

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XVII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXIV

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

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 la 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

- Las medidas de seguridad no son sanciones*, por Sebastián Scler 215
Parto impropio y otorgamiento de contrato simulado, por César Camargo
Hernández 229
Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal,
por Manuel Cobo 243

Sección Legislativa

- Ley orgánica de la jurisdicción tutelar de menores de Costa Rica, de 20 de di-
ciembre de 1963 (Gaceta de 9 de enero de 1964)*, por Joaquín Bastero
Archanco 269

Sección de Jurisprudencia

- Del parricidio culposo*, por Juan del Rosal 273
Jurisprudencia criminal correspondiente a los meses de enero y febrero de 1963,
por Fernando Alamillo Canillas 277
Jurisprudencia procesal penal, tercer cuatrimestre de 1963, por Fernando
Gisbert Calabuig 286

Cronicas extranjeras

- Bicentenario de Beccaria y XII Jornadas de Defensa Social*, por A. Beris-
tain, S. J. 309

ANUARIO DE DERECHO PENAL

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1964.

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 XVII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXIV

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

Las medidas de seguridad no son sanciones

SEBASTIAN SOLER

Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Buenos Aires

La historia del pensamiento y de las teorías se compone de aciertos y de errores mezclados. No es esto del todo infortunado; antes bien, parecería una condición de la riqueza y profundidad de las especulaciones de la mente eso de que se intenten diversos caminos y se agoten todas las posibilidades. En tal proceso, el error cumple una función depuradora, por decirlo así, involuntaria; obliga a la constucción exhaustiva, rigurosa y clara. Obliga a llevar el pensamiento hasta ese poder competente que aquél sólo alcanza cuando en él efectivamente esplende la verdad.

Hay un punto, sin embargo, en el cual pareciera que el error pierde de aquella eficacia potencial y dinámica; una especie de tope lógico e histórico, después del cual aquél recobra su sentido negativo, inútil y aun destructor.

Ese es el punto rebasado por la teoría positivista de la sanción, y la persistencia de cierta terminología proveniente de tal tendencia doctrinaria resulta hoy inconveniente y aun perturbadora porque sus equívocos implícitos suelen pasar inadvertidos para autores que no comparten, en realidad, la posición doctrinaria en la cual aquella terminología se origina.

Es, en efecto, casi un lugar común de apariencia inofensiva el empleo de la expresión "sanciones" para designar a penas y medidas de seguridad al mismo tiempo. Con ello algunos autores se inclinarían a creer superadas las discrepancias doctrinarias de monistas y dualistas, pues el término común "sanciones" sería suficientemente generoso para albergar en sí mismo sin conflictos a toda clase de "medidas" conectadas con la comisión de un delito.

El empleo de esa terminología no comportaría una profesión de fe positivista, y de hecho muchos ex positivistas creen que ningún reproche en tal sentido puede provenir de aquel uso, ya que no obsta a que se efectúen las necesarias diferencias conceptuales dentro del sistema general de "sanciones".

Esta actitud, sin embargo, resultará justa solamente si la expresión genérica adoptada constituye en verdad un *genus proximum* de todo el material que coloquemos bajo su título. Si, por ejemplo, habláramos de "medidas que el juez puede pronunciar a consecuencia de un delito", acaso no se podrían aducir objeciones conceptuales al título, aun cuando podría haber otras razones para oponerse a la adop-

ción de ese rótulo clasificatorio, especialmente atendiendo a la gran variedad y al carácter heterogéneo de tales medidas, pues de aquel modo quedarían abarcadas, entre otras medidas, la detención, las citaciones, los embargos, el envío a la cárcel, el envío a un establecimiento de salud, a una casa de trabajo o a un reformatorio.

Para que ese agrupamiento sea correcto, obviamente es necesario que la expresión "medidas que el juez puede pronunciar" sea al mismo tiempo abarcadora y exacta. Además, para adoptarla, hace falta que sea útil. Si comprende muchas cosas desemejantes en otros aspectos, esa reunión o agrupamiento solamente por fuera parecerá un sistema; por dentro será un caos cuyos materiales acaso resultaría más fácil organizar si no hubiéramos metido tantos elementos desparejos dentro del mismo casillero. Claro está que recibir declaración indagatoria y condenar a dos años de cárcel son medidas que el juez puede tomar; pero son tantas las diferencias conceptuales de aquéllas que resulta más útil no agruparlas que agruparlas de aquel modo, aun cuando hacerlo así no importe incurrir en un error conceptual.

Cuando existe error conceptual en el título, las cosas cambian. Al fin de cuentas, el reproche que podía hacerse en el ejemplo anterior era el de inutilidad y aun el de ser la clasificación más una traba que una ayuda práctica. En el otro caso, en cambio, esto es, cuando el rubro genérico es incorrecto, la práctica experimentará distorsiones provenientes de errores conceptuales inadvertidos.

Veamos, pues, lo que ocurre con la aceptación del término "sanciones" como título común para penas y medidas de seguridad. Si ese empleo no hubiese sido precedido por un amplísimo despliegue doctrinario construido con la pretensión de fundar toda una sistemática nueva, sería posible pasarlo por alto como si se tratara de un descuido sin mayor importancia; pero después de haberse frustrado el empeño por construir un derecho penal sobre aquellas bases, el asunto no resulta nada trivial. Téngase en cuenta que el pensamiento positivista expresado en el proyecto italiano de 1921 influyó decididamente no ya en meros tratados o monografías, sino que gravitó sobre la legislación, sobre códigos penales y proyectos, especialmente en América Latina.

Ha sido tan intenso el impacto producido por la teoría unificante, que hasta se llegó a poner en duda la corrección de llamar al código de la materia por la designación tradicional, Código penal, y con eufemismos de muy discutible buen gusto se apeló a otras designaciones: código de defensa social, código sancionador. Se llegó a la idea de la unidad de las "sanciones" porque con la teoría positivista lo que en realidad se quería alcanzar era a quitar razón a la existencia de penas. El blanco de la crítica estaba constituido por la idea de sanción retributiva. La retribución supone la existencia de culpa y ésta la de libre albedrío. Cuando el positivismo creyó poder construir todo el derecho sobre la idea determinista, desechó toda idea de retribución, y el campo quedó ocupado por la defensa social, el delincuente, la peligrosidad, y por una serie de medidas incoloras no sólo ética, sino también ju-

ridicamente, en cuanto no debían comportar reproche alguno, pues carece de sentido reprochar a un sujeto por algo que ha hecho sin libertad.

La unificación era alcanzada sobre la base de abolir el concepto de pena.

El hecho de que la mitología (1) fundante de aquella posición se haya desplomado obliga hoy a examinar la corrección del actual empleo de cierta terminología que en el positivismo tenía una razón de ser.

Hoy, la aceptación, ingenua y superficial para muchos, del término sanción como *genus proximum* unificante, es aducida todavía como argumento póstumo por algunos positivistas sobrevivientes.

El actual empleo de esa designación, si se juzga por el contenido de aquel título en códigos, proyectos y tratados, parece bastante impreciso o vago. El concepto de sanción, sin embargo, pertenece a la teoría general del derecho, y de ella lo toma el derecho penal: no se trata de un término sacado convencionalmente para acordarle el contenido que plazca a sus creadores; significaba y significa algo con independencia de lo que creen decir con él quienes lo emplean.

Veamos, por tanto, a qué se llama sanción dentro de la teoría general del derecho, pues de ese examen resultará si su empleo, en derecho penal como *genus proximum* de penas y medidas de seguridad, corresponde a aquella idea o si, por el contrario, a la expresión se le acuerda otro sentido diferente.

En la teoría general, desde antiguo se han distinguido varias clases de leyes según fuera la consecuencia acarreada por su transgresión. Se habla así de leyes perfectas, pluscuamperfectas e imperfectas, según que la transgresión determinara a un tiempo nulidad, reparación y pena o sola o separadamente alguna de tales consecuencias.

Modernamente, después de la teoría de las normas de BINDING, la doctrina jurídica ha mostrado con claridad la estructura propia de los enunciados jurídicos. De ello resulta que una norma jurídica, como estructura elemental de todo sistema jurídico, se compone de dos enunciados relacionados disyuntivamente, de modo que el primero de ellos prescribe un modo de proceder y el segundo otro modo de proceder que entrará a funcionar en el supuesto de incumplimiento del primer enunciado: Un sujeto S 1 (cualquiera: tú, yo) debe observar una conducta C 1, pues en caso contrario un sujeto S 2 (generalmente, un juez) debe observar a su respecto una conducta C. 2. Se suele llamar, a la primera parte, precepto y, a la segunda, sanción. Esta terminología se funda en el examen de lo que es propiamente el plano óntico del derecho, el del deber ser, y en el examen de las relaciones valorativas que todo enunciado normativo supone.

Si no se distinguen bien esas dos partes en la estructura de todo precepto jurídico, no resulta claro que el funcionamiento de la segunda

(1) Expresión de BETTIOL en un reciente trabajo *Omito da reeducação*, en "Rev. Brasileira de Criminologia e Direito Penal", año II (nueva serie), 1964, número 6, p. 5 y sigs. Publicado en el vol. *Sul problema della rieducazione del condonato*, Cedam, Padova, 1964.

patre es una consecuencia del incumplimiento del deber prescrito en la parte primera y, sobre todo, que la prescripción inicial está enunciada como un deber, dirigido efectivamente a seres humanos libres, es decir, capaces de seguir esa prescripción, de observarla, o de comportarse en sentido contrario.

Cuando GRISPIGNI fundó de manera teóricamente computable (2) la doctrina de la unidad de las secciones, uno de los puntos que no se le escaparon fue ése, y para ello sacó el mejor partido posible entonces del pensamiento kelseniano con respecto al problema del destinatario de los preceptos jurídicos (3).

Para la doctrina kelseniana, tal como ella era formulada en los *Hauptprobleme*, las "normas" de BINDING, los imperativos "no matarás", "no robarás", no constituían en modo alguno normas jurídicas, ya que lo característico de éstas es siempre el contener y regular la coacción. Aquellos enunciados podrán constituir normas morales, principios deseables de derecho natural o reglas de otra clase; pero no preceptos o reglas de derecho, para las cuales el signo distintivo es el de regular la coacción. De esta posición teórica derivaba una respuesta clara a la pregunta relativa a quién es el destinatario de las normas jurídicas. Desde luego, si la norma jurídica se caracteriza por prescribir una forma de coacción que debe ser cumplida en determinada hipótesis, los destinatarios a quienes tales normas se dirigen son los órganos del Estado. Por esa vía GRISPIGNI, que era entonces acaso el único teórico de la escuela que manejaba conceptos propiamente jurídicos, pudo construir la teoría de la unidad de las sanciones, llamando sanciones a las medidas de aplicación de la fuerza pública. Tanto sería sanción enviar a un sujeto a un establecimiento por un número determinado de años como enviarlo sin determinación temporal, o enviarlo a que lo curen de una enfermedad con o sin su asentimiento. La propia pena de muerte no tendría una naturaleza diferente. Cuando el órgano del Estado verifica la existencia de cierta situación, debe proceder de cierto modo: fusilar a una persona, enviar a un sujeto a un sanatorio o a la cárcel, secuestrar determinadas cosas, etc.

Esta interpretación autoritaria del orden jurídico, naturalmente, servía bien para fundar la teoría de la identidad de las sanciones. Deberíamos aún decir que aquella era indispensable y que en ese punto finca, en realidad, toda la cuestión. Interpretado un orden jurídico como un puro sistema de organización de la coacción, no es dudoso que penas y medidas de seguridad presenten un carácter común y hasta sería posible señalar otros puntos de semejanza entre ellas, además del de ser ambas medidas coactivas; ambas, en efecto, se fundan en la

(2) Los dos trabajos fundamentales de GRISPIGNI sobre este problema se publicaron en la "Scuola Positiva", año 1920, p. 13 y 390, bajo los títulos *La responsabilità giuridica dei c. d. non imputabili* y *La sanzione criminale nel moderno diritto repressivo*. En el "Corso" del mismo autor, t. I, p. 114 y 123.

(3) Este es el planteamiento kelseniano de que echa mano GRISPIGNI en el primero de los dos trabajos citados en la nota anterior.

comisión de un delito, comportan casi siempre una privación de libertad y deben ser impuestas por resolución judicial.

Pero esa manera de entender un orden jurídico no ya como un sistema de normas, sino más bien como un manual de instrucciones para funcionarios públicos, deja sin explicar muchos puntos característicos de todo orden jurídico político actual. La propia doctrina de KELSEN, que GRISPIGNI en aquel tiempo invocaba en su favor, ha experimentado considerables desarrollos que alteran tanto la cuestión de los destinatarios de las normas jurídicas como la estructura formal de los enunciados jurídicos.

Para no ser prolijos y extendernos en un tema que ya más de una vez hemos debido desarrollar, bastará invocar un enunciado del mismo KELSEN. Dice éste, en efecto, que la aplicación de las medidas coactivas características, según él de las normas jurídicas, descansa en el *supuesto* de que la sanción debe ser evitada (4). ¿Evitada por quién y cómo? Ciertamente que no debe serlo por el órgano encargado de aplicarla en una situación determinada. Esto importaría tanto como decir que los únicos destinatarios de las normas jurídicas, los funcionarios, estarían al mismo tiempo autorizados para no hacer lo que la ley prescribe, con lo cual la norma jurídica dejaría de definir algo como debido, esto es, dejaría de ser norma. La manera de evitar la coacción, pues, solamente puede consistir en evitar que se produzca la situación que la desencadena, y esto, naturalmente, ya no está en manos de los órganos del Estado, sino en la de los sujetos a cuyo cargo estaba la observancia de la conducta contraria a la que desencadenaba la coacción.

No era, pues, cierto que la norma jurídica tuviera solamente un destinatario, los órganos del Estado encargados de aplicarla; más bien deberíamos decir que a estos últimos se dirige de un modo secundario y adicional, señalándoles un deber siempre condicionado y dependiente de la inobservancia previa de otro deber por parte de los súbditos, destinatarios de los preceptos sobre los cuales ellos regulan su conducta social. Solamente se llama sanción a la conducta de los órganos del Estado, cuando ella corresponde a una situación de esa clase, esto es, cuando existía antes de ella otra norma que prescribía un deber, y ese deber no fue cumplido.

Pasando a sencillos ejemplos, y teniendo presente el esquema formal, veremos funcionar las dos partes de la norma jurídica: el pagaré debe ser cancelado a su vencimiento, si no lo fuere, el juez quitará al deudor bienes suficientes para cubrirlo, con más los intereses moratorios; si alguien se apoderó ilícitamente de una cosa mueble ajena, ésta debe ser restituida y, además, el autor enviado a la cárcel por un año; en las escrituras debe constar la fecha de otorgamiento; en caso contrario, deberá declararse que la escritura es nula, como si no existiera.

En todos estos casos, antes de que los órganos del Estado proce-

(4) Así muy expresamente KELSEN en *La teoría pura del derecho*, p. 56-7.

dan a secuestrar bienes, a condenar a prisión, a declarar la nulidad, antes de todo ello, ha habido un deudor moroso, un ladrón y un escribano descuidado, en cuya facultad efectivamente estaba evitar la coacción, para lo cual sólo tenían que obrar o abstenerse de obrar, según les fuese señalado un deber o una prohibición.

Un régimen jurídico es una sociedad que se rige por ese sistema de anuncios y advertencias. La antijuridicidad de los actos resulta siempre de su relación con un conducta debida, según prescripciones anteriores al hecho examinado. En verdad, como descripción de un sistema de derecho, es mucho más aproximado a la realidad señalar el conjunto de normas que prescriben en general la conducta de los súbditos que el conjunto de disposiciones que prescriben a los funcionarios los actos de coacción, pues esta última parte de la norma entra a funcionar solamente en caso de transgresión, mientras que lo más corriente es la observancia de la ley, y gracias a ello es que se hace posible a los hombres desplegar en el mundo social su acción, calculando la proyección de las acciones propias en su entrelazamiento con las acciones debidas por los otros. Conceptualmente es posible un sistema en el cual las leyes se dirijan de modo secreto a una clique de funcionarios. Sólo así y manteniendo en secreto las prescripciones podría hablarse de los órganos del Estado como destinatarios únicos. El mecanismo debería ser secreto, según decimos, porque en cuanto los ciudadanos se enteraran de que, por ejemplo, los agentes tienen orden de poner preso a todos los que encuentren usando camisa verde, el resultado será el mismo que en un régimen común, pues todos sabrán que para evitar la prisión deben usar camisas de otro color.

Hasta se debe reconocer que, en general, los deberes son implícitos o sobreentendidos, dada la forma en que las leyes se redactan. No dicen: debes presentarte para el enrolamiento, si no lo haces irás a la cárcel. Se limitan a decir: al que no se presente, se le impondrá prisión.

Esta manera de expresarse no es en modo alguno equívoca o insuficiente, porque el sentido todo del enunciado está dado, no ya por su forma, sino por el *contenido* de la medida prescrita; en el ejemplo dado, la prisión, cuando ella constituye un disvalor, es evidente que supone que la conducta contraria era la requerida como valiosa. La norma segunda se llama sanción porque juega con la primera manteniendo una relación de contrabalanceo y oposición, cumpliendo así una efectiva función preventiva.

Los contenidos de esas normas pueden variar; pero, en límites generales, responden a tres tipos. Con esas medidas se trata siempre de sustituir el deber incumplido que la norma primaria prescribiera, y de hacerlo de la manera más completa y aproximada posible. Si es posible borrar del todo la violación del derecho, la norma lo hace (nulidad, restitución, ejecución forzosa); si ello no es posible, se apela a equivalentes simbólicos (reparación pecuniaria, daños e intereses). En ciertos casos, sin embargo, la violación del derecho es tan grave, insuperable, irreparable o desmoralizante que esos tipos de consecuencias son gravemente insuficientes y se hace necesario advertir con más ener-

gía la voluntad de evitación del entuerto, aunque éste sea reparable. ¿Qué puede hacer el derecho? No le quedan, por cierto, muchas vías; le queda una sola manera de proceder, y ella consiste en que el incumplimiento del deber primario sea fuente de pérdidas y males en vez de procurar ventajas al transgresor. Cuando más allá de la reposición y de la reparación la ley amenaza al transgresor con un mal, esa ley es una ley penal.

