los componentes de aquel «Centro de Observación», doctores Fontanesi y Ferracuti. Es el de un individuo de 17 años que junto con los demás miembros de su familia deciden por instigación de la madre dar muerte al padre, que les da una vida de infierno, para lo que comprometen mediante el pago de 40.000 libras a un extraño a que realice la muerte mientras duerme, haciéndolo así provisto por la madre de una pistola y una barra de hierro con la que le golpea haciéndole después el disparo de pistola, cogiendo el cadáver el sicario, el axaminado y un hermano menor y trasladándolo en un carro a

una localidad abandonada donde lo dejan junto a la carretera mientras la madre y una hija menor borran las manchas de la sangre.

Año V. Núm. 1. Enero-marzo 1963

CAPPOLA, Pasquale y DEVOTO, Andrea: «Problemi di Criminologia Clinica». Aislamiento, stress psicológico y contagio mental; págs. 3 a 30.

Después de un preámbulo en el que los autores recuerdan el valor que en Criminología Clínica se da a los factores ambientales, y de los efectos que pueden producir sobre el individuo y más en el medio carcelario o manicomial que para este estudio hay que tener en cuenta los datos que las otras ciencias del hombre pueden suministrar, pues no se puede estudiar aislado ningún problema, sino en relación con los factores y problemas afines, y que desde este punto de vista se debe pensar que el aislamiento de un lado y el stress psicológico de otro constituyen unidos factores determinantes del contagio mental o infección psíquica, productora de desviaciones en la conducta, estudian por separado estos tres aspectos de su artículo que ya han enunciado como subtítulo de él.

Al estudiar el aislamiento distingue el ambiental, el moral y el comportamental, diferenciando en el primero el producido por vida solitaria elegida voluntariamente hoy impuesta por las circunstancias, premisa de una modificación de la conducta, como experiencia y como sensory de privation, respecto al moral o subjetivo producido por la nostalgia, sentirse sólo en un medio hostil o de difícil adaptación por extranjería, por ejemplo, afirma ser como un aspecto subjetivo del anterior y por último respecto al comportamental del que hace un más detenido estudio que puede ser considerado como síntoma de un proceso morboso o como consecuencia de edad extrema, infancia o vejez o de una situación en la familia o en la vida.

Cuando se refiere al *stress* psicológico, trata ante todo, de fijar el concepto de *stress* en los diversos autores que se refieren a él y el empleo por otros de expresiones como choc afectivo o trauma psíquico para expresar la misma idea o situación, para lograr el de *stress* psicológico dando el de Richter de ser el estado o condición de un organismo cuya reacción al ambiente está caracterizada por ansia, tensión o una respuesta comportamental defensiva, condiciones en las que el individuo puede construir mecanismos de defensa para reducir la propia ansiedad y defenderse contra ella, y el de Lazarus y Baker de existir cuando una situación es percibida como lesión o potencialmente lesiva por cualquier estado motivacional, resultando así un estallido afectivo y la producción de procesos de regularización que se refieren al control de la afectividad.

La última parte del trabajo está dedicada al contagio mental o infección psíquica, conceptos que han sido empleados de distinta manera por los autores y que los del artículo comentado hacen sinónimas recordando que también se le ha llamado contagio social y se ha dicho que es la propagación a otros individuos de sentimientos y conductas a través o mediante la simpatía, la imitación y la sugestión, pero esto es un concepto no la des-

cripción de un proceso para estudiar el cual ha de considerarse primero la forma y entre quienes el contagio se realiza.

Recuerda a tal fin que los dos polos opuestos del contagio son el histérico y el paranoico, el primero se realiza por la imitación ciega de una histérica menor a una mayor, la segunda por la imitación a un paranoico lúcido, inteligente y enérgico por otros que no tienen bastante imaginación para delirar. Hace después mención de la forma epidémica del contagio que se cree generalmente que sólo fue posible en la Edad Media, pero que Altavilla utiliza para explicar el delito colectivo consignando la opinión de Meerloo de que cuando más se aproxima una expresión humana a la forma arcaica de comunicación, danza, ritmo, gesto o canciones, tanto mayor es su potencia de transmisión.

Con una larga información bibliográfica, exactamente 114 notas, predominantemente de autores americanos termina este interesante artículo, cuya lectura resulta algo fatigosa por querer comprender en él la materia que sólo en un amplio volumen tendría el espacio necesario.

INGRASSIA, Gaetano: «Studio su alcuni aspetti dell'atto suicida». Nota Prima. Suicidio finalístico e suicidio patológico; págs. 31 a 68.

El trabajo revela un profundo estudio del suicidio, aunque modestamente se le llame bosquejo y se anuncie en el subtítulo, que su fin está sólo encaminado a la diferenciación del finalístico y del psicológico. Quizá para dar muestra de la amplitud con que el tema está tratado lo mejor sea enunciar aunque anunciando están desbordados por su contenido los títulos de sus epígrafes: generalidades e historia; fenomenología del acto suicida; aspectos genéticos del acto suicida; polideterminismo psicológico; frases del acto suicida; el acto suicida en la patología mental con las naturales conclusiones finales.

El autor empieza recordando que el problema del suicidio está hoy afrontado por la casi totalidad de los autores desde los puntos de vista filosófico, sociológico, psicológico, jurídico, ético, psicoanalítico y científico-clínico, aspectos que en el mismo estudia como nos ha indicado la enumeración de rúbricas. También examina para después de afirmar que el acto suicida está generado por un polideterminismo psicológico, convergente en el que se revelan tendencias defensivas, punitivas, auto-destructivas y agresivas y que muchos autores lo consideran como un inconsciente homicidio, un auto-homicidio, un homicidio contra sí propio, entra en el estudio de los aspectos que según el subtítulo del trabajo son objeto de él.

El homicidio *finalístico* comprende el motivado y el atomotivado, en él la personalidad perfectamente sana llega a la autodestrucción por una motivación racionalizada como terminación de una lúcida y persistente depresión afectiva derivada de un verdadero y propio delirio o sobre ideas de autoacusación, de miseria, de ruina, etc., y puede ser la manifestación del deseo oculto de enviar un mensaje a otra persona, de empujarla a cambiar de actitud o de manera de obrar, etcétera.

El suicidio *patológico* puede estar conectado en alguna modalidad reactiva

neurótica, encontrarse en alguna personalidad psicopática o ser la conclusión dramática de una psicopatía declarada estudiando detenida e individualmente los tres aspectos.

DRAPKIN S., Israel: «La criminalità nei paesi in via di sviluppo»; páginas 69 a 79.

El trabajo es una referencia del Synposiun y del Congreso Internacional de Criminología celebrados en Jerusalén en septiembre de 1962, dada por el que fue presidente del primero y vertido al italiano por el doctor Fontanesi.

En él tras de consignar la continua evolución del mundo acentuada en nuestro tiempo y de la que la última y más notable en el orden político es el imprevisto despertar de Africa, evolución que crea problemas de adaptación, relata la génesis de la reunión de Jerusalén y dice que la causa de elegirse esta ciudad como el lugar en que se celebre el Symposiun y tuviese lugar el XII Curso Internacional de Criminología, transcribe las resoluciones de éste que se ve es el fin del trabajo.

* * *

La acostumbrada exposición de un caso de los observados en Rebibbia, corre a cargo de los doctores Fontanesi y Belanova, y es el de un suboficial profesional criado en un pueblo de Italia Meridional en un ambiente limitado, aferrado a esquemas tradicionales y prejuicios, que destinado a una gran ciudad inicia relaciones amorosas con una sirvienta, cuatro años mayor que él, proveniente de su provincia, que llegaron a íntimas hasta el punto de lograr de él una promesa escrita de reparación matrimonial. Entretanto inició otra relación amorosa con otra sirvienta, también proveniente de provincias, once años mayor que él.

Esta segunda, al comunicarle la familia del suboficial que estaba comprometido en su pueblo de origen, para aunque no fuese cierto rompiesen las relaciones, concibe la idea de la muerte, incitando al suboficial al suicidio, hasta que un día se presenta a él declarando su voluntad de ser completamente suya antes de la muerte de ambos, pasando la noche ambos en una pensión, no consintiendo entonces, pero si a la noche siguiente, el ser desflorada, fortaleciéndose en el día intermedio entre las dos noches su voluntad de morir juntos, para lo que compraron un cuchillo de cazador, con el que él debía matarla durante el sueño y matarse él después, pagaron la pensión y encargaron los llamasen a determinada hora, a la que se encontró a ella muerta por asfixia, con una herida además de arma cortante y a él privado de sentido, pero aún vivo, con tres heridas de cuchillo que curaron a los diez días.

D. T. C.

NACIONES UNIDAS

Revista Internacional de Política Criminal

Número 20. Diciembre 1962

En la acostumbrada nota preliminar se advierte que este número está dedicado a la cuestión de la delincuencia juvenil, del delito y de la administración de justicia criminal en Africa.