En general, en la teoría jurídica se llama sanción no solamente a la medida que comporta aquel plus retributivo y amenazante. La expresión sanción es genérica para designar la consecuencia forzosa sustitutiva del deber no cumplido. Del hecho de que el incumplimiento de una obligación pecuniaria sea casi siempre reparable satisfactoriamente no debe deducirse que al derecho le sea indiferente que el deber primario de pagar a tiempo se cumpla o no se cumpla. No es así; y buena prueba de ello es que, en general, la mora en el cumplimiento de una obligación genera otra obligación adicional. El derecho no quiere que las cosas se hagan mal y después se declaren nulas, que las obligaciones no se cumplan y se pagan después intereses moratorios; que los contratos no se observen y se resuelvan en indemnizaciones, que los daños sean inferidos y después reparados. Lo que el derecho quiere, en primer lugar, es el acatamiento libre de sus preceptos: quiere que las cosas se hagan bien, que las obligaciones se cumplan tempestivamente, que los contratos sean respetados y que nadie infiera daño o injuria a otro. Todo apartamiento de aquellas prescripciones comporta una injusticia que el orden jurídico se preocupa de cancelar cuando no la ha podido prevenir. La sanción tiene sentido solamente en cuanto se entronca con la prescripción de un deber, en cuyo incumplimiento aquélla encuentra su fundamento y su razón de ser.

En síntesis, no es sanción cualquier medida de fuerza, sino solamente aquellas medidas que están fundadas en el previo incumplimiento de un deber. Tomemos un ejemplo externo de nuestro sistema jurídico: la facultad presidencial para detener a cualquiera durante el estado de sitio, siempre que el sujeto no prefiera salir del país. La situación no debe ser fundada por el presidente en transgresión alguna, ni en la más leve. Obsérvese, sin embargo, que se trata nada menos que de una privación de libertad, por más miramientos que se pongan en su cumplimiento (5). A pesar de todo, no se trata de una sanción, *porque no hay conducta jurídica posible prevista como condición para evitarla*. Se trata propiamente de un despliegue de fuerza pública como medida de seguridad política, cuya emisión está reservada al criterio incontrolado de un funcionario de altísima jerarquía. Ese carácter inicial de la medida no cambia por el hecho de que el afectado no salga del país, porque esta alternativa es acordada como una mera facultad al particular que en modo alguno constituye en falta a quien no la ejerce, transformando así en detención sancionatoria la que se cumpla después de

(5) El ejemplo es del DR. LUIS C. CABRAL, véase esp. su voto en el fallo de la Cám. Crim. y Correcc., de Buenos Aires, 5 de julio de 1963, en *La Ley*, t. III, p. 142.

no haber optado. El que tenía el deber de salir, como el extranjero expulsado, que vuelve, puede ser sometido a sanción; pero el que no estaba obligado a salir, no puede ser detenido por no hacerlo: su detención sigue siendo una medida de seguridad.

¿Qué hacemos con esas medidas de fuerza de las cuales la que hemos examinado es sólo un buen ejemplo? Podría pensarse que esta clase de medidas no tienen ubicación posible dentro del esquema que hemos dado como típico de toda norma jurídica, y de ello resultaría o bien que el referido esquema es falso al no poder representar a toda estructura jurídica posible, o bien que estamos obligados al negar a tales medidas el carácter de sanciones.

Y no hay tal; la existencia de medidas de fuerza que no son sanciones no escapa a la teoría general enunciada y no obliga a construir una doctrina especial o excepcional para cierta clase extravagante de sanciones. Para comprenderlas y acordarles la ubicación sistemática que les corresponde, basta recordar una vez más el problema de los destinatarios de las normas jurídicas. Hemos rechazado más arriba la pretensión de interpretar todo el orden normativo, incluidas las leyes penales, como un conjunto de prescripciones dirigidas a los funcionarios públicos. Dijimos que a éstos se dirige la ley de una manera secundaria derivada o dependiente, y que las leyes se dirigen en general a los súbditos, señalándoles el camino de sus deberes y el alcance de sus derechos.

Esta es, sin duda, la situación general, la más corriente. Hay, sin embargo, ciertas excepciones constituidas por aquellas normas en las cuales si bien hay, como lo requiere el esquema, dos destinatarios, resulta que en ellas el primero es también un órgano del Estado. Esta clase de normas, típicas del derecho administrativo y específicas para el derecho disciplinario, no se apartan del modelo formal, cuyo contenido, en esos casos, asume formas semejantes a la siguiente: el empleado debe llegar a su trabajo a la hora debida, si no lo hace, el superior deberá amonestarlo. Según hemos dicho, los contenidos de estos preceptos son muy variables, y cuando se llega a ciertos límites, parecen escapar al esquema. Sin embargo, aun en casos como el que tomamos de ejemplo, el del estado de sitio, el sentido del complejo normativo, no obstante su amplitud, es claro. Quiere decir que a cargo del presidente queda el cuidado de la seguridad pública en casos muy extraordinarios, acordándosele a tal fin cierta forma de coacción directa, cuya omisión puede constituir un cargo en el juicio político (impeachment) a que ese órgano del Estado eventualmente puede estar sometido. La sanción en tal caso no es penal, como en un proceso por omisión de deberes de un funcionarios público, pero puede acarrear la destitución, medida cuya naturaleza no es del caso examinar, pero que indudablemente constituye una sanción, pues es la consecuencia forzada, impuesta por un segundo sujeto, como consecuencia de una acción (comisión u omisión) imputable a otro sujeto según lo prescripto por una norma primaria.

De lo expuesto resulta que no toda medida de fuerza pública es una sanción. En ciertos casos a ley dispone que sus propios órganos ejecutivos desplieguen directamente cierta actividad en una situación dada, independientemente de la voluntad o de la acción de los particulares, a quienes eventualmente se les hará o no saber el procedimiento que han de adoptar los órganos del Estado, al solo efecto de que no traben o perturben a la fuerza pública en su acción. Así ocurre en una amplia zona de la actividad del Estado: se establecen por la fuerza, sin pedir permiso o asentimiento de nadie: un cordón sanitario, una cuarentena, un cordón policial de seguridad, el desalojo de una calle para el paso de los bomberos o del ejército o de un embajador y una extensa gama de medidas militares.

Cuando la prescripción de una medida de fuerza tiene ese carácter, no lo pierde por el hecho de que el texto que la contiene se encuentre incluido en una ley que no revista en su totalidad carácter de ley administrativa. Lo que cuenta no es el lugar donde se encuentra un precepto, sino su engarce o su entronque sistemático, su manera de integrarse dentro del sistema de derecho. Para hablar de sanción es necesario pasar previamente por un precepto transgredido y cambiar de destinatario; es preciso que aquella consista en la actividad de un órgano del Estado correlativa a la actividad de un particular. De sanción sólo es posible hablar para designar los deberes que recaen en la segunda parte del esquema formal de una norma jurídica. Nada que integre la norma primaria es sanción, solamente es presupuesto de ella. La sanción, según lo mostrara ya BINDING (6), comporta siempre la transformación del contenido de un deber incumplido y previo en otro deber de contenido diferente. El deber prescripto a un funcionario público, aun cuando consista en el despliegue de fuerza pública, no es sanción sino cuando en sustancia realiza aquella transformación de la obligación anterior. Y es lícito y ajustado hablar de transformación porque aun en los casos en los cuales el contenido de la sanción es más próximo o parecido a una reposición al estado anterior, aun en esos casos, el hecho constitutivo de la obligación incumplida es diferente del real, efectivo y tempestivo cumplimiento de ésta. No es lo mismo, en efecto, recibir una suma de dinero de manos de mi deudor el día del pago que recibir después por orden del juez una suma de dinero producida por la operación de secuestrar al deudor un automóvil y venderlo en remate público.

Cuando se trata de obligaciones en dinero, la transformación es menos visible que cuando la sanción se refiere al incumplimiento de una obligación de hacer. El caso de diferencia extrema está representada por las normas en las cuales el derecho no se satisface con una reposición o con una reparación, esto es, en los casos en los que el entuerto acarrea, además, una sanción retributiva. En estos casos, la diferencia entre el deber primario (no robarás) y el secundario (condena a un año de prisión) es tan manifiesta desde el punto de vista

(6) BINDING, *Die Normen und ihre Uebertretung. Anhang: Der Rechtswang nach Wesen, Arten und Grenzen*, t. I, p. 483.

externo, que incluso esa heterogeneidad ha dado tema a críticas con las cuales erradamente se creía quebrar la relación tradicional entre delito y pena.

El error de ese argumento nos conduce a la consideración de otro aspecto del problema de la identidad. Es verdaderamente extraño que la semejanza externa que presentan modernamente ciertas limitaciones a la libertad ambulatoria hayan podido ser aducidas como argumento. Por fortuna pertenecen al pasado, en efecto, las épocas de los endemoniados y de los condenados metidos en cepos y cargados de cadenas. Hoy, la restricción a la libertad de un enajenado tiene un contenido terapéutico, además del de seguridad, e igualmente se aprovecha con fines reeducativos, terapéuticos y adaptadores el tiempo que un condenado a pena de prisión haya de pasar dentro de un penal.

Esa semejanza en el modo en que se cumplen hoy esos internamientos mirados en general y externamente, es, sin duda, uno de los motivos que han impulsado la teoría monista. Si se hubiese pensado en otra clase de penas, como las de destierro, inhabilitación o multa —y no hablemos de la pena de muerte—, habría sido mucho menos probable que se propugnara la unidad de las sanciones. Las penas privativas de libertad se han prestado dócilmente al equívoco, haciendo, sobre todo, que no se perciban la diferencia que media entre la pena conminada en la ley y el régimen carcelario. La amenaza penal en sí misma es algo, es un objeto digno de reflexión al cual no es posible poner de lado nada menos que en una teoría de las sanciones. Y eso es lo que efectivamente se ha hecho.

Los partidarios de borrar toda diferencia entre penas y medidas de seguridad hasta suelen emplear cierto tipo de expresiones despectivas para las reflexiones que no versan sobre el contenido material de la pena privativa de libertad (7).

Es manifiesto que ciertas apreciaciones son posibles y aun justas solamente si pensamos en la ejecución de una cierta clase de penas. De la justeza o la conveniencia posible de que en los establecimientos de detención se observe un régimen semejante al que se debe observar en un hospicio no es en modo alguno legítimo deducir nada con respecto al concepto jurídico de pena y de medida de seguridad.

En castellano e italiano han contribuido al error el equívoco sentido de la palabra pena, que sirve a un tiempo, sin distinción, para designar a la amenaza penal y a la ejecución de la pena privativa de libertad. Las expresiones alemanas *Strafe* y *Strafdrohung* traen en sí mis-

(7) Véase, por ejemplo, lo que dice MARC ANCEL: "ahora bien... lo que caracteriza a la defensa social es, en primer lugar, una reacción contra esas concepciones metafísicas (?), sobre las que se basa el derecho penal (¿puede decirse esto después de Kelsen?) contra su manera de comprender el crimen y la sanción del crimen como entidades *jurídicas* (el subrayado es de M. A.), aprehensibles únicamente por los procedimientos de la ciencia y la técnica del derecho. La d. s. se opone por su aspecto antifilosófico y *extrajurídico* (este subrayado contradictorio es nuestro) al derecho penal tradicional, a la doctrina liberal clásica del siglo XIX e incluso al tecnicismo jurídico del siglo XX". MARC ANCEL, *La nueva defensa social*, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1961, p. 93.

mas una distinción; mientras que cada vez que nosotros decimos la "amenaza penal" parece que sutilizamos demasiado.

No es así, por cierto. Ningún partidario de la unificación, en efecto, ha mostrado de modo razonable cómo puede formularse un código penal o una ley penal cualquiera prescindiendo del concepto puro de pena como *amenaza de contenido retributivo*, de pena como *retorsión del entuerto*. Eso con lo cual se va a amenazar (*cum-minari*) es un objeto jurídico cuya descripción es posible y que en modo alguno está desplazada por la descripción del régimen vigente o posible en un establecimiento de custodia de personas.

Aquí los positivistas solían invocar otro eufemismo: el de la pena-tratamiento; pero no varían con ello los términos del problema. Hace ya tiempo examinamos uno de los proyectos de código penal fundado en la pena-tratamiento, el de 1937, y el resultado del análisis no dejaba dudas. En realidad, el proyecto italiano de 1921 se salvó de toda censura porque no alcanzó a la parte especial; puede decirse, por tanto, que no llegó a mostrar cómo puede teóricamente formularse una ley en la cual no se contenga la amenaza de un mal que al mismo tiempo defina acciones típicamente delictivas. FERRI alcanzó a decir, sin embargo, que la futura parte especial del Proyecto se parecería mucho a la parte especial del Código entonces vigente. El Proyecto argentino de 1937 y otros cuerpos "defensistas", como el Código cubano, en la parte especial proceden, en efecto, de modo perfectamente comparable con el de los códigos tradicionales, con la diferencia que en vez de amenazar con una pena, amenazan con un "tratamiento" cuyo significado todo el mundo entiende. Solamente el legislador resuelve no darse por enterado y hacerse el desentendido acerca del sentido de su propia conminación, como si ella pudiera pasar por no amenazante, y hasta como una simple y benevolente promesa.

Si se examinan con cuidado los presupuestos que subyacen en un debate moderno acerca de este tema, se advierte en seguida que casi todos los que postulan teorías unificantes piensan en las formas y en los métodos de ejecución de cierto tipo de condenas. Algunos son muy expresos en la consideración del problema desde un ángulo puramente penitenciario, como, por ejemplo, PAUL CORNIL, o desde el ángulo práctico judicial, como JEAN GRAVEN (8).

Cuando de esa posición se quiere pasar, sin embargo, a una teoría general unificada, es evidente que no se advierte la dificultad de explicar en qué forma puede ser entonces formulada una ley penal. La ley penal, en efecto, es aquella en la que la voluntad general preventiva propia de toda ley se expresa o debe expresarse con mayor claridad y hasta con la energía necesaria para señalar francamente el límite no ya de lo lícito, sino de lo tolerable. Ciertamente que la amenaza penal es la única que un precepto jurídico puede adoptar en tal situación. Si la consecuencia jurídica de no observar una determinada conducta no contiene disvalor alguno, y no es presentada a los desti-

(8) Ambos en "Jornadas de Derecho Penal", Buenos Aires, 1962, pp. 96 y 135.

natarios como portadora de un disvalor, es obvio que la ley no es penal, y hasta debiera decirse que ni siquiera es una norma de derecho, o, a lo menos, una norma completa, pues toda norma jurídica contiene una sanción, esto es, una consecuencia a través de cuyo sentido es posible siempre discernir lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer, aun prescindiendo de la reparabilidad o irreparabilidad del entuerto (9).

Pero dejando aparte el contenido de las sanciones propias de normas jurídicas no penales (nulidad, reposición, reparación) y limitando la consideración a leyes penales propiamente dichas, parece poco acertado que se haya pasado, acaso inadvertidamente, del plano penitenciario al plano de la teoría general del derecho con la pretensión de traer conceptos nuevos muy revolucionarios del sistema. Cierta ingenuidad teórica es dable observar en la invocación de "razones prácticas" en contra de las "abstracciones teóricas", en el intento de desacreditar a la pena como un "ente abstracto", extraño a la "realidad viviente", etc., etc. Ningún "pragmático" ha logrado formular una ley penal con prescindencia de penas abstractas y amenazantes.

La contraposición entre teoría y práctica, incorrecta en general, lo es especialmente en derecho, porque el derecho es todo él un orden de la praxis. A su vez toda teoría, al final de cuentas, es reflexión sistematizada, y reflexionar es el único medio que nos es dado para comprender las cosas todas, incluidas las cosas que hacemos o debemos hacer, esto es, la praxis.

Concluamos. El empleo de la expresión "sanciones" para designar a un tiempo penas y medidas de seguridad es incorrecto, porque en derecho aquella expresión tiene un sentido técnico preciso que no corresponde al contenido y a la función de las medidas de seguridad. La pena es una sanción, pero no lo es la medida de seguridad.

Las confusiones e incertidumbres derivadas de aquella terminología se ponen muy de manifiesto cuando se advierte el doble sentido de la palabra "pena", expresión indistintamente empleada para referirse a la amenaza conminada por la ley, y al internamiento efectivo que comporta el cumplimiento de algunas penas.

La comunicación de una pena es una característica imprescindible para que una ley sea reconocible como ley penal y, por tanto, para que una conducta sea reconocible como ilícita en grado supremo, esto es, delictivo. Obsérvese la relación que guarda este tema con el principio *nullum crimen sine lege*, pues éste, correctamente entendido, re-

(9) Hay muy valiosos trabajos recientes acerca del problema de las medidas de seguridad en relación a la cuestión de las libertades civiles. Este es el tema del volumen *"Stato di diritto e misure di sicurezza"*, publicado por Cedam, Padova, 1962, en el cual colaboran GIUSEPPE BETTIOL, ERNST HEINITZ, STEFAN GLASER, PIERRE BOUZAT, VLADIMIR SOLNAR, GIUSEPPE ZUCCALA, PAULO J. DA COSTA y PIETRO NUVOLONE. Esa conexión del problema con las garantías individuales era el centro de nuestra monografía *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, 1929, problema al cual el positivismo entonces imperante era absolutamente ciego.

quiere la preexistencia no ya de una ley cualquiera, sino de una ley en la que se contenga una pena. En este sentido es perfectamente lícito decir *nullum crimen sine poena*.

La pena como "ente abstracto", como "amenaza retributiva", es elemento esencial en un ordenamiento jurídico respetuoso de la libertad, porque ese es el medio que sirve para señalar el límite entre lo permitido y lo prohibido.

Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado

CÉSAR CAMARGO HERNANDEZ
Abogado-Fiscal de la Audiencia de Madrid

SUMARIO: I. ESTUDIO DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 532.—*Consideraciones generales.*—II. SUSTRACIÓN ILEGÍTIMA DE COSA MUEBLE PROPIA.—A) Antecedentes históricos: 1) Derecho romano. 2) Época intermedia. 3) Derecho histórico español: a) Fuero Real; b) Las Partidas; c) Codificación.—B) Elementos de este delito: 1) Elementos objetivos: a) Objeto material; b) Objeto jurídico; c) La acción; d) El perjuicio. 2) Elementos subjetivos: a) Elemento subjetivo personal: a') Sujeto activo; b') Codelincuencia; c') Sujeto pasivo. b) La culpabilidad.—C) Su consumación.—D) Su diferenciación de otros delitos afines.—E) La punibilidad.—F) Jurisprudencia.—III. OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO.—A) Cuestiones previas: 1) Antecedentes históricos. 2) Concepto y clases de simulación: a) Concepto; b) Clases. 3) Simulación y falsedad.—B) Elementos de este delito: 1) Elementos objetivos: a) Objeto material; b) Objeto jurídico; c) La acción; d) El perjuicio. 2) Elementos subjetivos: a) Elemento subjetivo personal; b) La culpabilidad.—C) Consumación.—D) Punibilidad.—E) Concurrencia con otras infracciones.—F) Jurisprudencia: 1) Concepto de simulación. 2) Elementos de este delito. 3) Coautoria. 4) Concepto de tercero.

I. ESTUDIO DE LOS DELITOS COMPRENDIDOS EN EL ARTÍCULO 532

Consideraciones generales.—El artículo 532 está comprendido en la Sección Segunda (“De las estafas y otros engaños”) del Capítulo IV (“De las defraudaciones”) del Título XIII (“De los delitos contra la propiedad”) del Libro segundo de nuestro vigente Código penal y, en los dos números de que consta, tipifica dos delitos totalmente diferentes y que únicamente tienen de común la exigencia de la producción de un perjuicio; ello determina que tengamos que comenzar haciendo unas consideraciones de orden sistemático, tanto en lo que se refiere al emplazamiento de estos delitos entre las estafas, como al hecho de tipificar en un mismo artículo la sustracción ilegítima de cosa propia y el otorgamiento de contrato simulado.

En lo que se refiere a la primera de las cuestiones indicadas, es

indudable que en la sustracción de una cosa mueble, a quien la tiene legítimamente en su poder realizada por el dueño de la misma, con perjuicio del poseedor o de un tercero, no aparece el *engaño* por ninguna parte, y, sin embargo, éste es elemento esencial para la existencia de la estafa, que consiste en un perjuicio patrimonial causado mediante engaño y con ánimo de lucro. De lo indicado se deduce que este delito no debe estar comprendido entre las estafas.

Con relación al segundo de los problemas de orden sistemático que hemos planteado, hacemos nuestras las palabras de GROIZARD (*El Código de 1870 Concordado y Comentado*, tomo VI, segunda edición, Madrid 1914, pág. 661) cuando dice: "otro defecto perteneciente a la parte que podríamos llamar artística del Código, encontramos en el artículo actual. Nada hay que aconseje tratar en él dos incriminaciones entre las cuales tan pocas analogías existen. *El sujeto* del delito en el primer párrafo previsto, sólo puede ser el dueño de la cosa. El del delito descrito en el segundo párrafo, puede serlo cualquiera. *El fin* de aquella acción es el apoderamiento de una cosa mueble; el de esta otra el fingimiento de un contrato. *El medio* de delinquir en el primer caso es la sustracción; en el segundo, el engaño. No hay, pues, punto alguno de contacto entre una y otra figura de delincuencia". En parecido sentido, se muestra QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código penal*. Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1946, página 459 del vol. II).

II. SUSTRACCION ILEGITIMA DE COSA MUEBLE PROPIA

Dispone el artículo 532, en su número primero, que, incurrirá en las penas señaladas en el artículo precedente, "*el dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero*".

Para la debida interpretación de este precepto legal consideramos indispensable hacer un pequeño examen de la evolución histórica de este tipo delictivo, la que nos será de inapreciable utilidad.

A) *Antecedentes históricos.*—1) *Derecho romano.*—Como acertadamente afirma RODOLFO SOHN (*Instituciones de Derecho romano*. Traducción española, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1928, pág. 417), existen en derecho una serie de delitos contra los cuales el orden jurídico reacciona valiéndose de los medios que procura la Ley privada, y a esto deben su nombre de delitos privados. Entre estos delitos privados figuraba el *furtum possessionis*, precedente romano, según veremos, del delito objeto de nuestro estudio, que no ha sido reconocido como figura propia hasta tiempos relativamente recientes.

En el primitivo Derecho romano, la sustracción cometida por el propietario de la cosa, a quien la tiene legítimamente en su poder, quedaba comprendida en el amplio marco del "*furtum*", presentándose

cómo una variedad de este delito, derivada de las diversas formas en que la *contractatio* podía presentarse.

Partiendo de la conocida definición de PAULO en el *Comentario al Edicto (Digesto. Libro XLVII, De Furtis, I, 3)*, "*Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei, vel etiam usus possessionisve*", se deducen tres formas de "contractatio" o sustracción: la "Contractatio rei", la "Contractatio usus" y la "Contractatio possessionis".

La noción de la "Contractatio rei", viene a coincidir con la del actual delito de hurto, ya que mediante la *amotio* la cosa pasaba de manos del que la tenía a las del autor del hecho.

Con relación a la "Contractatio usus" se discute entre los autores (FERRINI: *Sposicione storica e dottrinale del Diritto penale romano*, en *Enciclopedia de Pessina*, Milano 1905, vol. I, pág. 186. FERRER SAMA: *El delito de apropiación indebida*, Murcia 1945, pág. 8. SOHM: *Obra cit.*, pág. 419. SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*, traducción española, Espasa, Barcelona, tomo II, pág. 214, etc.) si equivalía a la noción actual del hurto de uso o a la del delito de apropiación indebida, cuestión que nos limitamos a apuntar sin entrar en su estudio, por ser ajena al tema que tratamos.

La "Contractatio possessionis" consistía en la sustracción de la cosa, realizada por el propietario, a su legítimo poseedor (en este mismo sentido SOHM, *Obra y lugar citados*. Se muestra en contra FERRINI: *Obra cit.*, pág. 185, para quien el "furtum possessionis", es el realizado por el poseedor sin el consentimiento del propietario), encontrándose, pues, en el *furtum possessionis* el precedente del delito tipificado en el número 1.º del artículo 532 de nuestro vigente Código penal.

2) *Epoca intermedia*.—Los juristas de la Edad Media, teniendo en cuenta las atroces penalidades establecidas para el delito de hurto, distinguieron entre el *hurto propio* y el *impropio*. Denominaban *hurto propio* a aquel en que la "contractatio" afectaba a la vez al dominio y a la posesión; pero cuando el derecho de propiedad no era el afectado, sino solamente el de posesión, teniendo en cuenta que faltaba el requisito esencial del *apoderamiento de cosa ajena* dieron a este hecho la denominación de *hurto impropio*.

3) *Derecho histórico español*.—a) *Fuero Real*.—Dispone este Fuero en la Ley XIII del Título XIII del libro IV que "todo home que su cosa empenare a otro e despues gela furtare, pechela asi como de furto".

b) *Las Partidas*.—Se dispone en la Ley XI del Título X de la Partida VII: "alorando, ó emprestando, ó encomendando un ome a otro, alguna cosa señalada, como quier quel que la tuviese en alguna de estas maneras se puede servir e aprouechar della... e por ende dezimos, que magüer el que la auis assi dada, tomare aquella cosa por si mismo, o otro alguno por él, sin mandamiento del Juzgador...".

Ley IX, Título XIV de la Partida VII: "Si algun ome ouiese empenado a otro la su cosa mueble, é teniendola el otro en peños aquel

cuya fuesse gela furtasse; bien gela podria el otro demandar como de furto”.

c) *Codificación*.—Disponía el Código penal de 1822 en su art. 409, que “cualquiera que quitare a la fuerza la propiedad ajena sin ánimo de apropiarsela, o la propia poseida o detentada legítimamente por otro; sufrirá multa de 10 a 100 duros y un arresto de 8 días a 2 meses...”.

En los Códigos de 1848 (art. 456), 1850 (art. 456), 1870 (art. 551), 1928 (art. 724, número 15), 1932 (art. 526) y 1944 (art. 532), se encuentra este delito exactamente igual definido que en el Código vigente.

De lo indicado se desprende la profunda raigambre histórica en nuestra Patria del precepto de que nos ocupamos, siendo únicamente de destacar el requisito exigido por el Código de 1822 de que *la cosa sea quitada a la fuerza*, con lo cual, en este Código, no se sancionaba el “furtum possessionis”, sino la que podríamos denominar “rapina possessionis”.

B) *Elementos de este delito*.—Dividiremos los elementos del delito de sustracción ilegítima de cosa propia, en objetivos y subjetivos; pero haciendo la advertencia de que estos elementos nunca se presentan puros, ya que, en definitiva, todos ellos por ser elementos del tipo, son normativos.

1) *Elementos objetivos*.—a) *Objeto material*.—El elemento material de este delito está constituido por la *cosa mueble*, de cuyo concepto en nuestro ordenamiento jurídico pasamos a ocuparnos.

Al igual que ocurre con el hurto, el concepto de cosa mueble que nos suministra el Derecho civil no es aplicable al área penal, por lo que, al exclusivo fin de determinar el objeto material del delito, materia de nuestro estudio examinaremos, separadamente, los conceptos *cosa* y *mueble*.

El concepto penal de *cosa* no difiere de concepto general aplicable en todas las ramas del Derecho, en contraposición a lo que, principalmente, han venido sosteniendo los autores alemanes al afirmar que el concepto penal de cosa es diferente del formulado por el Derecho privado. Como acertadamente afirma MANZINI (Trattato, § 2.538), esta errónea doctrina arranca del hecho de confundir las nociones de “bien” y de “cosa”, sin tener en cuenta que así como todas las cosas susceptibles de propiedad son bienes, no todos los bienes son cosas.

Después de lo indicado, se puede definir la cosa en sentido jurídico-penal como *todo objeto material, susceptible de apropiación y con valor económico* (nociones semejantes a la por nosotros dada, pueden encontrarse en las obras de RODRÍGUEZ DEVESA, “El hurto propio”, publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1946, pág. 116, y FERRER SAMA, “El delito de apropiación indebida”, obra cit., págs. 42 a 56. En contra MANZINI, obra cit., § 238 c.).

La cosa ha de reunir la condición de *ser mueble* y, a efectos penales, por cosa mueble, siguiendo al profesor RODRÍGUEZ DEVESA (“El hurto propio”, obra cit., pág. 130) hemos de entender “aquella que pueda

ser movilizada, es decir, separada prácticamente del patrimonio de una persona e incorporada al del agente".

Claramente se desprende de la noción anteriormente expuesta que penalmente no es aplicable el concepto privatístico de cosa mueble, ya que muchas de las cosas consideradas por el Código civil como inmuebles son susceptibles de apropiación, mientras que otras, como tal consideradas en dicho Cuerpo legal no lo son, como, por ejemplo, ocurre con las concesiones administrativas de Obras Públicas, las servidumbres y demás derechos reales sobre cosas inmuebles.

Suelen clasificar los civilistas los bienes enumerados en el artículo 334 de nuestro Código civil, en *bienes inmuebles por naturaleza* (las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo —número 1.º del artículo citado—) y *por incorporación* o destino, como son todos los enumerados del número 2.º al 10.º, pudiendo servir de ejemplo de bienes inmuebles por incorporación los descritos en el número 4.º: "Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de uso u ornamentación, colocados en edificios o heredades por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de un modo permanente al fundo". Como caso de *bienes inmuebles por destino*, puede ser citado el del número 7.º del artículo 334, referente a "los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse".

A efectos penales, sólo pueden ser considerados como bienes inmuebles los que lo son por naturaleza, todos los demás son muebles. El Derecho penal siempre está, o debe de estar, de acuerdo con la suprema realidad.

Finalmente, es de hacer constar que los bienes civilmente denominados semovientes, han de ser considerados como muebles a efectos penales.

b) *Objeto jurídico*.—En general, el objeto jurídico del delito, siguiendo la terminología de Rocco, está constituido por el bien jurídico lesionado o puesto en peligro; esto es, por el bien jurídico protegido por la norma.

Creemos que en el delito de sustracción ilegítima de cosa mueble propia, el bien jurídico protegido es *la posesión*.

Sobre este punto consideramos importantísimo advertir que, si bien, la desposesión desempeña un destacado papel en el delito de hurto, ya que si no se desposee no puede producirse, no es la posesión el bien jurídico protegido en este delito, sino la propiedad; ya que, como acertadamente hace constar RODRÍGUEZ DEVEÑA, "la desposesión es la forma de ataque específica del hurto como delito contra la propiedad. Pero no se agota ahí la función de la posesión, basta constatar la lesión de la posesión para presumir, *iuris tantum*, la lesión de la propiedad, que de otro modo se convertiría en muchos casos en una verdadera *probatio diabolica*, y, añade el citado autor, "sólo la demostración de que se es propietario puede excluir el título de hurto cuando ha mediado desposesión".

De aquí deducimos nuestra afirmación de que el bien jurídico lesionado en este delito es la posesión (forma legítima de tener una persona una cosa en su poder), ya que el *furtum possessionis*, sin la existencia del precepto contenido en el número 1.º del artículo 532 sería un hecho atípico y en consecuencia, no punible.

C) *La acción*.—El núcleo de la acción está constituido por el verbo *sustraer*.

Gramaticalmente “sustraer” o “substraer” (del latín *sub*, debajo y *extraere*, sacar), significa, según el Diccionario de la Real Academia, *apartar, separar, extraer, hurtar o robar*, noción que coincide plenamente con la que podemos obtener acudiendo a una interpretación lógica, a través del examen de los artículos 500 (“los que se apoderan de las cosas muebles”) y 514 (“los que toman las cosas muebles”), de modo que a efectos penales, habrá que entender por *sustracción*, tanto la realizada con fuerza en las cosas, como la ejecutada sin su empleo. A esta interpretación autoriza, aparte de lo indicado, los precedentes históricos, ya señalados de este delito.

Cuando la sustracción tenga lugar mediante el empleo de violencia o intimidación en las personas, a nuestro entender, habrá un concurso de delitos, ya que los actos de violencia (homicidio, lesiones, etc.) o intimidación (amenaza, coacción) constituyen el medio para la ejecución del delito de sustracción ilegítima de cosa mueble propia, tipificado en el número primero del artículo 532 de nuestro vigente Código penal. En estos casos se determinará la pena que corresponda imponer, conforme a lo dispuesto en el artículo 71.

d) *El perjuicio*.—Se exige en el número 1.º del artículo 532, como elemento esencial para la existencia del delito, el perjuicio causado a la persona que tenga legítimamente en su poder la cosa o a un tercero.

Este perjuicio ha de ser real y efectivo. No basta la intención de causarlo, ni la posibilidad de su producción. Dicho perjuicio ha de ser de naturaleza patrimonial, económica y valorable, ya que el importe del perjuicio irrogado ha de servir de base para la determinación de la pena, multa, del tanto al triple de dicho perjuicio, que se impone al autor del delito conjuntamente con la de arresto mayor.

2) *Elementos subjetivos*: a) *Elemento subjetivo personal*.—a') *Sujeto activo*.—Sujeto activo de este delito únicamente puede ser el dueño de la cosa, siempre que no se trate de alguna de las personas enumeradas en el articulado 564 del Código penal; pues, entonces, estaría exento de responsabilidad penal y únicamente sujeto a la civil, ya que el artículo 532 está comprendido en el capítulo de las defraudaciones.

b') *Codelincuencia*.—En los casos de codelincuencia, consideramos necesario distinguir dos supuestos diferentes. En ambos todos son responsables; pero en el primero, todos responden, según su diverso grado de participación, del mismo delito, mientras que, en el segundo, responderán por distinto título de delito.

El primer supuesto se producirá en los casos de copropiedad, cuando los copropietarios actúen como coautores o unos como autores y otros como cómplices o encubridores.

Los que sin ser propietarios cooperen con el dueño en la sustracción de la cosa, responderán como autores, cómplices o encubridores de un delito de robo o hurto, según se haya o no realizado o ejecutado el hecho con el empleo de fuerza en las cosas. La condición de propietario es una *causa personal* y, por tanto, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 60 del Código penal.

c') *Sujeto pasivo*.—Sujeto pasivo de este delito es el *poseedor* de la cosa mueble, que es, quien sin ser su propietario, la puede tener legítimamente en su poder. Por tanto, debe tener la cosa en su poder como consecuencia de una resolución judicial o de un acto por el que se trasmita la posesión de las cosas muebles, pero no su dominio. Estos contratos o actos jurídicos son el arrendamiento, el mandato, el comodato, la prenda y el depósito (ya sea judicial o voluntario).

Siendo el contrato de compraventa el destinado por esencia a la transmisión del dominio, suelen prescindir de él los autores al estudiar este delito; pero es de tener en cuenta que, entre las compraventas especiales, existe el contrato de *compraventa con pacto de reserva de dominio* en virtud del cual el vendedor de la cosa sigue siendo dueño de la misma hasta el total pago del precio. Dada la importancia que actualmente han adquirido las ventas a plazos, caso en el que generalmente se adiciona este pacto, es este el supuesto que más frecuentemente se presenta en la práctica y al que consideramos perfectamente aplicable el precepto que estudiamos, cuando la cosa sea sustraída por el vendedor al comprador.