El trilingüismo característico de esta publicación de las Naciones Unidas se reduce en este número al resumen en nuestro idioma, por no contener ningún trabajo en él, de la información y artículos publicados.

Estos son:

ELIAS, T. O.: «Algunas consideraciones sobre la administración de la justicia penal en Nigeria».

El autor es el Fiscal General Federal de su país lo que da a los datos una indudable autenticidad.

Tres códigos penales están en vigor en esta nueva nación, el que regía con anterioridad a 1959, otro con variantes de éste y uno nuevo redactado según el modelo sudanés.

La administración de justicia ha venido a quedar confiada a los tribunales establecidos por los británicos. Además en la región norte se han creado seis tribunales, según el Código de Procedimientos de 1960, liberados del rígido formalismo de los tribunales británicos que llega a que en los tribunales consuetudinarios esté prohibida la representación de las partes por letrados.

Los jurados sólo actúan en caso de asesinato por la dificultad de asegurar veredictos justos dada la solidaridad de grupo allí existente. Hay establecidos tribunales de menores desde 1943 pudiéndose ingresar éstos en establecimientos adecuados o ser entregados a la custodia de las familias. Estos tribunales dependen de los Ministerios de Trabajo y de Bienestar Social.

ABDELLATIF EL BACHA: «Aspectos particulares de la delincuencia de menores en algunas ciudades del Reino de Marruecos.

El autor, Jefe del Bureau de la Acción Educativa y de la Infancia inadaptada de la Alta Comisaría para la juventud y los deportes de su país, empieza señalando las dificultades del estudio en él de la delincuencia de los menores dada la sólo reciente creación del Registro Civil, la dificultad de disponer de estadísticas y el haber estado hasta la independencia confiada esta materia a funcionarios europeos que por ello no llegaban a calar lo íntimo del problema.

A pesar de ello hace un análisis de las estadísticas para determinar la procedencia rural o urbana de estos menores y los factores que la determinan,

así como la proporción de su fuerza desencadenante para acabar proponiendo las normas a que ha de adaptarse su prevención y tratamiento.

PIERRE, Evelyne, FLAMAND, J. P. y COLLOMB, H.: «La delincuencia de menores en Dakar».

Los autores creen que no hay en Dakar un aumento de la delincuencia infantil, que los delitos cometidos no son graves y que constituyen una forma elemental de la delincuencia, no pudiendo decirse que sean estos menores socialmente inadaptados, pues esta inadaptación es fruto del choque traumatizante entre dos civilizaciones, de la diferencia entre el ambiente familiar y la enseñanza escolar generalmente demasiado formalista.

TSCHOUNGUI, S. P. y ZUMBACH, Pierre: «Diagnóstico de delincuencia de menores en el Camerum».

Los autores empiezan haciendo un estudio geo-político del Camerum tras del que exponen las directrices del gobierno en materia de delincuencia infantil y concluyen afirmando que en las aldeas y poblados es casi inexistente la delincuencia juvenil y en los pocos centros urbanos del país es casi desconocida y consecuencia del choque de dos mundos, de dos géneros de vida totalmente diferentes, de los cuales el considerado como camino del progreso se enfrenta y arroja al otro derrumbando las estructuras tribales cuando aún es demasiado débil el embrión de otra.

RAYMAEKERS, Paul: «Predelinencia y delincuencia juvenil en Leopoldville».

El autor estudia las causas de predelinencia y delincuencia juvenil en Léopoldville atribuyéndolas: al consumo, no aprobado, de cáñamo indico tanto por sus efectos narcóticos como por la excitación sexual que produce; la sensualidad exacerbada por la venta de fotografías pornográficas, amuletos favorecedores del amor y de la fuerza genética y la abundancia de «Flamingos» o casas de citas; abundancia de bares y exhibición de determinadas películas; la existencia de bandas juveniles distribuidas geográficamente, cuyas actividades giran alrededor de la subsistencia, del cáñamo indico y de las muchachas, lo que hace que más pronto o más tarde cometan delito, estando farmadas por jóvenes de siete a veinticinco años, lo que hace que aquéllos reciban directamente las malas enseñanzas de éstos.

VENTER, Herman J.: «La urbanización y la industrialización como factores que engendran la delincuencia en la República de Sudáfrica».

Después de un análisis del crecimiento de la población en Sudáfrica y de su proceso de urbanización e industrialización, lo compara con el aumento de la delincuencia y aunque ésta no sea alarmante por referirse, sobre todo,

a delitos leves, observa que el aumento de éstos corresponde a las ciudades en las que, sin embargo, la proporción de aumento de delitos graves es menor que en las zonas rurales, aunque es difícil que estas proporciones de aumento puedan atribuirse exclusivamente a la progresiva industrialización y urbanización del país.

* * *

En la Sección destinada a dar noticia de las actividades de las Naciones Unidas en la prevención del delito y tratamiento del delincuente se da noticia del seminario europeo celebrado en Trascati en 1962 y la inauguración del mismo año en el Japón, de acuerdo con las Naciones Unidas, del Instituto de Asia del Lejano Oriente sobre la prevención del delito y tratamiento del delincuente.

* * *

En la información recibida sobre novedades en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente da noticia de la recibida de la Argentina y Estados Unidos remitida por los corresponsales y de la que se recibió de Ceilán y Hungría de origen gubernamental.

D. T. C.

S U I Z A

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/Revue Pénale Suisse

Volumen 78 (1962), fascículo 2-3

El doble fascículo, que se inicia con unas palabras del Dr. J. Eugster sobre el Congreso celebrado en Lucerna para conmemorar el XX aniversario de la Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft —el aniversario es doble, pues, coincide con los veinte años de vigencia del Código penal suizo—, contiene las ponencias pronunciadas en aquel Congreso.

SCHULTZ, Hans: «Das Schweizerische Strafgesetzbuch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes» (El Código penal suizo en la jurisprudencia del tribunal federal).

Tras aludir a que el art. 1 del Código penal suizo (StrGB) permite toda interpretación que concuerde con el verdadero sentido de la ley en lo que se deduce de la finalidad y de las valoraciones contenidas en la ley —esto ha llevado a la jurisprudencia a interpretaciones extensivas, incluso en contra del reo—, el autor pasa a examinar algunas de las más importantes doctrinas jurisprudenciales.

El tribunal federal ha rechazado la teoría de los actos anteriores y posteriores impunes. Así, la venta de la cosa sustraída ha sido considerada hurto y estafa, y los daños de la cosa hurtada, hurto y daños. Schultz se pregunta si la interpretación extensiva en contra del reo es compatible con el artícu-

lo 1; cree que sí, pues la jurisprudencia ha procurado actuar conforme a un método de interpretación crítico-valorativo: sirviéndose de la *ratio legis* averigua cuál ha sido la valoración a la que la ley se refería y examina entonces si y cómo esta valoración se relaciona con el caso concreto sobre el que hay que decidir. El artículo 1, piensa Schultz, es un repudio tanto del formalismo como del positivismo, si bien no desconoce que, al mismo tiempo, contribuye a difuminar los límites del principio de legalidad.

El autor se preocupa a continuación del proceso metódico empleado en concreto por el tribunal federal para la aplicación de la ley penal. La invocación a la génesis del precepto es extraordinariamente frecuente. Se suele acudir también, para interpretar los conceptos empleados por la ley, a conceptos más generales —así, por ejemplo, cuando se interpreta insultar como expresión de desprecio—. No es raro que se haga uso de los principios generales del Derecho —buena fe, por ejemplo—, principios que, a veces, son de carácter lógico —así, cuando se rechaza una interpretación que conduciría a contradicciones—. A veces, las sentencias se apoyan en la doctrina científica, y otras en el Derecho comparado. Schultz examina seguidamente la atención que han merecido a la jurisprudencia los conceptos jurídicoprivados en la aplicación de la ley penal, para terminar indicando que el tribunal federal ha procurado siempre en sus sentencias eludir las definiciones.

JESCHECK, Hans-Heinrich: «Schweizerisches Strafrecht und deutsche Strafrechtsreform» (Derecho penal suizo y reforma alemana del Derecho penal).

Entre las notas comunes a los Derechos penales de Suiza y de Alemania figura el que en los dos países la unidad del Derecho penal se consiguió tras siglos de división, gracias a un Código penal racional creado precisamente para establecer tal unidad. Por ello, los Códigos penales suizo y alemán son más actuales que los de otros países, como Francia y Austria, donde entraron en vigor antes del nacimiento de la dogmática y de la política criminal modernas. Otra característica común de Alemania y Suiza —compartida con Austria— es el alto desarrollo de la teoría del Derecho penal, basada en un pensamiento sistemático; en Francia, la dogmática penal está mucho más apegada a la tradición, y en Inglaterra, y Estados Unidos mucho más apegada a la jurisprudencia. El papel que los tribunales desempeñan en Alemania y Suiza es muy distinto al que la jurisprudencia desempeña en los países anglosajones, por un lado, y en los países socialistas, por otro. Común a ambos países es también la alta estima que se tiene por el Derecho comparado y el cuidado y apoyo que se dedica a su estudio.