Otro caso digno de ser estudiado es el referente a la cosa litigiosa, cuando sea sustraída por alguno de los litigantes a su legítimo poseedor. En este caso habrá que distinguir si el autor de el hecho es el demandante o el demandado.

Si el que sustrae la cosa es el demandante, creemos que sería autor de un delito de robo o de hurto, ya que no puede ser considerado como propietario hasta que en virtud de sentencia firme sea declarado como tal. Mas si el autor de la sustracción fuese el demandado, entendemos, es perfectamente aplicable este artículo ya que, hasta que se dicte sentencia, la presunción de propiedad está a su favor (en el mismo sentido: GROIZARD, *El Código penal etc., obra cit.*, tomo VI, pág. 657).

b) *La culpabilidad*.—En cuanto al elemento subjetivo por excelencia que es la culpabilidad, es de señalar que este delito solamente puede producirse en su forma dolosa. La exigencia, como elemento esencial, para la producción del delito, del perjuicio causado al poseedor de la cosa o a un tercero, determina que la necesaria concurrencia de este *dolo específico* o *voluntad duplicada*, según terminología de Quintano Ripollés, excluya, sin género alguno de dudas, la forma culposa.

b) Para la existencia del delito, se requiere no solamente la voluntad de sustraer la cosa, sino además la conciencia en el autor del hecho de que quién la tiene en su poder la posee lícitamente y de que causa un perjuicio a éste o a un tercero.

c) *Su consumación.*—Para la consumación de este delito, no solamente es indispensable que se efectúe la desposesión, por parte del propietario de quien la tiene legítimamente en su poder, sino que además, se requiere que se cause un perjuicio real y efectivo a éste o a un tercero.

b) Con relación al problema de si es o no posible la frustración en este delito, sin detenernos en el examen de las teorías de la “contrectatio”, “apprehensio”, “ablatio” o de la “illatio” (una completa exposición y crítica de las mismas puede encontrarse en RODRÍGUEZ DEVESA: *El Hurto propio*, ob. cit., pág. 207), nos limitaremos, de acuerdo con el profesor CUELLO CALÓN, a decir que no se concibe la frustración, pues es muy difícil que el que hace cuanto es necesario para que, en este delito, se produzca la sustracción, no lo consiga.

D) *Su diferenciación de otros delitos afines.*—Los delitos más próximos son el robo y el hurto, de los que, esencialmente, se diferencia en que para su existencia se requiere que la cosa mueble sustraída sea *ajena*, mientras que en el delito del número 1.º del artículo 532 la cosa ha de ser *propia*.

No obstante estar comprendido este delito entre las estafas, no puede ser considerado como tal, ya que para la existencia de las mismas es imprescindible el *engaño*, requisito que no concurre en el delito de sustracción de cosa propia.

E) *La punibilidad.*—El artículo 532 se remite, a efectos de punibilidad, al artículo precedente que señala la pena de arresto mayor y multa del tanto al triple del perjuicio causado.

F) *Jurisprudencia.*—Tiene declarado nuestro más alto Tribunal de Justicia que para la existencia de este delito es elemento esencial la existencia de un perjuicio (Sentencias de 12 de junio de 1876, 31 de diciembre de 1918, etc.), pero no se requiere ni la concurrencia de engaño, ni la de ánimo de lucro (sentencias de 11 de noviembre de 1897 y 7 de julio de 1913).

III. OTORGAMIENTO DE CONTRATO SIMULADO

A) *Cuestiones previas: 1) Antecedentes históricos.*—Se puede afirmar que los antecedentes de este delito se encuentran en la época de la codificación, ya que con anterioridad o no se sancionaba penalmente, o se confundía con las falsedades ideológicas.

Aparece este delito con carácter propio e independiente en los Códigos de 1848-50 (artículo 456, 2.º), cuyo precepto es literalmente reproducido en los sucesivos (1870 —art. 551, núm. 2.º—, 1928— art. 724, número 14—, 1932 —art. 526, núm. 2.º—, 1944 —art. 532, número 2.º—).

2) *Concepto y clases de simulación.*—a) *Concepto.*—Etimológicamente la palabra *simular* deriva de la raíz sanscrita “*sa*”, de donde proviene la palabra latina *simulare* y gramaticalmente significa “*representar una cosa fingiendo o imitando lo que no es*”.

El concepto de simulación, al pasar al campo jurídico, no varía del anteriormente expuesto. Ya en las fuentes romanas encontramos la *simulatio* como opuesta a *veritas*.

b) *Clases.*—La simulación puede ser absoluta o relativa.

La simulación es absoluta cuando el negocio jurídico es fingido. Realmente inexistente.

Es relativa, cuando detrás del negocio fingido se oculta otro verdadero. Es lo que podríamos denominar *disimulo* y puede servir de ejemplo la donación disfrazada de compraventa.

3) *Simulación y falsedad: Su diferenciación.*—Si tenemos en cuenta que la falsedad consiste en faltar a la verdad o alterarla, o como dicen Las Partidas: “en el mudamiento de la verdad”, fácilmente se apreciará la semejanza de este concepto con el anteriormente dado de simulación y la necesidad, llena de dificultades, de diferenciar ambos conceptos.

Como primer paso para llegar a una clara diferenciación, habrá que comenzar distinguiendo entre las falsedades materiales y las ideológicas.

Como su nombre indica, las primeras, afectan a la materialidad del documento, mientras que, las segundas, encuentran su campo de acción en el de la declaración de voluntad.

Consecuencia de lo indicado, es que la distinción entre falsedad material y simulación, no ofrezca dificultad alguna. La esencia de la primera se encuentra en la materialidad del documento (por ejemplo, raspando o borrando unas palabras para sustituirlas por otras), mientras que la de la segunda está en el elemento intelectual. En este aspecto, estamos de acuerdo con el Maestro CARRARA y con NICOLINI, cuando afirman que la falsedad está en la materialidad de lo escrito.

En cuanto a la distinción entre las falsedades ideológicas y la simulación, no obstante las innumerables dificultades que la cuestión presenta, podemos señalar los criterios de distinción siguientes:

1. En el delito de falsedad es indispensable la existencia de un documento, moneda, sello, marca, etc., mientras que en el de simulación de contrato no es necesario el documento, ya que dicho contrato puede ser verbal.

2. En el delito de simulación de contrato es indispensable, por lo menos, la concurrencia de dos coautores (los contratantes), mientras que el de la falsedad puede ser cometido por una sola persona.

3. La simulación, cuando no cause perjuicio, es penalmente lícita, mientras que la falsedad puede ser ilícita aunque no cause perjuicio, ni se tenga intención de causarle (falsedad cometida por funcionario público en documento público —artículo 302 del vigente Código penal).

4. La falsedad puede afectar al elemento material del negocio ju-

rídico, mientras que la simulación afecta siempre al espiritual. La falsedad puede ser una alteración física de lo escrito, la simulación es una alteración espiritual de lo querido.

B) *Elementos de este delito*.—Dispone el vigente Código penal en el número segundo de su artículo 532, que incurrirá en las penas señaladas en el artículo precedente: ... “el que otorgare en perjuicio de otro, un contrato simulado”.

De la anteriormente transcrita definición legal del delito, se desprenden los siguientes elementos que, como ya anteriormente hicimos, dividiremos en objetivos y subjetivos.

1) *Elementos objetivos*.—a) *Objeto material*.—El objeto material de este delito está constituido por el contrato.

El Código civil español no contiene una definición del contrato. El artículo 1.254, parece proponerse, más que señalar la naturaleza del contrato, determinar el momento de su nacimiento o consumación, al decir que: “*el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio*”.

Del concepto legal transcrito se desprende que nuestro Código civil, entre las diversas teorías formuladas, acepta la de *la construcción estricta u obligacional del contrato*, circunscribiéndolo a las relaciones patrimoniales.

Por considerar que esta posición es la más aceptable, a efectos penales, es por lo que definiremos el contrato como *una convención o acuerdo de voluntades para la creación de una obligación de dar o hacer*.

La simulación puede producirse cualquiera que sean los requisitos formales que requiera el contrato. Por tanto, es indiferente que sean consensuales, reales o solemnes.

b) *Objeto jurídico*.—Creemos que el bien jurídico protegido por esta norma es *la fe en la contratación en general*, ya que la mayor o menor solemnidad que requiera el contrato, es indiferente a los efectos de la posibilidad de producción del delito que estudiamos.

Apoyan la posición que sostenemos las opiniones de SAVIGNY y DERNBURG, cuando afirman que el verdadero motivo de que no se tomen en cuenta las reservas (de voluntad) sólo puede encontrarse en que de otro modo se acabaría la buena fe y el contrato dejaría de ser un medio al servicio del comercio jurídico. “Si nadie pudiera estar seguro nunca de que una declaración externa era válida, a causa de la posible existencia de una reserva secreta, toda declaración contractual sería efímera”. Los mismos “Motivos” del Código alemán, invocan razones de utilidad, cuando en su Motivo I, se afirma que: “La eficacia de la reserva interior no es compatible ni con la conciencia jurídica en general, ni con un comercio ordenado”.

c) *La acción*.—El núcleo de la acción, en este delito, está constituido por el verbo *simular*.

Anteriormente nos ocupamos del concepto de *simulación*, señalando

do las notas más características que le separan del de *falsedad*. Ahora nos corresponde aplicar aquel concepto que dimos, al objeto material de este delito, que es el contrato y, tendremos que *contrato simulado* es el que tiene apariencia contraria a la realidad o porque no existe en absoluto (simulación absoluta) o porque es distinto de como aparece (simulación relativa).

FERRARA (*La simulación en los negocios jurídicos*. Traducción española, 3.^a edición. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1953, pág. 49) deduce del concepto anteriormente dado de contrato simulado, los tres requisitos esenciales siguientes:

1. Declaración deliberadamente disconforme con la intención.
2. Acuerdo entre las partes, y
3. Fin de engañar.

d) *El Perjuicio*.—Exactamente igual que ocurre en el delito anteriormente estudiado, por imperativo legal, es indispensable para la existencia del delito de otorgamiento de contrato simulado, que dicho contrato se otorgue “en perjuicio de otro”.

También aquí, como ocurría en el delito de sustracción de cosa propia, el perjuicio ha de ser valorable en dinero, ya que ha de servir de base para establecer la pena de multa, del tanto al triplo del perjuicio causado, que se impone al autor del hecho.

2) *Elementos subjetivos*.—a) *Elemento subjetivo personal*.—Especialidad del delito que estudiamos, es el requerir, como, mínimo, dos coautores; pudiendo ser su número igual que el de contratantes.

Consistiendo el delito en el otorgamiento de un contrato, que ha de reunir todos los requisitos requeridos para su validez por la Ley civil, los sujetos de este delito habrán de tener la capacidad necesaria para contratar y estando comprendido, dicho delito, en el capítulo de las defraudaciones, sus autores quedarán exentos de responsabilidad penal y únicamente sujetos a la civil, cuando en ellos concurren los requisitos establecidos en el artículo 564 del Código penal.

b) *La culpabilidad*.—Como acertadamente afirma el Profesor CUELLO CALÓN (*Derecho penal*, obra cit., tomo II, pág. 825) el elemento interno de este delito consiste en la voluntad de otorgar un contrato con conciencia de que es fingido y de que con él se causa un perjuicio.

A los elementos internos señalados, hemos de añadir, la intención de engaños a terceros, alma de este delito, al igual que en el de falsedad.

La exigencia del engaño y de la intención de causar un perjuicio, determinan que este delito no pueda producirse culposamente.

C) *Consumación*.—Siendo uno de los elementos del delito tipificado en el número segundo del artículo 532 el “perjuicio de otro”, no basta para su consumación, el hecho de que se otorgue un contrato simulado, sino que, además, es preciso que dicho perjuicio se cause a un tercero, real y efectivamente.

D) *Punibilidad*.—Se sanciona este delito con las mismas penas que el anteriormente estudiado de sustracción de cosa propia; esto es, con

la de arresto mayor y multa del tanto al triple del perjuicio causado.

Con su agudeza característica, advierte el Catedrático de la Universidad de Madrid, señor QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código penal*, obra cit., vol. II, pág. 459) que las penas señaladas, tanto para el delito de sustracción de cosa propia, como al de otorgamiento de contrato simulado son "exiguas en demasía".

Estamos completamente de acuerdo con la afirmación del citado autor, pero principalmente en lo que afecta al delito de otorgamiento de contrato simulado. Basta simplemente con pensar la pena que correspondería a estos hechos de no existir el número 2.º del artículo 532. En la mayoría de los casos habría de calificarlos como constitutivos de un delito de falsedad en concurso con otro de estafa y, aplicando lo dispuesto en el artículo 71, ya que la simulación sería el medio necesario para cometer la estafa, imponer la pena correspondiente al más grave de los delitos en concurso, en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las penas que pudieran imponerse, penando separadamente ambos delitos.

E) *Concurrencia con otras infracciones.*—Después de lo anteriormente indicado y dada la naturaleza mixta de esta infracción: falsedad y estafa; es lógico afirmar la imposibilidad de la concurrencia de esta "defraudación" con el delito de estafa o con el de falsedad. Lo impide el principio "non bis in idem".

Recuerda este tipo legal el desaparecido delito previsto y penado en el artículo 323 del Código penal de 1932, también mixto de falsedad y estafa, en el que se disponía que: "cuando sea estimable el lucro que hubiesen reportado o se hubieren propuesto los reos de falsificación penados en este Título, se les impondrá una multa del tanto al triple del lucro...".

F) *Jurisprudencia.*—1) *Concepto de simulación.*—Ha declarado el Tribunal Supremo que la palabra *simular* significa *fingir o imitar lo que no es y que para incurrir en la sanción penal del artículo 551 (actualmente 532) es de absoluta necesidad o condición indispensable la ficción o imitación de un contrato que no haya existido realmente (Sentencias de 22 de diciembre de 1881, 9 de junio de 1891 y 24 de noviembre de 1917).*

Hubiera sido de desear que nuestro más Alto Tribunal de justicia, en lugar de limitarse a dar un concepto meramente gramatical de este delito, profundizara en su concepto jurídico y sobre todo en el grave problema de su diferenciación de las falsedades ideológicas.

2) *Elementos de este delito.*—De forma magistral y resumiendo la anterior doctrina jurisprudencial sobre la materia, declara la sentencia de 16 de junio de 1952 que "para que exista el delito de estafa en la modalidad prevista en el número 2.º del artículo 532 del Código penal es necesario que concurren estos elementos:

- 1.º Que se finja la existencia de un contrato que no exista en la realidad.
- 2.º Que ello pueda ocasionar un perjuicio a tercera persona.

3.º Que no se trate de un perjuicio abstracto, sino que sea conocido de modo cierto y positivo, aunque su cuantía no se halle determinada y tenga que hacerse por el Tribunal bajo su prudente arbitrio.

Considera el Tribunal Supremo tan indispensable la concurrencia de estos elementos que, en la expresada sentencia, termina diciendo que “es tan esencial que no falten estos elementos que en otro caso, el hecho tan solo de la simulación, sólo daría lugar a una acción civil como es la de nulidad”.

3) *Coautoría*.—La necesidad de la concurrencia de más de un autor para la producción del delito de otorgamiento de contrato simulado se desprende de la sentencia de 17 de noviembre de 1898, en la que se dice que “cuando se simula una venta a otra persona para sustraer la finca a la responsabilidad de un embargo, *ambos son responsables del delito*”.

4) *Concepto de tercero*.—“Tercero es persona distinta de los que han intervenido en el contrato” (Sentencia de 1.º de junio de 1917).

Creemos, con esta pequeña exposición, haber puesto un escalón para el estudio de estos dos delitos, sobre los que, que sepamos, no se ha publicado ningún trabajo monográfico en España.

No desconocemos la dificultad, pues siempre hemos tenido presentes la palabras de FRANCESCO ANTOLISEI, cuando en su interesante artículo titulado *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, publicado en la Rivista Italiana de Diritto penale (1951, pág. 625) afirmaba que estos delitos “constituyen la materia más compleja, delicada y ardua de la Parte especial del Derecho penal”.

Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal

MANUEL COBO

Profesor Adjunto de Derecho Penal
de la Universidad de Madrid

SUMARIO: I) Planteamiento general.—II) El artículo 428 del Código Penal. Sus causas y significación.—III) Examen de los artículos 425 y 426. Su interpretación en orden al problema del consentimiento: *a)* La reforma de 1963; *b)* Análisis de la reforma: *a')* Extensión del artículo 425; *b')* Variación de la pena; *c')* Estudio especial de la reforma introducida en el párrafo segundo del artículo 425, en referencia con el consentimiento en las lesiones. Distintos problemas; *d')* El artículo 426. *c)* Conclusión.—IV) Consentimiento en las lesiones y "ejercicio legítimo de un oficio" del número 11 del artículo 8. Delimitación de funciones. Valor del consentimiento referido a la anterior eximente.

I) PLANTEAMIENTO GENERAL

La posición de la legislación penal española, en referencia con la cuestión del consentimiento en los delitos de lesiones ha sido, y en parte continúa siendo, problemática y singular. Problemática, porque, en principio, no se ha conocido con la claridad necesaria la actitud que había adoptado, y posteriormente, a la vista de las reformas introducidas, todavía se discute y se duda sobre la validez o no de la fórmula mantenida por el texto revisado de 1963. Singular, porque a diferencia de lo ocurrido en las legislaciones más evolucionadas, ha pasado de un absoluto silencio a una expresa declaración legal, escueta e imperativa, como es la contenida en el actual artículo 428.