El Código penal suizo, opina Jescheck, supera al alemán actual en sistematismo y en adecuación al tiempo presente; por eso es más necesaria una reforma en Alemania que en Suiza. En el proyecto alemán, el Código penal suizo ha influido en lo que se refiere a penas y medidas de seguridad, pero se diferencian en materias como la prevención de la reincidencia, el tratamiento de los anormales y la indemnización del lesionado. Seguidamente, Jescheck hace un estudio de Derecho comparado entre los dos países respecto del dolo, del error de prohibición y del Derecho penal político, aludiendo también a la coin-

cidencia entre el anteproyecto suizo de 1896 y el proyecto alemán de 1962 en el problema de la delimitación entre asesinato y homicidio.

Al final del artículo, Jescheck da las siguientes cifras: de las 400 referencias, aproximadamente, que se hicieron al Derecho extranjero en las sesiones de la Gran Comisión de Derecho Penal, versan más de la mitad sobre el Derecho suizo; de las 30 referencias a Derecho extranjero contenidas en la Fundamentación del Proyecto alemán más de la mitad también son al Derecho helvético: de los 848 párrafos del Proyecto de 1962, hay 48 influenciados por el Derecho penal suizo.

Volumen 79 (1963), fascículo 1

RITTLER, Theodor: «Die Reform des Strafrechts in Osterreich. La reforma del Derecho penal en Austria.

Rittler parte de que una reforma del Código penal austríaco es necesaria, pues, por ser éste el más viejo de Europa, no está a la altura de las nuevas circunstancias políticas, económicas, técnicas, culturales, etc.

Tras hacer una pequeña historia de los intentos de reforma habidos desde 1861 —todos fracasados hasta ahora— pasa a exponer algunos puntos del actual proyecto —parece que su texto y la fundamentación serán publicados próximamente—, redactado por una comisión de teóricos, prácticos y políticos tras años de intenso trabajo.

Se adopta el sistema dualista: penas y medidas de seguridad. El § 18 señala como penas principales la pena de privación de libertad y la multa; esta última tiene un límite mínimo de 50 chiling y uno máximo de 500.000. El proyecto no acoge el sistema de las multas-día. Medidas de seguridad son: ingreso en establecimientos para anormales, ingreso en establecimiento para alcohólicos e internamiento de seguridad para delincuentes por predisposición; medidas de prevención: expulsión del territorio nacional y comiso. Existen la condena y la libertad condicionales. En ciertos casos, el § 47 autoriza el perdón judicial.

Por lo que se refiere a la Parte Especial, Rittler destaca los siguientes puntos: Se sigue manteniendo —como en el Código vigente— la indicación médica como única causa justificante en el aborto provocado, pero —y he ahí la novedad— en el proyecto se determina que esta indicación médica puede venir dada por motivos sociales, eugenésicos y éticos. Esto no se establece, de todos modos, a modo de regla, sino que se trata, más bien, de una excepción. Bajo ciertas circunstancias, pero no siempre, el que la embarazada sepa que va a dar a luz un niño deforme o el fruto de una violación, puede llevarla al suicidio o a la locura. No siempre, pues, pero sí en algunos casos concretos, el motivo eugenésico, social o ético fundamentará una indicación médica y justificará, con ello, el aborto.

En el actual Código penal austríaco están castigados los actos homosexuales entre hombres adultos y entre mujeres adultas, así como la bestialidad. El proyecto suprime los tres delitos.

Se introducen, por primera vez, los siguientes delitos: abusos con grabaciones magnetofónicas o con aparatos de escucha; poner en peligro bie-

nes jurídicos mediante la energía nuclear; perturbar las relaciones con países extranjeros; genocidio. La propuesta de tipificar la inseminación artificial no fue aprobada.

**BENDEL, Félix: «Die fahrlässige Tötung und Körperverletzung beim Bauen»
(El homicidio y la lesión culposos en la construcción).**

Se trata de un artículo que estudia con todo detalle los distintos problemas que presentan la muerte y las lesiones culposas producidas en la construcción. En la introducción, indica Bendel que hoy, porque se construye más deprisa y porque el volumen de trabajo es mucho mayor, el peligro ha aumentado: en Suiza murieron en 1961 por accidentes en la construcción cerca de 400 trabajadores italianos.