De esa suerte las dificultades inherentes al tema del consentimiento —puestas de manifiesto por los autores que de él se han ocupado—, como ha sido planteado por la doctrina en las lesiones, se han visto considerablemente aumentadas: no sólo presenta problemas en referencia con el consentimiento en sí, sino también a sí, en definitiva, tiene éste alguna o ninguna relevancia. Frecuentemente, esta última cuestión, ha obstaculizado un estudio más profundo en orden al consentimiento y a los requisitos que debía reunir, en la forma desarrollada por la abundante literatura extranjera. La discusión, pues, se ha centrado sobre el anterior extremo, que naturalmente funciona como presupuesto de un total examen del consentimiento, e incluso algu-

nas veces contraída al tema de su significación, dejando a un lado el estudio de su naturaleza y requisitos.

La doctrina española, sin embargo, sostiene todavía un interesante diálogo sobre el tema, y recientemente ha planteado serias dudas acerca de la postura a seguir. Las diferentes tesis han sido mantenidas con firmeza, y en más de una ocasión los argumentos se han radicalizado: existe una tendencia, como pone de manifiesto Mezger, a conceder "con frecuencia, aunque sin razón, un significado excesivamente amplio" al consentimiento (1).

Un estudio de la cuestión, de acuerdo con el derecho vigente, deberá evitar a toda costa cualquier actitud de *inercia*. No puede olvidarse la existencia de una reforma que, al menos a primera vista, es bastante radical, y que inhabilita buena parte de los esquemas con los que se operaba antes de su realización. De la misma forma habrá que tener constantemente en cuenta las particularidades de nuestro derecho positivo, tan acusadas en este terreno, que no permitirán una adaptación de problemas, soluciones, o actitudes, extraídos de otras legislaciones, que desvirtuarán, en su raíz, toda conclusión que pudiera ser válida para otros ordenamientos jurídicos.

El examen que a continuación se realiza tiene como punto de partida el artículo 428 del Código penal vigente, y la función que desempeña en el capítulo de las lesiones. Posteriormente, se verifica en supuestos legales, ya determinados por la doctrina, su eficacia, al mismo tiempo que se estudia la reforma de los artículos 425 y 426 del Código penal, ofreciendo igualmente una interpretación de los mismos. Por último, como consecuencia de los resultados obtenidos, se presentan algunas soluciones a diferentes hipótesis que han sido propuestas, entrando en juego no sólo el artículo 428, sino también preceptos del Libro I del Código penal.

II) EL ARTICULO 428 DEL CODIGO PENAL. SUS CAUSAS Y SIGNIFICACION

Todo estudio que verse sobre el consentimiento de la víctima en los delitos de lesiones, deberá tomar como punto de partida el artículo 428. Su interpretación tiene valor vinculante para el capítulo IV dado que, por expresa declaración, se proyecta sobre todos los artículos que lo componen. En el capítulo V, y con el título de "Disposición general", se recoge el artículo 428, cuyo texto es el siguiente: "*las penas señaladas en el capítulo anterior se impondrán en sus respectivos casos, aun cuando mediere consentimiento del lesionado*". Ante esta disposición —clave, sin duda, de los presentes problemas—, cabe hacer las consideraciones que a continuación se expresan:

a) ¿Cómo se ha motivado la creación del artículo 428?, ¿por qué se ha originado? La contestación a estas preguntas ofrecerá datos de

(1) E. MEZGER, *Strafrecht* (Allg. Teil), (Studienbuch), 6.^a ed. München-Berlín, 1955, pág. 106.

interés para un correcto entendimiento de la cuestión. Ni siquiera sería necesario decir, aunque en este caso convenga tenerlo presente, que cuando se crea una nueva disposición o se modifican las existentes, generalmente hay unas causas, concretas y específicas, que motivan el cambio legislativo. Legislar sin motivación alguna, parece un contrasentido. Cosa distinta será sí y hasta que punto aquella es suficiente. Ahora sólo interesa conocer las causas; después, su fundamento.

Como es sabido un considerable sector de la doctrina española, con innegable agudeza, mostró la "relevancia" del consentimiento en los delitos de lesiones (2). A pesar de los argumentos que se esgrimieron en contra (3), la interpretación de los primeros, con sus específicas variantes, penetró en el capítulo IV del Título VIII, creando la natural preocupación: la virtualidad justificante del consentimiento del lesionado, extraída de interpretaciones lógicas y sistemáticas, no satisfacía ni siquiera a sus propios formuladores (4). En el plano de los principios, pues, no se propugnaba por la validez, en todo caso, del aforismo *volenti non fit iniuria*, referido, concretamente, a las lesiones, sino que éste se deducía de una interpretación de determinados preceptos. Era, en consecuencia, la propia ley quien concedía margen para que naciera la tesis de la "relevancia", bien porque así lo hubiese querido, o quizá inadvertidamente: de todas formas se le atribuía la admisión, sin más, del citado principio con lo que ello significaba. La reforma, por tanto, pretendía cortar radicalmente dicha interpretación del modo más drástico: modificando el entonces artículo 426 (que ofrecía base para que surgiera la posición de la relevancia), y creando,

(2) Vid. especialmente, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, t. IV, Buenos Aires 1952, págs. 572-632. La tesis que expuso el profesor Jiménez de Asúa en 1922 desempeñó una función que no puede ser desconocida, en contra de lo apuntado por Suárez Montes y Rodríguez Devesa: significó una orientación decisiva en la trayectoria lógica de la formulación de la relevancia. Quintano Ripollés, reconoce, como aquí se hace, su innegable valor (vid. SUÁREZ MONTES, *El consentimiento en las lesiones*, Pamplona, págs. 20 y 21, notas 2 y 4. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte Especial), Valladolid 1963, página 112, nota 6. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, t. I, Madrid 1962, pág. 669, nota 8). Vid. también RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas* a la trad. esp. del *Tratado de Derecho penal* de Mezger, t. I, Madrid 1955, págs. 425-427. RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *Derecho penal* (Parte Especial), t. II, Madrid 1949, págs. 252 y sigs. QUINTANO RIPOLLÉS, *Relevancia del consentimiento de la víctima en materia penal*, en ADPCP, 1950, págs. 321 y sigs. Bibliografía española que trata específicamente el tema, en SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 16, nota 1, antes de la reforma. Con posterioridad, Vid. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código penal y otras leyes penales*, Barcelona 1963, páginas 169 y sigs.

(3) De forma particular por SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, págs. 26 y sigs. También A. FERRER-SAMA, *Comentarios al Código penal*, t. IV, Madrid 1956, páginas 336 y sigs. CUELLO CALÓN, *Derecho penal* (Parte General), 12.ª ed., Barcelona 1956, págs. 375 y sigs.

(4) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ: "hemos de confesar que tal conclusión no nos satisface" (*Notas cit.*, pág. 427). JIMÉNEZ DE ASÚA, afirma que es un "error y no deja satisfecho a nadie" (*ob. cit.*, pág. 626).

expresamente, y por si lo anterior no bastare, una cláusula declarativa de la total intrascendencia del consentimiento.

Que lo anterior es cierto se deduce, evidentemente, del párrafo último de la base 8.^a del Proyecto de Ley de Bases, con la especial alusión a la *congruencia* de penas entre las figuras delictivas que componen el capítulo de las lesiones (5). La amputación que sufrió el párrafo de la misma al convertirse en Ley de Bases, no afecta a la bondad de la presente consideración. Pero además la propia Exposición de Motivos inequívocamente se manifestó en ese sentido: "... acaso sea la más importante la efectuada en el grupo de los delitos de lesiones, en que no sólo *se adecua la pena* más ponderadamente con la tipología delictiva, sino que se da paso a un principio de singular relieve, cual es la *ineficacia del consentimiento*" (6), y abundando en ese parecer, también la Exposición de Motivos del texto revisado de 1963 habla de la "ineficacia del consentimiento" (7).

Puede, en consecuencia, afirmarse que la motivación inmediata de la reforma en este ámbito ha sido, precisamente, la aparición de la tesis de la relevancia del lesionado, y de forma más concreta, en su inicio, la interpretación que se fundaba en la existencia de una incongruencia de penas entre dos específicos preceptos del capítulo IV (8). Para evitarla la reforma ha seguido, o al menos lo pretendía, un doble procedimiento: a) congruencia de penas; b) creación de una cláusula de ineficacia con el artículo 428.

b) Así entendida la génesis del 428, no cabe duda que estará llamado a desempeñar una particular e importante función. Dentro de esta línea supondría un criterio de interpretación, normativamente descrito, que inexorablemente debiera adoptarse. Las causas que le han motivado harían de él, en una de sus vertientes, una especie de *interpretación auténtica* con la que el legislador toma una clara actitud y sale al paso de la opinión de un sector de la doctrina. Su valor funcional sería, pues, incontrovertible, como principio coordinador de todas las figuras delictivas del capítulo IV, y como criterio que debe informar la interpretación de las mismas, cuando menos, en referencia con este problema. El 428 estará presente —en toda su formulación—, en la exégesis de los artículos de las lesiones, y no existirá más remedio que aceptarlo de esa forma como cláusula sumamente elástica de dichos preceptos, con independencia, por ahora, de las consecuencias que se derivan de lo expuesto.

Que sea criticable su creación, por denotar una hipersensibilidad que hubiera podido encauzarse en otros aspectos, incluso dentro de

(5) Expresamente decía: "... sustituir la pena de presidio que establece por la pena de prisión de igual entidad, teniendo en cuenta que es la congruente, por analogía de naturaleza con las demás del capítulo..."

(6) Letra a), del apartado segundo de la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 ("B. O. E." de 27 de diciembre de 1961).

(7) Letra c), primera, de la Exposición de Motivos del Código penal, texto revisado de 1963.

(8) RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas cit.*, pág. 426.

las mismas lesiones, que no prosperaron (por ejemplo, la insoportable y fundamental función que se le atribuye al resultado en estos delitos), recogiendo un sentir más uniforme de la doctrina, es cosa bien diferente. Que la reacción —por decir así—, del legislador ante una interpretación de determinados preceptos de las lesiones, haya sido tan excesiva hasta el punto de situarse frente a ella llevando a cabo una declaración de principios y persiguiendo una incongruencia de penas, no afecta tampoco a cuanto hemos expuesto. Que, en definitiva, hubiera podido resolverse, mucho más fácilmente (por ejemplo, deshaciendo simplemente, pero de manera *cierta*, la incongruencia aludida mediante sencillo procedimiento de adecuar las penas de los artículos comparados) (9), no se desconoce a pesar de admitir la *existencia* del actual 428 y de la inexorable función que desempeña (10).

c) El problema es bien diferente, por tanto, a como se planteaba antes de la reforma. Se centrará, una vez aceptado el 428, en determinar las consecuencias que comporta su vigencia, buscando soluciones que resuelvan los distintos supuestos que pueden traerse a colación en inmediata referencia con el tema del consentimiento del lesionado.

III) EXAMEN DE LOS ARTICULOS 425 Y 426. SU INTERPRETACION EN ORDEN AL PROBLEMA DEL CONSENTIMIENTO

El otro extremo que necesariamente deberá resolverse, y su solución condicionará el presente examen, es el referente a los distintos problemas que plantean los actuales artículos 425 y 426 (antes 426 y 427). Con fundamento en ellos y en el 419 del Código de 1944, argumentó Rodríguez Muñoz la tesis de la relevancia. Si ésta ha desempeñado tan decisivo papel en la reforma es obligado revisar su interpretación, en relación con el problema del consentimiento.

a) Conviene precisar, en primer lugar, en qué ha consistido la reforma:

Artículo 426 del Código de 1944: “el que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar, y fuere declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de presidio menor.—La misma pena se impondrá al que inutilizare a otro con su consentimiento, para el objeto mencionado en el párrafo anterior”. Artículo

(9) Lo que era tan evidente que de no haber sido verificado abona por la interpretación que desarrollamos sobre los tipos del artículo 425, conforme veremos más adelante.

(10) En contra, QUINTANO RIPOLLÉS, quien estima es superfluo (*Tratado cit.*, página 698). Acertadamente afirma BUENO ARÚS, en referencia con el artículo 428, que “el Código penal español toma partido en la discusión acerca de la relevancia del consentimiento de la víctima como causa de justificación, y la

427 del Código penal de 1944: "si la conducta penada en el artículo anterior hubiera sido mediante precio, la pena será la inmediatamente superior a la señalada en dicho artículo.—Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será la de arresto mayor".

Artículo 425 del texto revisado de 1963: "el que se mutilare o el que prestare su consentimiento para ser mutilado, con el fin de eximirse del servicio militar o de un servicio público de inexcusable cumplimiento y fuera declarado exento de este servicio por efecto de la mutilación, incurrirá en la pena de prisión menor. Igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos, se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad o se la produjera a persona distinta con su consentimiento". Artículo 426 del texto revisado de 1963: "si la conducta penada en el artículo anterior hubiera sido mediante precio, la pena será la inmediatamente superior a la señalada en dicho artículo.—Si el reo de este delito fuere padre, madre, cónyuge, hermano o cuñado del mutilado, la pena será la de arresto mayor".

Un examen comparativo de los artículos de uno y otro Código, conduce a afirmar, en síntesis, que se han verificado las siguientes modificaciones:

a) El actual artículo 425, en su párrafo primero, equipara la finalidad de eximirse del servicio militar con la de eximirse "de un servicio público de inexcusable cumplimiento" (el anterior 426 solamente se refería a la primera).

b) El vigente artículo 425 señala la pena de "prisión menor", siendo así que el antiguo 426 aludía a la de "presidio menor".

c) En el segundo párrafo del 425 se introducen las innovaciones siguientes: se expresa que "igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultado antes previstos"; y antes, el 426 del Código de 1944, significaba que "la misma pena se impondrá... para el objeto mencionado en el párrafo anterior"; ahora se dice "se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad", en tanto que anteriormente era desconocido este párrafo; por último, se habla de "o se la producirse ("cualquier otra inutilidad") a persona distinta con su consentimiento", que es diferente a la expresión "al que inutilizare a otro, con su consentimiento", del modificado párrafo segundo del 426.

niega en los delitos de lesiones" (*La reforma del Código penal español de 1963. Exposición y anotaciones*, sep. de Rev. Est. Peniten., Madrid 1964, pág. 34). En el mismo sentido DEL ROSAL COBO, MOURULLO, CASTRO, *Código penal con jurisprudencia, concordancias y comentarios*, Madrid 1964, pág. 517: "la ratio incriminativa no ha sido otra si no la de excluir el consentimiento como causa justificativa del quebranto experimentado en la sanidad del cuerpo, o como atenuadora, a efectos de la sanción decretada". En parecido sentido, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, pág. 180.

d') El actual artículo 426 es idéntico al anterior 427 (11).

b) Un análisis de la reforma, correlativamente a como ha sido expuesta, conduce a las siguientes consideraciones:

a') La innovación expresada en a), a'), constituye, sin duda, una extensión del ámbito de aplicación del artículo 425: se equipara, dentro del mismo precepto, la finalidad de eximirse del servicio militar con la de "un servicio público de inexcusable cumplimiento", corriendo ambas la misma suerte.

Ha sido criticado por Rodríguez Devesa en el plano formal sosteniendo que no se encontraba prevista —y, consecuentemente, no estaba autorizada— su introducción por la Ley de Bases (12). La "ambigüedad" (13) que presidía la base hace muy problemática y arriesgada cualquier afirmación a ese respecto que, en definitiva, quedaría reducida a un simple juego dialéctico, y por lo demás, era concebida con tanta elasticidad que la autorización para modificar de esa manera el 425 no puede por menos que ser reconocida, sin que este extremo encierre mayor interés.

Desde otra perspectiva puede ofrecerse, sin embargo, un aspecto interesante. A pesar de la formulación "restringida" (14) con que se muestra (servicio público de inexcusable cumplimiento), no deja de producir perplejidad, sobre todo, en el momento presente, su introducción. Aunque teóricamente puede, en efecto, pensarse en la existencia de tales situaciones, realmente será difícil que alguna vez se aplique, en ese sentido, el 425. Si apenas ha sido empleado en su originaria y limitada formulación —referido sólo al servicio militar—, ¿es que en otros "servicios públicos" suceden, con cierta frecuencia, hipótesis como las que ahora describe el 425? Quizá tenga algún sentido que en épocas de grave peligro (guerra), haya personas que se inutilicen en la forma y con la finalidad legalmente prevista, o hasta es imaginable que por eludir el servicio militar, sin que exista la anterior situación, se produzcan tales casos —aunque la experiencia ha mostrado su carácter excepcional—, pero no se llega a comprender, al menos en principio, la necesidad de la nueva extensión. Un servi-

(11) Como fácilmente puede observarse las modificaciones que más interesan a nuestra exposición se han realizado en el párrafo segundo del artículo 425, si bien no será obstáculo para que se hagan consideraciones referidas a otros aspectos de los artículos 425 y 426, al objeto de conseguir una total visión del alcance de la reforma. Sin embargo, como es natural, nuestro estudio se centra principalmente sobre las modificaciones introducidas y la interpretación que de ellas se ha ofrecido, dejando al margen una serie de cuestiones que, por su extensión, no son comprendidas en este trabajo.

(12) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 111: "es una nueva figura de delito creada por la reforma de 1963 y no prevista en la autorización concedida por la Ley de Bases".

(13) BUENO ARÚS, *La Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961 para la revisión y reforma del Código penal y otras Leyes penales*, en *Rev. Est. Peniten.*, 1961, pág. 3383.