Inicia la primera parte, dedicada al estudio de los elementos objetivos del tipo en los artículos 117 (homicidio culposo) y 125 (lesiones culposas), ocupándose de los resultados de estos delitos: maestros de obras, contratistas, capataces, albañiles, etc. Respecto del problema causal indica que la jurisprudencia se ha adherido a la teoría de la causación adecuada.

Una segunda parte del artículo está dedicada al estudio de la culpa. Después de hacer una breve referencia a la imprudencia en general, pasa a ocuparse de la imprudencia en la construcción, estudiando las diferentes formas que pueden adoptar. Esta imprudencia consiste casi siempre en una infracción de la *lex artis*.

El artículo termina con una exposición de cuál es la pena a aplicar y con una estadística judicial sobre los delitos objeto del trabajo.

E. G.

NOTICIARIO

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA

(Facultad de Derecho)

Director: Prof. O. PEREZ-VITORIA MORENO

Secretario: Prof. FRANCISCO F. OLESA MUÑIDO

El Instituto de Criminología de la Universidad de Barcelona tiene por objeto la enseñanza de las disciplinas criminológicas y de sus ciencias auxiliares, y constituye un centro de investigación de los problemas que afectan al delito, a su etiología y a los más efectivos medios para combatir la criminalidad.

El plan de estudios comprende los cursos de Capacitación, Ampliación y Grado Superior.

El curso de Capacitación está formado por las materias de Criminología, Derecho Penal, Medicina legal, Psiquiatría forense y Criminalística. El curso de Ampliación abarca las asignaturas de Biología y Sociología criminales, Penología, Toxicología, Psiquiatría forense e Identificación. A los alumnos que superen las pruebas de aptitud correspondientes a cada uno de estos dos cursos les será expedido el Certificado de estudios criminológicos y el Diploma en Criminología (Grado elemental) respectivamente.

Para la obtención del Diploma en Criminología (Grado superior) será preciso haber aprobado el Curso de Ampliación, hallarse en posesión del Grado de Licenciado en cualquiera de las Facultades Universitarias y redactar una Memoria inédita sobre un tema de investigación criminológica bajo la dirección de un Profesor de la institución.

El Instituto organiza cada año cursillos complementarios sobre diversas materias. Cuenta además con una colección de publicaciones destinada a difundir los estudios sobre temas criminológicos.

CURSO DE CAPACITACION

Febrero-junio, 1964

ASIGNATURAS

Criminología: Prof. Octavio Pérez-Viteria Moreno.

Medicina legal: Prof. Miguel Sales Vázquez.

Psiquiatría Forense: Prof. Ramón Sarró Burbano.

Derecho Penal: Prof. Francisco F. Olesa Muñido.

Criminalística: Prof. José Martín Sobrino.

CURSILLOS COMPLEMENTARIOS

Biología criminal de la mujer: Prof. Elías Aznar.

Derecho penal y criminología de los accidentes de tráfico: Prof. Juan Córdoba Roda.

Las clases tendrán lugar de siete a nueve de la tarde, a partir del día 4 de febrero, en los locales del Instituto en la Facultad de Derecho (Pedralbes), de acuerdo con el horario expuesto en el tablón de anuncios.

La matrícula para el presente Curso de Capacitación puede formalizarse durante el mes de enero, de 10 a 1, en la Secretaría del Instituto, en la Facultad de Derecho (Pedralbes). Teléfono 239-70-42.

Barcelona, enero de 1964

INDICE GENERAL

TOMO XVI

Fascículo III

	<u>Páginas</u>
SECCION DOCTRINAL	
Don Eugenio Cuello Calón, caballero de la justicia, por ANTONIO BERIS-TAIN, S. J.	479
Don Eugenio Cuello Calón, como monografista de Derecho penal, por CÉ-SAR CAMARGO HERNÁNDEZ	493
Don Eugenio Cuello Calón, como Académico de las Reales Academias de Jurisprudencia y Ciencias Morales y Políticas, por FEDERICO CAS-TEJÓN	501
El bien jurídico en el adulterio (artículo 449 del Código penal), por MA-NUEL COBO	509
Don Eugenio Cuello Calón y los delitos de tráfico, por CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO	531
Don Eugenio Cuello Calón y la moderna penología, por FERNANDO DÍAZ PALOS	543
Don Eugenio Cuello Calón, como Juez de menores, por JOSÉ GUALLART Y LÓPEZ DE GOICOECHEA	553
Don Eugenio Cuello Calón y la Administración de Justicia, por ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO	561
Don Eugenio Cuello Calón ante la problemática de la juventud inadap-tada, por JOSÉ M. ^a LÓPEZ RIOCEREZO, O. S. A.	567
Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo, por JAIME MA-SAVEU	577
Don Eugenio Cuello Calón, como Profesor de la Escuela de Estudios Pe-nitenciarios, por DIEGO MOSQUETE	595
Don Eugenio Cuello Calón, hombre verdaderamente bueno y pedagogo insigne, por JULIÁN PEREDA, S. J.	603
Don Eugenio Cuello Calón, como contribuidor a la historia de la peno-logía, por LORENZO POLAINO ORTEGA	611
Proyección del pensamiento de D. Eugenio Cuello Calón en el ámbito internacional, por ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS	621
La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal, por GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO	625
Don Eugenio Cuello Calón, como Presidente de la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación, por JUAN DEL ROSAL	679
El profesor Cuello Calón, como maestro, por MANUEL SERRANO RO-DRÍGUEZ	681
Don Eugenio Cuello Calón, como fundador y director del ANUARIO, por DOMINGO TERUEL CARRALERO	689

SECCION LEGISLATIVA

Decreto-Ley 29-1963, de 30 de diciembre, por el que se aplaza la fecha de entrada en vigor de la Ley 122-1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor	695
Ley 154-1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público	696

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1962, por FERNANDO ALAMILLO CANILLAS	702
Jurisprudencia procesal penal.—La prueba de reconstitución del hecho, por CARLOS VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER	721
Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. S.). Primer cuatrimestre de 1963, por FERNANDO GISBERT CALABUIG	724
De la aplicación del estado de necesidad, por JUAN DEL ROSAL	796

CRONICAS EXTRANJERAS

Dos coloquios internacionales, por ANTONIO BERISTAIN, S. J.	801
--	-----

REVISTA DE LIBROS

CASAS Y RUIZ DEL ARBOL, F.: "Jurisdicción disciplinaria y gubernativa e Inspección de Tribunales, por Domingo Teruel Carralero	811
CONTENTO, Gaetano: "Introduzione allo studio delle circostanze del reato", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	812
DI TULLIO, Benigno: "Principi di Criminologia Clinica e Psichiatria Forense", por Domingo Teruel Carralero	815
ESTADÍSTICA DEL SUICIDIO EN ESPAÑA, años 1956 a 1960, por Antonio González-Cuéllar García	817
ESTADÍSTICA PENITENCIARIA, años 1956-57 y 1958, por Antonio González-Cuéllar García	818
GERICHTLICHE PSYCHOLOGIE. AUFGABE UND STELLUNG DES PSYCHOLOGEN IN DER RECHTSPFLEGE, por Enrique Gimbernat	819
KLIMMER, Rudolf: "Die Homosexualität als biologisch-soziologische Zeitfrage", por Manuel Cobo	820
LA PORTA, Romualdo: "La repressione dell'usura nel diritto penale italiano", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	821
LE DROIT PÉNAL NOUVEAU DE LA JOUGOSLAVIE (Les grands systèmes de Droit pénal contemporains), por Antonio González-Cuéllar García	823
LIEBSCHER, Viktor: "Die Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitgeschichte por Enrique Gimbernat	825
LYRA, Roberto: "As. Excuções Penais no Brasil (Legislação, problemas e soluções)", por Domingo Teruel Carralero	825
MANTOVANI, Ferrando: "Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	826
NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: "El delito imposible", por Gonzalo Rodríguez Mourullo	829

Indice general

	<u>Páginas</u>
PECORARO-ALBANI, Antonio: "Il concetto di violenza nel diritto penale", por <i>Gonzalo Rodríguez Mourullo</i>	831
RIVACOBIA Y RIVACOBIA: "Krausismo y Derecho", por <i>Antonio Quintano Ri-</i> <i>pollés</i>	833
SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo", por <i>Gonzalo Rodríguez</i> <i>Mourullo</i>	834
 REVISTA DE REVISTAS	
A l e m a n i a	
ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSEN- SCHAFT.—Vol. 75 (1963, fasc. I, por <i>Enrique Gimbernat</i>	837
E s p a ñ a	
REVISTA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.—Octubre-diciembre 1962, por <i>Antonio González-Cuéllar García</i>	841
F r a n c i a	
REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Abril-junio 1963, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	842
I t a l i a	
QUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Octubre-diciembre 1962, enero-marzo 1963, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	843
N a c i o n e s U n i d a s	
REVISTA INTERNACIONAL DE POLITICA CRIMINAL.—Di- ciembre 1962, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	849
S u i z a	
SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FÜR STRAFRECHT.—Revue Pénale Suisse, fasc. 2-3 (1962), fasc. 1 (1963), por <i>Enrique Gimbernat</i>	851
NOTICARIO	855