(14) M. COBO, *El artículo 426 del Código penal y el problema del consentimiento en las lesiones en la reforma penal española*, en *ADPCP*, 1962, pág. 311.

cio público, *tan* inexcusable, en el área de los *particulares*, es ciertamente raro. Un servicio público de inexcusable cumplimiento, y que, efectiva y realmente, pueda ser exigido en esos términos, también. Un servicio público que, para excusarse de su realización, lleve al obligado al mismo a mutilarse o inutilizarse en los términos del 425, lo es más todavía. Dentro del ámbito de las personas más *vinculadas al Estado* (fuerzas armadas, autoridades, funcionarios, etc), la no prestación de un *específico servicio público inexcusable*, queda desde luego sancionada en la legislación especial e incluso en el Código penal (15), sin que exista una auténtica necesidad de incriminar autónomamente tan singular situación. Quizá la objeción más grave que puede hacerse, en resumen, a una reforma sea ésta: que no obedezca a una seria y sentida necesidad políticocriminal.

Ahora bien; aceptando totalmente el artículo 426 no existe obstáculo, en el plano lógico, para admitir la ampliación verificada, pues siempre habrá que reconocer que pueden darse otros servicios, cuyo deber de realización sea tan relevante o más desde el punto de vista estatal (16). Por lo demás, cuanto se exponga en posteriores apartados tiene, naturalmente, validez también para éste que, en realidad, no modifica la situación del problema del consentimiento, aunque presente datos de interés para la interpretación.

b') La reforma indicada en a), b'), constituye una nota más, expresamente reconocida por el Proyecto de Ley de Bases, de la persecución de "incongruencias" que motivó el cambio legislativo. Es interesante reflexionar sobre este extremo, ya que ofrecerá algunos datos para una mejor comprensión del problema.

Como es sabido la interpretación de Rodríguez Muñoz se fundaba en la incongruencia a que se llegaba poniendo en relación las penas de los artículos 419 y 426 del Código de 1944: no tenía sentido, a su juicio, que la pena prevista en el 426 (presidio menor) fuese inferior que la del 419 (reclusión menor), siendo así que el primer precepto también contemplaba supuestos de mutilación (consentida para eximirse del servicio militar), lo que sería "una absurda conclusión legal" (17). Consciente de lo anterior la propuesta que figuraba en el Proyecto de Ley de Bases, al objeto de deshacer la citada contradicción, se pronunció de la forma siguiente: de un lado, rebajaba "la pena del artículo 419 a la inmediata inferior" (según la base 8.^a); de otro, establecía la pena de prisión menor en el artículo 426 (párrafo último de la base 8.^a). Con independencia de que hubiese o no conseguido la ansiada congruencia —que muy posiblemente hubiera quedado sub-

(15) Téngase en cuenta que nos referimos a la no prestación del servicio, *sin* necesidad de aludir a la inutilización. Dependerá de cada caso en particular, la legislación que pueda y deba aplicarse. La variedad de supuestos y la distinta instancia en que puede ser exigido el cumplimiento del servicio, evita la formulación de una regla general.

(16) M. COBO, *art. cit.*, pág. 310.

(17) RODRÍGUEZ MUÑOZ-JASO ROLDÁN, *ob. cit.*, pág. 253.

sistente (18), si bien en forma menos radical—, lo cierto era que se había puesto de manifiesto la intención que a la sazón perseguía la reforma: desmontar, o al menos pretenderlo, la evidente contradicción que un sector de la doctrina había sostenido. Sin embargo, esta finalidad *desaparece*, aunque terminase por reformar el 426 (hoy 425) en orden a la pena (prisión menor), por el cambio radical que introdujo la Ley de Bases, que para nada hizo alusión a las conexiones que pudieran existir entre el anterior artículo y el 419. Así, la reforma de éste quedó autorizada en los siguientes términos: “mantener la pena del artículo 419 para los casos de mutilaciones muy graves y rebajar la que actualmente está asignada a dicho delito, en aquellos casos de menor gravedad en la mutilación y en consonancia con la misma”. Por esta razón afirmé, al comentar la base en cuestión, que “en este concreto punto, parece que la Ley de Bases no ha entendido el Proyecto de Ley” (19). Naturalmente tampoco se refirió el penúltimo párrafo de la base 7.^a de la Ley ni a la reforma de la pena, ni a la tan reiterada congruencia, pues del texto desapareció *todo* lo que pudiese dar pie para una comparación con los demás preceptos del capítulo, y pretendiera encontrar una armonía entre ellos. No obstante, aparece el 425 del texto revisado de 1963, con la modificación de la pena —que se anticipaba en el Proyecto, no en la Ley—, pero que al subvertir el sentido de la base del Proyecto referida al 419, apenas tenía significado en relación con el tema de la incongruencia. Y, entonces, ¿qué sucede con esta última?, ¿cabe, de nuevo, plantearla?, ¿puede todavía encontrarse alguna significación a la variación de la pena?

A simple vista parece que la situación sería ésta: precisamente por cambiar la pena de “presidio menor” por la de “prisión menor” —que es, como decía el Proyecto, la que tiene “analogía de naturaleza con las demás del capítulo”—, se autorizaba, o por mejor decir, hacía posible la relación comparativa entre la pena del 425 y la de las restantes figuras delictivas de las lesiones, que ahora incluso ocupan la misma escala (la número 2) del artículo 73 del Código vigente. No podrá decirse en forma alguna que son “penas distintas”, como fue afirmado con anterioridad a la reforma (20). En principio, por tanto, es perfectamente posible la comparación, y no existe la menor limitación para que el intérprete la realice. Pero, sin duda, sólo será

(18) El 428 veda ahora razonar en el sentido de que la “consideración del valor atenuatorio del artículo 409 en los delitos homicidas, conjugado con el silencio en los de lesiones, me han movido a buscar en él un nuevo argumento, no menos decisivo que los otros, para llegar a la misma conclusión de impunidad por ausencia de tipo” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, pág. 670). El silencio, con el artículo 428, ha quedado roto.

(19) M. COBO, *art. cit.*, pág. 305. Vid. algunas de las inconsecuencias que pudieran derivarse de esa incompreensión en la *ob. cit.* en la nota 10 de este trabajo, en colaboración, pág. 515. Consciente de esa posibilidad, se lleva a cabo, más adelante, una interpretación que pretende evitarla.

(20) SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 105: “la pena con que se castiga el delito de inutilización no guarda relación... con la que sancionan los atentados contra la integridad. No es una pena “menor”, sino sencillamente *distinta*”.

lícito en este extremo, extraer la siguiente conclusión: que la pena del 425 es prisión menor y que la del párrafo primero del 419 es reclusión menor; que la primera es *inferior*; que la del 425 es *igual* que la del párrafo segundo del 419. Esto, sin embargo, parece colocar en el camino de la incongruencia, aunque sólo sea por lo que al párrafo primero del 419 se refiere. No obstante, no podrá ésta, sin más, ser extraída en razón a dos consideraciones que será necesario verificar: la primera, si de las reformas introducidas en el 425 no se deriva obstáculo para que sea deducida por el intérprete; la segunda, si el 428 complementa e informa la interpretación del 425, y en qué sentido, y si consecuentemente es posible deducir la relevancia del consentimiento.

Ambas, expresadas en forma separada, son desarrolladas unitariamente en el próximo apartado, siguiendo la exposición correlativa de la reforma.

c') La reforma introducida en el párrafo segundo del artículo 425 es fundamental, y de ninguna manera puede pasarse sobre ella sin destacar la importancia interpretativa que necesariamente debe desempeñar.

El legislador de 1963 ha introducido una nueva figura delictiva que expresamente no conocía el anterior artículo 426: "igual pena se impondrá al que con la finalidad y resultados antes previstos, *se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad*". Carece de operatividad en este examen poner en duda si el legislador estuvo o no autorizado —como hace Rodríguez Devesa, pronunciándose por la negativa (21)—, por las mismas consideraciones que ya fueron expuestas en anteriores apartados: la cláusula de la Ley de Bases era tan amplia que puede ser sostenida perfectamente la tesis afirmativa. Cualquier digresión dialéctica está condenada, de antemano, a no conseguir la menor certeza por esa razón. Pero además, ¿es que dar más "riqueza de matices", no implica dentro de la "esencia" del antiguo 426 la posibilidad de introducir una modalidad que no quebranta lo que efectivamente es el precepto?

La modificación realizada tiene gran significación, pues referida al consentimiento varía el planteamiento y solución de los distintos problemas. Desde luego, no ha sido superflua, ni tampoco "se presta a toda clase de críticas", como afirma Rodríguez Devesa (22): el artículo 426 del Código de 1944, no sólo contenía auténticas lagunas más flagrantes, sin duda, que las que "pudieran" señalarse para el actual 425, sino que se prestaba a que con fundamento en él fuesen deducidas absurdas consecuencias, que a nadie satisfacían, como Rodríguez Muñoz y un autorizado sector de opinión pusieron de manifiesto. (23).

A juicio de Rodríguez Devesa el 425 presenta el inconveniente de

(21) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

(22) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

(23) Vid., nota 4 de este trabajo.

que "frente al párrafo primero... se castiga el causarse a sí mismo la inutilidad, pero no el consentir que otro se la cause, conducta que ha de reputarse impune por atípica" y "además, el pronombre la" ("se la produjera") del último inciso, hace que la causación punible a persona distinta se contraiga a las inutilidades que no se ocasionen por mutilación con la consecuencia inevitable de que causar una mutilación a persona distinta con su consentimiento es una conducta impune" (24). Las anteriores afirmaciones *sitúan* la cuestión en sus justos términos e irremediamente obligan a tomar una posición, pues, en verdad, constituyen el *quid* de toda la interpretación del precepto, así como de su virtualidad en orden al problema del consentimiento:

a") Una vez más el origen de la tesis se centra en el alcance y contenido que le sea asignado a los verbos "mutilar" e "inutilizar", con el que inexorablemente habrá que ser consecuentes en todo momento, so pena de llegar a conclusiones entre sí contradictorias, o más todavía, excluyentes, por evidenciar una abierta incompatibilidad. Rodríguez Devesa, que en referencia con el artículo 426 de 1944 y criticando a Suárez Montes, había afirmado que mutilar e inutilizar coincidían (25), distingue y trata por separado, al estudiar los artículos 425 y 426 del texto revisado de 1963, la "inutilidad por mutilación" (26) de la "inutilidad por otras causas", afirmando que la inutilización para eximirse del servicio militar "se divide en inutilidad causada por mutilación e inutilidad producida por cualquier otra causa" (27). Es decir, que la interpretación de ambos verbos ha cambiado, como era inevitable que sucediera, a la vista de la reforma. Rodríguez Devesa, aunque critica el 425, se adhiere a la tesis de la *diferenciación* (28). Si no fuese así, y se continuara identificando plenamente mutilar e inutilizar, no tendría sentido plantearse el problema de la "impunidad" del simple consentir en la inutilización, ya que habría que entender se encontraba específicamente previsto por el párrafo primero del 425 ("el que prestare su consentimiento para ser mutilado"). Para Rodríguez Devesa, en resumen, el eje sobre el que se mueve la crítica es, en definitiva, la diferenciación entre mutilar e inutilizar, lo que, por supuesto, no quiere decir que de aceptar la

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

(25) "Pero, en la argumentación de SUÁREZ MONTES hay una premisa que reputó con QUINTANO inexacta, a saber, la de que el "inutilizar" del párrafo segundo del 426 de 1944 abarcara otros casos que los de mutilación consentida... no permitiría interpretar el inutilizarse en otro sentido que en el de mutilar" (RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 108).

(26) Aunque RODRÍGUEZ DEVESA dice: "1.º Inutilidad por inutilización" (*ob. cit.*, pág. 106), tanto del contenido de ese título como del párrafo que le antecede se deduce que debe entenderse "inutilidad por mutilación".

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 106.

(28) Vid. Una interpretación de ambos verbos, antes de la reforma, en FERRER-SAMA, *ob. cit.*, pág. 337. SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 82 y ss. y 99 y ss. Con anotaciones críticas, DEL ROSAL, COBO y MOURULLO, *Derecho penal*, T. I. (Parte especial), Madrid, 1962; págs. 433-434. Recientemente, DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, pág. 172.

identificación y equivalencia no fuese quizá peor, y más claras, las contradicciones que serían extraídas.

b") Ni *antes*, ni *ahora*, es totalmente aceptable y satisfactoria la tesis de la equivalencia. Aunque en forma sugerida —por razones que más adelante serán desarrolladas— en otra ocasión, afirmaba: “existe fundamento para sostener que mutilar e inutilizar no se corresponden: mutilar, es una de las formas de inutilizar, pero no la única. Mutilar tiene un contenido médico legal y jurídico determinado o cuando menos determinable. Inutilizar tiene una completa significación, deparada normativamente por la legislación pertinente. (Y en nota: “el contenido del término inutilizar, forzosamente ha de ser el comprendido bajo el título de “Cuadro de inutilidades con relación a la actitud física para el Servicio Militar”, que, distribuido en tres numerosos grupos, describe el reglamento provisional de 6 de abril de 1943”). No son equivalentes: inutilizar es un *más*; mutilar es un *menos*, un modo de inutilizar” (29).

Si así eran entendidos se estaba clavando el germen de un argumento, dentro de la teoría de la incongruencia de Rodríguez Muñoz, que de ser asimilado por el legislador, haría peligrar la seductora fuerza lógica de su razonamiento. No obstante, todavía no era posible desplegarlo en su totalidad, en atención a que no podía deducirse la proposición que le dotaría de virtualidad suficiente; entonces aún se continuaría afirmando que si bien mutilar e inutilizar no coincidían exactamente, inutilizar, en efecto, comprendía la mutilación, o mejor dicho, la inutilización por mutilación y no habría más remedio que conceder que continuaba vigente la tesis de Rodríguez Muñoz (30). Sin embargo, lo anterior no era obstáculo para razonar, dentro siempre de la presente postura, que si inutilizar comprendía la mutilación, el proceso inverso no era admisible, esto es, que mutilar abarcara a *toda* inutilización y la simple lectura del reglamento de 1943 no podía ser más aleccionadora: existían infinidad de inutilizaciones que de ninguna manera consistían en mutilaciones.

Ahora bien: si se continúa la reflexión sobre ese punto, cabía advertir como inmediata consecuencia lógica, que la *autoinutilización* —que no fuese por mutilación, que se encontraba en el párrafo primero del entonces 426—, no había sido específicamente prevista. Por supuesto siempre que la interpretación dada a los repetidos verbos *fuese aceptada*. De ahí el carácter problemático que dábamos a la anterior consideración, como correspondía a un comentario de un Proyecto de Ley de Bases y de una Ley de Bases (31), aunque no por eso se olvidara afirmar “que el (antiguo) 426 deja, al menos en ese

(29) M. COBO, *art. cit.*, pág. 308.

(30) En contra, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 106 y ss. Vid. DEL ROSAL, COBO y MOURULLO, *ob. cit.*, pág. 432 y ss.

(31) Problematicidad que nacía de la doctrina que sostenía la identificación entre mutilación e inutilización, que en el texto de 1944 se prestaba a toda clase de conjeturas.

sentido, un hueco en su formulación: la *autoinutilización* que no sea mutilación —de acuerdo como ha sido entendida—, no se castiga expresamente, no está prevista por el 426 (del Código de 1944)” y una de las conclusiones propuestas era que se “constatará, de forma expresa, la *inutilización de otro* y la *autoinutilización* con la finalidad prevista” (32).

Pero ha sucedido —y esto es tan evidente que no puede ser puesto en duda—, que el legislador de 1963 en el artículo 425 ha creado, expresamente, la figura de la *autoinutilización* y eso significa que ha aceptado y hecho suya la interpretación que genéricamente se sugería al comienzo de este apartado; si así no fuese, ¿qué razón tenía para introducir la *autoinutilización*, que no consistiera en mutilarse, dentro del 425? De aquí que ahora pueda precisarse más el contenido de los dos verbos, y no de manera incierta y problemática, sino adoptando ya una definida actitud, y la razón es, en última instancia, un resumen de cuanto viene exponiéndose: *automutilarse* (que se encontraba consignado en el párrafo primero del 426 y se mantiene, asimismo, en el párrafo primero del actual 425), no es equivalente a *autoinutilizarse* (que no se encontraba expresamente previsto por el párrafo segundo del 426, pero sí por el párrafo segundo del vigente 425), pues entonces sería radicalmente absurdo se reiterara dentro de un mismo precepto. Si ya se encuentra incluida la *autoinutilización* en la *automutilación* del párrafo primero del 425, ¿por qué el párrafo segundo del mismo artículo alude a “se causare a sí mismo cualquier otra inutilidad” (*autoinutilizarse*)? Sencillamente porque *automutilarse* y *autoinutilizarse* no son expresiones con idéntico contenido; porque, en suma, *mutilar* e *inutilizar* no son, en forma alguna, coincidentes.

La cuestión, por tanto, con la modificación del 425 es distinta y puede concretarse más relacionando ambos verbos. *Mutilar* tiene el contenido asignado en los párrafos primero y segundo del artículo 419 (33), con la especialidad de que sea capaz de producir exención del servicio militar o del servicio público de inexcusable cumplimiento. *Inutilizar*, *nunca* comprenderá supuestos de mutilación y su radio de acción vendrá delimitado por las causas específicas de inutilidad en los citados servicios. Ya no puede sostenerse, como antes hacíamos, que “*inutilizar* es un más; *mutilar* es un menos”, sino que deberá afirmarse que tienen unos contornos diferentes, aunque queden unificados por una categoría superior, como es la de ser causas de exención de ciertos servicios. Operan, por tanto, sobre conductas distintas.

(32) M. Cobo, *art. cit.*, pág. 308

(33) Ahora no podrá sostenerse la afirmación de que la tesis diferenciadora, “fracciona arbitrariamente el claro tenor del (antiguo) artículo 426, que sin género alguno de duda se refiere al mismo acto, y si no se emplea otra vez el término *mutilar*, ya usado nada menos que tres veces en el texto, se debe simplemente a evitar una terca repetición” (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, página 675); lo que, sin embargo, antes de la reforma, podía ser admisible, o cuando menos, discutible.

La expresión "cualquier otra inutilidad", que emplea el párrafo segundo del 425, significa, sin duda, cualquier otra inutilidad que no sea automutilación; la expresión "o se la produjera a persona distinta", significa o le produjere cualquier otra inutilidad que no sea mutilación.

La relación comparativa —imprescindible para formular la tesis de Rodríguez Muñoz—, entre el 419 y el 425, queda *ahora* radicalmente cortada; el 425 no contempla supuestos de mutilar a otro; sólo de inutilizar a otro, *sin* que sea mutilación. No cabe, en resumen, hablar de incongruencia en la medida que ésta supone una relación que no se da entre ambos preceptos, ni por consiguiente, la primera tendrá la menor significación en orden a la relevancia o no del consentimiento.

c") Con el esquema interpretativo hasta ahora expuesto, deben estudiarse los distintos aspectos desde los que se han formulado graves objeciones al artículo 425, en referencia con el problema del consentimiento.

El primero de ellos se ha planteado así: ¿qué sucederá con el simple *consentir* en la *inutilización* para eximirse de servicios que reúnan las características exigidas por el artículo 425?

Lleva razón Rodríguez Devesa cuando afirma que esa modalidad no se encuentra expresamente prevista por el 425, a diferencia de lo que acontece con la prestación de consentimiento para la mutilación del párrafo primero del citado artículo. Rodríguez Devesa, no obstante, concluye diciendo que "la conducta ha de reputarse impune por atípica" (34).

Que, efectivamente, no se haya descrito en el 425 no significa, sin más, la impunidad; que no ocurra como con el *consentir* en la mutilación, es cierto, pues, específicamente se alude a ello en el párrafo primero del 425; pero si además del simple texto de éste, se tiene en cuenta la función desempeñada por los preceptos del Libro I del Código, y el sentido último del 425, así como su relación con otros artículos de las lesiones, habrá que concluir de manera muy diferente, esto es, negando la impunidad.

La primera observación que debe hacerse es que la prestación de consentimiento para ser inutilizado, con las finalidades legalmente formuladas, supone, en virtud de lo dispuesto por el párrafo primero del 425 (al que remite el párrafo segundo: "finalidad y resultados antes previstos"), que se haya verificado una conducta de *otro*, consistente en inutilizar a quien consiente. Esta sencilla consideración no debe ser olvidada, y el propio 425 en su párrafo segundo la recoge: "se la produjera a persona distinta *con su consentimiento*". Es decir, la inutilización de otra persona, a efectos del 425, implica, inexorablemente, que ésta haya consentido. No tiene la menor significación, dentro de este artículo, inutilizar a otro *sin* su consentimiento, si bien puede tener relevancia para una figura delictiva diferente. Inu-

(34) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 110.

utilizar a otro equivale, por tanto, a inutilizar a otro con su consentimiento. Siempre que se esté a presencia del último inciso del párrafo segundo del 425, *necesariamente* habrá *participado* (35) el inutilizado, consintiendo la inutilización. Sin embargo, existirá *un sólo delito* —y solamente uno—, *varias conductas, dos sujetos* que las realizan, siendo autónoma la dimensión *personal* de ambos que afectará a cada uno de ellos en particular, independientemente de que las acciones hayan sido declaradas, en abstracto, expresamente punibles, o de que, en forma concreta, una lo sea y la otra no (36).

De esa manera, no podrá hablarse de “participación impune” —como sucede en otros casos (37)—, pues existe base, en su *estricto aspecto legal*, para traer a colación el artículo 14 del Código penal, con la inevitable función de coordinación que desempeña, y de modo especial el número 3 de ese precepto, aunque no se desconozca que en algunas ocasiones serán también utilizables los números 1 y 2 del mismo artículo.

Rodríguez Devesa hace uso de parecidos razonamientos para resolver la cuestión de quien “mutila” a otro con su consentimiento que es, a la inversa, el problema planteado en el párrafo primero del 425: se castiga, expresamente, la prestación de consentimiento para que otro realice la mutilación, pero no específicamente ésta, *con* las finalidades previstas por el 425. Rodríguez Devesa lo resuelve de la si-

(35) El tema de la participación ha despertado escasa atención en nuestra doctrina, y menos aún la denominada impropia o necesaria. También R. DELL'ANDRO, en una interesante y exhaustiva monografía, se lamenta del poco interés demostrado por la literatura italiana y alemana (vid. R. DELL'ANDRO, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Milano 1956, págs. 141-142). La doctrina alemana ha distinguido, desde Freudenthal, entre delitos de *convergencia* y delitos de *encuentro* (vid. sobre la distinción MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 2.^a ed., trad. esp. de Rodríguez Muñoz, Madrid 1949, págs. 339, nota 10. Del mismo, *Strafrecht* (Allg. Teil) (Studienbuch), 6.^a ed. München-Berlín 1955, págs. 233-234. También del mismo, en *Strafgesetzbuch* (Leipziger Kommentar), t. I 8.^a ed., Berlín 1957, págs. 309-310. R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, t. II, trad. esp. de Córdoba, Barcelona 1962, pág. 351. BAUMANN, *Strafrecht* (Allg. Teil), 2.^a ed., Bielefeld, 1961, págs. 484-486, y la bibliografía por ellos citada. También en la doctrina italiana se acepta la distinción que es precisada y complementada por F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, 2.^a ed., Milano 1947, págs. 229).—Los últimos requieren, conceptualmente, la concurrencia de acciones recíprocas que se corresponden, sin que sean necesariamente equivalentes: el “encuentro” de las distintas actuaciones volitivas, produce el efecto de constituir el tipo (MEZGER, *Strafrecht cit.*, pág. 233. MAURACH, *ob. cit.*, página 352. GRISPIGNI, *ob. cit.*, pág. 231). Son supuestos de participación necesaria (*notwendige Teilnahme*), o especialidad del llamado delito “*plurisoggettivo*”. La modalidad citada debe ser tenida en cuenta en orden a la comprensión de la tesis sostenida en el texto, sin que sea necesario un mayor desarrollo de esta nota.

(36) Vid. en el mismo sentido, DELL'ANDRO, *ob. cit.*, págs. 158 y 164-165. R. SASSO, *Saggio in tema di reato plurisoggettivo*, Milano 1955, pág. 159. En la doctrina más reciente (vid. nota anterior), no se hace cuestión de la simultánea punibilidad, abstracta o concreta, de los partícipes, para que pueda calificarse de participación necesaria.

(37) Por ejemplo, el primer supuesto del artículo 441, e incluso el artículo 486, por sólo citar algunos de nuestro Código penal.

guiente forma: “los juristas, demasiado acostumbrados a sustituir los conceptos legales, y la vida misma, por conceptos abstractos generalizadores, parece ser que no han reparado en algo de suma importancia, a saber, que la situación fáctica en las mutilaciones consentidas no es la misma, cuando el sujeto consiente, que en otros delitos; en ellas es preciso siempre un mínimo de cooperación del sujeto que consiente para que la mutilación pueda llevarse a cabo. No se concibe una mutilación consentida sin que haya mediado un acuerdo sobre la índole de la mutilación, sin que el que aspira a que le mutile otro acuda a un determinado lugar y facilite con una serie de actos el de causarle la mutilación. El que otro ejecute materialmente el acto de mutilar constituirá en todo caso un auxilio necesario; nunca la figura del artículo 419” (38). Como es lógico Rodríguez Devesa no extrae la consecuencia de la impunidad de quien mutila a otro con su consentimiento con la finalidad de eximirse de los repetidos servicios, que incluye en el “auxilio necesario”, sino que solamente se refiere a que “la cooperación a una conducta atípica... es impune en cuanto no la castigue expresamente la ley” (39), y de este extremo nos ocuparemos también más adelante. Ahora bien: hubiese sido razonable, dentro de su línea de pensamiento, emplear el mismo esquema, con sus pertinentes variantes como es natural, al supuesto de la prestación de consentimiento para que otro inutilice, en los términos ya expuestos, desde el momento que de ninguna forma se trata de una participación en una conducta atípica: “o se la produjere a persona distinta con su consentimiento”, como textualmente dice el inciso final del párrafo segundo del 425.

La solución que proponemos no contraviene la actitud seguida por el legislador en el párrafo primero del citado artículo, ni tampoco lo que el precepto significa. Sin embargo, inmediatamente surgirá un *segundo* supuesto: ¿qué solución debe darse a la hipótesis de quien mutila a otro, con su consentimiento, *con* las finalidades previstas por el 425? ¿Por qué en este caso se ha seguido el procedimiento inverso de incriminar particularmente la prestación de consentimiento en el párrafo primero del 425, y no la conducta del que mutila al que consiente?

Para contestar la primera pregunta pueden ser empleadas fundamentalmente tres respuestas, que entre sí se excluyen: la conducta es impune; existe un “auxilio necesario” en el delito de prestación de consentimiento para ser mutilado del párrafo primero del artículo 425 (Rodríguez Devesa); aplicación del artículo 419 en el párrafo que corresponda.

La tesis de la impunidad se fundará en una argumentación puramente gramatical del artículo 425, sin tener en cuenta una serie de razones que en todo momento deben ser atendidas. De acuerdo con la interpretación de los verbos mutilar e inutilizar, excluyendo de este

(38) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 109.

(39) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 109.

último el primero, es evidente que la mutilación de otro, con su consentimiento, para evitar la realización de los servicios en cuestión, no se encuentra expresamente prevista por el artículo 425, y en consecuencia, pudiera sostenerse su impunidad. Esta forma de pensar, sin embargo, olvida tanto la función desempeñada por los preceptos del libro I del Código penal, como la relación existente entre el 425 y otros artículos del capítulo de las lesiones. Lo primero ha sido destacado por Rodríguez Devesa, pues siempre se *podría* decir que existe una participación en la figura delictiva de prestación de consentimiento, quedando así alejado el peligro de la impunidad. Aunque esta tesis sea en efecto más aceptable, no obstante dificulta un entendimiento correcto del artículo 425 llevando a consecuencias inadmisibles en orden a la cuestión del consentimiento del lesionado en general, puesto que niega todo valor interpretativo al artículo 428, y a la evidente y necesaria relación que existe entre los delitos que componen el capítulo, e incluso su bondad sería puesta en duda desde la teoría de la participación (necesaria o impropia).

Para llevar a cabo un análisis crítico de lo que pudiera denominarse “fórmula de la participación”, debe penetrarse en lo que es y significa el artículo 425 y en el diferente juego y posición de las conductas que describe. Después de la reforma de 1963 —quizá antes tampoco—, no puede afirmarse, tajantemente, que la “única” consideración “que explica la *ratio essendi* del precepto” es que “el *bien jurídico* protegido no es ya la integridad corporal o la salud, sino la potencia armada de la Nación que se debilita cuando un sujeto obligado a prestar el servicio de las armas se sustrae al cumplimiento de ese deber”, y que la acumulación de una doble infracción de bienes jurídicos, es, en definitiva, la que determina, en la estimación del legislador, la agravación de tales conductas, como sostiene Rodríguez Devesa (40). De esa forma no se distinguen dos conceptos que son utilizados de manera indiferenciada: el *bien jurídico* y el *deber*. Como en otra ocasión se ha demostrado, ambos no coinciden necesariamente (41). El segundo, incluso puede ser empleado como instrumento para encontrar el primero, pero dada su configuración estrictamente formal, normativa, no puede ser confundido con éste. Su distinción, así como la delimitación de sus funciones, es necesario aceptarla también en el caso concreto que nos ocupa.

Con independencia de la dificultad existente en precisar, de forma rigurosa, el bien jurídico en los supuestos referidos a “otros servicios” (que no sean el militar), el recurso a la “potencia armada de la Nación” no es, en verdad, aunque se admita, un medio interpretativo que ofrezca explicación suficiente a una serie de preguntas. En un

(40) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 106. También hablaba, antes de la reforma, de “atentado contra el interés comunitario defensa nacional”, SUÁREZ MONTES, *ob. cit.*, pág. 104.

(41) De gran interés la construcción de G. ZUCCALÁ, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, págs. 213-215, especialmente.

cierto sentido carece de virtualidad. Cosa bien diferente sucede si se contempla la vertiente del deber en este específico precepto (42), pues ciertamente concede un margen para observar la distinta actitud en que se encuentran los sujetos ante el 425. En dicho artículo el legislador no ha tenido en cuenta tanto la infracción de un bien jurídico, determinado o determinable, como el quebrantamiento de un deber que afecta directamente a los sujetos activos. El carácter inexorable del servicio militar, y la expresa alusión a la *inexcusabilidad* de otros servicios públicos, es suficiente para pensar en el deber que informa al 425 y que puede ser formulado en estos términos: deber de prestar servicio militar u otro servicio público inexcusable. La acentuación de este deber de ninguna forma desconocerá y desplazará la existencia del bien jurídico, pero ofrece una interesante perspectiva en la interpretación del 425. Por la especial naturaleza de éste será un deber estrictamente *personal* y que afecta, de modo directo, a aquellos que están obligados a su cumplimiento, con autonomía de la distinta base normativa desde la que puede ser exigido (43). Así entendido, por fuera de él, se encuentran quienes no están personalmente obligados a su cumplimiento. Pero también explicará los tipos que contiene el 425 y pondrá de relieve el sentido agravatorio que suponen: tanto quien se automutila, como quien presta consentimiento para ser mutilado, como el que se autoinutiliza o consiente en la inutilización (siempre en los términos del 425), se verá afectado por ese deber. No así quien mutila o produce inutilidad a otro, a esos efectos, y la última modalidad sólo queda justificada satisfactoriamente a base de pensar que el resto de los artículos de las lesiones pueden ser de alguna forma insuficientes, o bien porque se hayan tenido en cuenta otras consideraciones, ajenas al deber, lo que parece menos probable.

Una vez expuesto lo anterior, desde el ángulo concreto y personal del deber, carece de sentido plantear la cuestión de la agravación, ni tampoco de la atenuación, con referencia a los terceros que no están incluidos en el campo en que el deber opera, y, por tanto, ausentes del artículo 425. Con éste se ha contemplado por el legislador un aspecto que no está comprendido por los demás preceptos del capítulo IV, concebidos en forma de conductas que se proyectan sobre otros. Es, pues, complemento necesario de éstos. Se trata, en última instancia, del anverso y reverso de un mismo problema: la conducta de mutilar a otro, lesionar a otro (sin la menor alusión a la finalidad perseguida, y, por consiguiente, comprensiva de todas), se encuentra sancionada por los artículo 419, 420, etc.; no, sin embargo, las de causarse a sí

(42) En forma alguna supone nuestra afirmación sustituir el valor del bien jurídico por el del deber, como en épocas, afortunadamente lejanas, se propuso. Además de la *ob. cit.*, en la nota anterior, en la que se lleva a cabo un riguroso estudio de la cuestión, vid. el planteamiento actual que se hace por T. WÜRTEMBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, Karlsruhe 1957, págs. 47-56, y la bibliografía allí citada.

(43) Que puede ser diferente en atención a la amplitud que ahora tiene el artículo 425.

mismo la mutilación, la lesión-inutilización, o la simple inutilización, y por esto el legislador se ha visto obligado a incriminarlas específicamente, poniendo de relieve el deber que les da sentido, y elevando, incluso, formas de participación a la categoría de conductas principales. No existirá así inconveniente en sostener que quien presta consentimiento para ser inutilizado con las finalidades expresadas, participa, conforme veíamos, en la comisión del *delito* del último inciso del artículo 425. Pero el mismo esquema no puede ser empleado para resolver el supuesto de quien mutila a otro que ha consentido con idénticas finalidades, pues esa forma de "participación" en el segundo delito ("prestare su consentimiento para ser mutilado"), constituye ya un delito diferente (mutilación del artículo 419 en el párrafo que proceda). No es, por tanto, que participe en la comisión de un delito, sino que al participar de esa manera está realizando *otra* figura delictiva, expresamente descrita, lo que de ningún modo cabe afirmar en la prestación de consentimiento para ser inutilizado. Sucede, en consecuencia, que en tales casos son dos los tipos verificados: el artículo 425 ("el que prestare su consentimiento para ser mutilado"); y el artículo 419, por lo que se refiere a quien mutila. Este, dada su amplitud ("la mutilación... ejecutada de propósito" o "cualquier otra mutilación"), comprende en principio todas aquellas conductas que consistan en mutilar, sin tener en cuenta la finalidad que con ello se persiga, que por ahora resulta irrelevante.

d") Si así es entendido el 425, y así resueltas las hipótesis que han sido planteadas, no podrá decirse que todo sigue igual que antes de la reforma y que si no mediare "el fin de eximirse del servicio militar" (o de otro servicio público de inexcusable cumplimiento, podemos añadir), "la conducta es impune por ser participación en un acto atípico", para concluir que las "lesiones consentidas, cuando realmente el consentimiento no está afectado de ningún vicio que lo invalide están al margen de la problemática del consentimiento, puesto que se trata en ellas de autolesiones impunes y de una cooperación a conductas atípicas" (44), con lo que de nuevo resultaría plenamente "relevante" el consentimiento del lesionado. Resumiendo nuestra posición lo anterior no es factible por lo siguiente:

a") No puede ser aceptada la identificación de autolesión y automutilación, con el simple prestar consentimiento para ser mutilado o lesionado. En el estricto terreno fáctico la diferenciación es tan patente que no necesita mayor demostración: una cosa es consentir en la lesión o mutilación, y otra, producirselas a sí mismo. No obstante, que cuando falte determinada finalidad dichos actos sean atípicos, no significa que la participación en ellos también lo sea, pues pudiera ocurrir que ella, por sí misma, constituya otro delito. Pero además la atipicidad de las mutilaciones-lesiones consentidas se deduce, pre-