Don Eugenio Cuello Calón, como fundador y director del ANUARIO, por Domingo Teruel Carralero 689

Sección Legislativa

Decreto-Ley 29-1963, de 30 de diciembre, por el que se aplaza la fecha de entrada en vigor de la Ley 122-1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor 695

Ley 154-1963, de 2 de diciembre, sobre creación del Juzgado y Tribunales de Orden Público 696

Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1962, por Fernando Alamillo Canillas 702

Jurisprudencia procesal penal.—La prueba de reconstitución del hecho, por Carlos Viada López-Puigcerver 721

Jurisprudencia procesal penal (Sala 2.ª del T. Supremo). Primer cuatrimestre de 1963, por Fernando Gisbert Calabuig 724

De la aplicación del estado de necesidad, por Juan del Rosal 796

Crónicas extranjeras

Dos coloquios internacionales, por Antonio Beritain, S. J. 801

Revista de libros 811

CASAS Y RUIZ DEL ARBOL, F.: "Jurisdicción disciplinaria y gubernativa e Inspección de Tribunales", por *Domingo Teruel Carralero*; CONTENTO, Gaetano: "Introduzione allo studio delle circostanze del reato", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; DI TULLIO, Benigno: "Principi di Criminologia Clinica e Psichiatria Forense", por *Domingo Teruel Carralero*; ESTADÍSTICA DEL SUICIDIO EN ESPAÑA, años 1956 a 1960, por *Antonio González-Cuéllar García*; ESTADÍSTICA PENITENCIARIA, años 1956-57 y 1958, por *Antonio González-Cuéllar García*; "GERICHTLICHE PSYCHOLOGIE. AUFGABE UND STELLUNG DES PSYCHOLOGEN IN DER RECHTSPFLEGE", por *Enrique Gimbernat*; KLIMMER, Rudolf: "Die Homosexualität als biologisch-soziologische Zeitfrage", por *Manuel Cobo*; LA PORTA, Romualdo: "La repressione dell'usura nel diritto penale italiano, por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*"; "LE DROIT PÉNAL NOUVEAU DE LA JOUGOSLAVIE (LES GRANDS SYSTEMES DE DROIT PÉNAL CONTEMPORAINS)", por *Antonio González-Cuéllar García*; LIEBSCHER, Viktor: "Die Kriminalpolitik in Spiegel der Zeitgeschichte", por *Enrique Gimbernat*; LYRA, Roberto: "As. excuções Penais no Brasil (Legislação, problemas e soluções)", por *Domingo Teruel Carralero*; MANTOVANI, Ferrando: "Contributo allo studio della condotta nei delitti contro il patrimonio", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; NÚÑEZ BARBERO, Ruperto: "El delito imposible", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; PECORARO-ALPANI, Antonio: "Il concetto di violenza nel diritto penale", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*; RIVACOBIA Y RIVACOBIA: "Krausismo y Derecho", por *Antonio Quintano Ripollés*; SUÁREZ MONTES, Rodrigo Fabio: "Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuricidad en el finalismo", por *Gonzalo Rodríguez Mourullo*.

Revista de Revistas 837

Alemania: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 75 (1963), fasc. I, por *Enrique Gimbernat*; España: *Revista de Estudios Penitenciarios*, octubre-diciembre 1962, por *Antonio González-Cuéllar García*; Francia: *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, abril-junio 1963, por *Domingo Teruel Carralero*; Italia: *Quaderni di Criminologia Clinica*, octubre-diciembre 1962, enero-marzo 1963, por *Domingo Teruel Carralero*; Naciones Unidas: *Revista Internacional de Política Criminal*, diciembre 1962, por *Domingo Teruel Carralero*; Suiza: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. Revue Pénale Suisse*, fascículo 2-3 (1962), fasc. 1 (1963), por *Enrique Gimbernat*.

Noticario 855

Suscripción anual: España, 170,— pesetas
Extranjero, 275,— pesetas

Número suelto: España, 80,— pesetas
Extranjero, 100,— pesetas