(44) RORÍQUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 109 y 123. También sostiene la tesis de la atipicidad, con las peculiares variánte del razonamiento, QUINTANO RIPPOLLÉS, *Tratado cit.*, págs. 669 y sigs.

cisamente, de razones que se encuentran por fuera de los tipos respectivos; es decir, por entender que constituyen participación en unas conductas atípicas —y, por tanto, no comprendidas por el articulado de las mutilaciones y lesiones—, se extrae la citada consecuencia. Sin embargo, sigue sin demostrar, por ejemplo, que el tipo del 419 requiere la ausencia del consentimiento del mutilado o la voluntad contraria de éste, para que estemos a presencia de una mutilación típica. ¿Cómo pueden fijarse las características de un tipo con fundamento en conductas que de antemano se acepta que no están descritas por él? Es más: ¿cómo puede olvidarse la expresión “aún cuando mediere consentimiento del lesionado” del artículo 428 que opera sobre los distintos preceptos del capítulo IV?

b'') Que realmente mutilar o lesionar a otro con su consentimiento, sea distinto a mutilar o lesionar sin éste, no tiene importancia en orden a la calificación de *típica* de la conducta, desde el momento que el tipo se agota, simplemente, con la mutilación, y no exige, en forma alguna, una voluntad contraria como pudiera suceder en otros delitos (45). La mutilación consentida y la mutilación sin consentimiento del mutilado, tienen un eje común: que ambas son mutilaciones, y por consiguiente, susceptibles de ser típicas; o más aún, que ambas lo son. La descripción que lleva a cabo el artículo 419 es tan amplia y genérica, que todas las modalidades imaginables de “mutilar” pueden ser incluidas en ella. Es, sin duda, el tipo quien describe las conductas y no las “conductas” las que describen al tipo, y cuando aquél normativamente no exige especiales y determinadas características éstas no serán deducidas, y menos exigidas, por la consideración de que existan diferentes modalidades de aquéllas. La mutilación del 419 comprende todas las formas de mutilar: tan mutilación es la consentida, como la que no lo es, en el estricto ámbito de la conducta típica.

c'') Cuanto se ha dicho acerca del artículo 425 ofrece fundamento para sostener las afirmaciones anteriores, que no contradicen el principio general enunciado por el artículo 428 —que no puede ser ignorado—, como sucederá si ahora se mantuviera la tesis de la “relevancia”.

d'') Que no se haya modificado el antiguo artículo 427, que pasa íntegramente a ser el actual artículo 426, constituye clara inconsecuencia, y compartimos la opinión de Rodríguez Devesa en este sentido, pues su reforma es necesaria en atención a las innovaciones introducidas en el texto del vigente artículo 425 (46).

c) De nuestro examen extraemos una conclusión con validez general: la interpretación del artículo 425, y la distinta relación de éste, no conduce forzosamente a la afirmación de la relevancia del consentimiento, ni tampoco legitima su formulación, que sería contraria a la cláusula general del artículo 428.

(45) Por ejemplo, el párrafo primero del artículo 440, el artículo 480, el artículo 490, el artículo 496, el número 1 del artículo 514, etc.

(46) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 110-111.

IV) CONSENTIMIENTO EN LAS LESIONES Y "EJERCICIO LEGÍTIMO DE UN OFICIO" DEL NÚMERO 11 DEL ARTÍCULO 8. DELIMITACIÓN DE FUNCIONES. VALOR DEL CONSENTIMIENTO REFERIDO A LA ANTERIOR EXIMENTE

El presente análisis, en realidad, terminaría con la conclusión de que la relevancia del consentimiento no puede deducirse con fundamento en los artículos 425 y 426, ya que éste es el punto concreto propuesto para su desarrollo. Por esa razón ha versado, muy especialmente, en la postura que, con posterioridad a la reforma, adoptaba la tesis afirmativa (47). No obstante, ofrecemos *una* solución que comprende algunas hipótesis en las que, sin lugar a dudas, se planteará ciertamente la cuestión del consentimiento del lesionado.

Como es natural si se le niega virtualidad deberán encontrarse soluciones legales a los diferentes supuestos, adquiriendo entonces gran importancia la interpretación del número 11 del artículo 8 del Código penal (48). No trataremos de resolver el variado casuismo que realmente se presenta, que estaría al margen de la finalidad de esta contribución. Únicamente señalamos una línea interpretativa —dejando para otra ocasión un estudio exhaustivo de los múltiples casos imaginables—, con la que delimitar la relación entre el consentimiento y la eximente número 11 del artículo 8. Este aspecto cabe centrarlo así: aceptado plenamente el artículo 428, ¿no es cierto que, en principio, sería injusto que una determinada serie de hipótesis, conformadas en torno al consentimiento, fuesen, sin más, punibles? ¿Qué solución puede ofrecerse? ¿Qué valor y extensión debe darse al número 11 del artículo 8? ¿Desempeña alguna función, dentro de él, el consentimiento? ¿Fija algunos límites este último a la citada eximente, y de forma especial, al legítimo ejercicio de un oficio?

Si hacemos abstracción de las diferentes situaciones que pueden ser resueltas con el número 7 del artículo 8 (estado de necesidad), número 8 del artículo 8 (caso fortuito), y la posibilidad de emplear las formas de culpabilidad (dolo y culpa), se observa en la doctrina que el número 11 del artículo 8 ha sido utilizado, junto con el consentimiento —o al menos, se ha tenido en cuenta (49)—, en la resolución de deter-

(47) Por ser, lógicamente, obligada toma de posición antes de llevar a cabo un tratamiento total de los diferentes temas.

(48) A diferencia de lo que antes de la reforma apuntaba QUINTANO RIPOLLÉS: "la trascendencia que en determinados sectores de la opinión española e hispanoamericana se pretende otorgar a lo profesional a expensas del consentimiento, queda en la realidad bastante minimizada, acreditándose más bien que lo contrario es cierto" (*Tratado cit.*, pág. 679).

(49) Vid. para el distinto valor de las soluciones apuntadas en primer lugar, QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, págs. 677 y sigs. Una posición intermedia es admitida por DEL ROSAL: "puede hallarse una explicación satisfactoria, o mejor aún, justificativa, en base a conjugar, de un lado, el ejercicio de un derecho profesional, y de otra parte, el consentimiento del paciente" (*Derecho penal español*, t. I (Parte General), 3.^a ed. Madrid 1960, pág. 336). De gran interés la tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA de que el consentimiento puede ser con-

minados supuestos de lesiones-mutilaciones. En alguna ocasión se ha partido de una cierta incompatibilidad en el sentido de estimar que, afirmando, por ejemplo, el legítimo ejercicio de un oficio (50) —que es el extremo que aquí interesa precisar—, se estaba negando simultáneamente toda función y valor al consentimiento. Esta forma de pensar, quizá obedezca a una interpretación que contradice el propio número 11 del artículo 8, y sobre todo, la realidad que el mismo contempla. Otras veces, se ha sostenido el valor justificante del consentimiento, como principio autónomo, deducido de los artículos de las lesiones, y usado indistintamente con el número 11 del artículo 8. De forma particular se ha prestado a tales consideraciones el tema del tratamiento médico, con o sin finalidad curativa (51). Así, puede razonarse: tratamiento médico, contrario a la libre y normal determinación de voluntad del paciente, incluso de acuerdo con la *lex artis*, con independencia de que fuese un delito de los capítulos I y IV del Título XII del Libro II del Código, en su caso, sería también delito de mutilaciones-lesiones, si éstas se produjeren, en atención a no haber sido consentidas. El mismo tratamiento, consentido por el lesionado, sin causa alguna que lo invalide, no generaría responsabilidad penal. Consecuentemente, el consentimiento justifica. Más aún: las lesiones-mutilaciones consentidas, necesariamente serán impunes, radicalizarían algunos. El principio *volenti non fit iniuria* cobraría en las lesiones su total eficacia.

Sin embargo, la anterior formulación no es absolutamente cierta, sino que está sujeta a determinadas limitaciones, provenientes de la naturaleza del ejercicio legítimo de un oficio del número 11 del artículo 8.

La primera premisa que debe ser tenida en cuenta, y de la que partimos, es, conforme se ha mostrado, que el consentimiento, por sí mismo, no exonera, en todo caso, de responsabilidad criminal, es decir, que carece de eficacia justificante, entendido en forma autónoma. De ninguna manera podrá ser alegado, con virtualidad propia, como presunta causa de justificación suprallegal, derivada de una interpretación (?) de los artículos que componen el capítulo de las lesiones, por las razones ya expuestas y por la inevitable vigencia del artículo 428.

A pesar de ello el consentimiento del lesionado, con ciertas precisiones, desempeñará en algunos casos un valor que denominaremos *indirecto* en orden a la justificación de quien mutila o lesiona a otro, y precisamente será en el seno de la eximente citada, "ejercicio de un oficio", que es objeto de estas consideraciones. Quizá porque ya se han vaticin-

dicionante de la "oportunidad" (*ob. cit.*, págs. 660 y 677). Junto a la eximente número 11 del artículo 8 también se tiene en cuenta el consentimiento, como requisito, por CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, págs. 366-367.

(50) Se prescinde del extremo de si es o no superfluo por encontrarse dentro del ejercicio de un derecho, como admite ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Parte General), Madrid 1949, pág. 252. Vid. DEL ROSAL, *ob. cit.*, pág. 335. Con independencia de lo anterior, parece que en tales casos se aludirá al aspecto referente al oficio, ya que aun cuando pueda ser superfluo, necesariamente debe constarse con su existencia legal.

(51) Vid. abundante bibliografía, por ejemplo, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *ob. cit.*, págs. 572-573 y 652-654. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, págs. 661-662.

nado por Quintano Ripollés “dificultades en la práctica” en inmediata referencia con el tratamiento médico-quirúrgico —pues el mismo autor aún admitiendo la disparidad del consentimiento en relación con las *lesiones deportivas* apunta, al contestar objeciones de Cuello Calón y Jiménez de Asúa, y referirse al número 11 del artículo 8, que “comprendiendo la aludida circunstancia el ejercicio de un derecho, lo es sin duda el de las prácticas y juegos deportivos, que serán *oficio* para los profesionales, pero *derecho* para los demás. Con todo y con eso, la aplicación de la eximente mencionada produciría los mismos efectos que la extralegal del consentimiento, con mayor facilidad dogmática por su constancia previa en el texto legal” (52)—, es por lo que conviene no perder de vista dicho supuesto en este apartado.

Una vez más deberá partirse del artículo 428. Este ordena, tan sólo, que las penas señaladas en las disposiciones del Capítulo IV se impondrán en sus respectivos casos, aunque mediere consentimiento del lesionado. Lo único que imperativamente preceptúa es que, a pesar del consentimiento, la conducta será castigada con la pena correspondiente, pero no niega, en absoluto, la vigencia de normas generales justificadoras. El artículo 428 deberá ser entendido como prohibición legal de que el principio de la eficacia del consentimiento sea alegado para eximir de responsabilidad criminal —de acuerdo con la terminología de nuestro Código—, y por supuesto deja subsistentes las diversas causas que normalmente, y con virtualidad genérica, pueden operar en ese sentido. Incluso más: si alguna de éstas, en concretas situaciones, se fundase en el mismo consentimiento, el 428 no supondrá el menor obstáculo para su admisión, siempre y cuando existan todos y cada uno de los requisitos que necesariamente deba reunir. El 428, por tanto, niega expresamente el *volenti non fit iniuria* en las lesiones-mutilaciones, aunque no veda —sería totalmente absurdo que lo hiciera—, la posibilidad de argumentar, por ejemplo, con fundamento en causas de justificación que necesiten, para que de ellas pueda hablarse, la presencia del consentimiento.

Si el artículo 428 concede margen para la anterior tesis, la cuestión podrá ser solucionada en los límites del número 11 del artículo 8, y en cuanto a él se refiere, con posibilidades de éxito. Debe advertirse que éste, en ocasiones, será empleado referido al ejercicio de un oficio, sin que suponga un total desconocimiento de la voluntad del paciente, pongamos por caso. No tiene el menor sentido llevar el razonamiento a situaciones límites, mediante sofisma superficial, y afirmar que el médico que amputa o produce lesiones determinadas contra la voluntad de un presunto paciente, estaría a cubierto de responsabilidad criminal por encontrarse; sin más, en el ejercicio de su oficio de cirujano, y por tanto, dentro del número 11 del artículo 8. Pensar de esa manera, y justificar al médico por el solo hecho de serlo —ni siquiera en relación

(52) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, pág. 695. Vid. también, del mismo, *La reforma del Código penal español. Texto del proyecto y breve glosa*, en ADPCP, 1961, pág. 458.

con el vocablo "cargo" es factible—, conduce inexorablemente al absurdo de concederles una patente de corso, una absoluta impunidad, en la medida que podrían intervenir a cualquiera con la única limitación (?) de que ellos así lo estimasen.

A nadie se le ocurrirá negar que en tales hipótesis el médico no podrá ampararse en el número 11 del artículo 8, o sea, que ejercite legítimamente su profesión de cirujano. Desde varios puntos de vista se contradice, *sin* salir de la propia eximente, y *con* fundamento en su naturaleza. Ejercicio legítimo de un oficio significa no sólo que potencialmente, en abstracto, pueda practicarse por reunir determinadas condiciones académicas, estatutarias o administrativas, sino que, en concreto, se encuentra también legitimado para su ejercicio (53). Como presupuesto de la práctica de ese oficio preséntase la ineludible exigencia, salvo excepcionales casos de necesidad que no interesan ahora, de que haya sido requerido, en forma suficiente, para que *verifique* su profesión. En caso contrario, no cabe decir que su actuación se mueva dentro de los cauces legales del ejercicio de la medicina, que de ninguna forma tiene carácter absoluto e impositivo.

Si así es, se pensará, sin duda: ¿no se está ya justificando mediante el consentimiento?, ¿no se contradice cuanto ha sido afirmado acerca de su ineficacia?, ¿cómo encontrar una solución que satisfaga ambas posiciones?

De acuerdo con la interpretación del artículo 428, las citadas preguntas son contestadas sin incurrir en evidente contradicción.

Es muy cierto que la base de la relación médico-paciente tiene un marcado "fondo contractual" (arrendamiento de servicios), como correctamente subraya Rodríguez Devesa (54) —con independencia de los distintos casos en que pudiera no existir—, y que, entonces, el consentimiento del segundo constituye indeclinable presupuesto para la práctica profesional del primero. No obstante, el consentimiento, o mejor, la voluntad del paciente, se proyecta en la asunción de los riesgos que comporta la intervención médica, es decir, que acepta ser tratado médicamente, admitiendo el resultado "eventualmente" (55). Ahora bien: ese consentir la intervención médica, ese requerimiento, en definitiva, es requisito para que el legitimado a practicar la cirugía, lo haga en el caso concreto, de suerte que si se produce un resultado adverso e hiciese uso del número 11 del artículo 8 necesariamente tendrá que comenzar afirmando la existencia del mismo, entre otros extremos, dentro de las hi-

(53) Caen por fuera del ejercicio legítimo "los supuestos en que se ejercita un derecho sin hacerle discurrir por los cauces legales" (DEL ROSAL, *ob. cit.*, pág. 334). También se afirma por FERRER SAMA lo siguiente: "no creemos que el cirujano que practique la operación pueda incurrir en responsabilidad penal, no por razón del consentimiento de la víctima, sino por virtud de la eximente del apartado 11 del artículo 8, en cuya circunstancia eximente, eso sí, el consentimiento es elemento esencial" (*ob. cit.*, pág. 343). En sentido parecido DÍAZ VALCÁRCEL, *ob. cit.*, pág. 182.

(54) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 126.

(55) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 126.

pótesis aquí estudiadas. Sin embargo, no podrá razonar diciendo que el consentimiento del paciente le libera de toda responsabilidad, pues estaría en contradicción con la tesis mantenida por nuestra legislación penal. Pero sí podrá decir que actuaba en legítimo ejercicio de su oficio, independientemente de que su intervención haya sido *correcta*, esto es, adecuada a la *lex artis*, lo que sería problema diferente a resolver en instancia distinta a la aquí desarrollada.

De acuerdo con lo expuesto, no es posible sostener que "lo que excluye la antijuricidad en el tratamiento médico es el consentimiento del paciente" (56), pues significaría clara contradicción con la postura mantenida por nuestro derecho positivo. La causa de justificación es, simplemente, por el contrario, la prevista por el número 11 del artículo 8, conforme venimos exponiendo, pero no el consentimiento. Este no desempeña de por sí función justificante, sino que posibilita la alusión al ejercicio legítimo de un oficio; no es una causa suprallegal (!) de justificación, sino que opera a través de la señalada por el número 11 del artículo 8.

De ese modo no se niega radicalmente todo valor al consentimiento, ya que tiene, sin duda, una función sumamente importante referida a la aplicación del anterior extremo de la eximente: se reconduce así, normativamente, quedando implicado en un concreto texto legal. En relación con él desempeña el consentimiento un papel determinado, pero no autónomamente. No estará en contradicción con el principio general formulado por el artículo 428, ni tampoco con la interpretación dada a los artículos de las lesiones, que no menoscaban la eficacia de normas generales que eximen de responsabilidad criminal. Pero adviértase, por último, que no es el axioma *volenti non fit iniuria* el que despliega su total y absoluta eficacia, sino una causa de justificación, *legal* y claramente establecida, que absorbe dentro de sí, como un requisito inevitable, la existencia de la declaración de voluntad del lesionado en los términos ya expuestos, sin tratar específicamente la situación en que sea suficientemente *súplida*.

No es, en consecuencia, que el consentimiento tenga relevancia justificante: solamente se le asigna una concreta función en determinados casos. Quizá sea ésta una solución, entre otras, que en un cierto sentido, salve "el tenor tan inoportunamente imperativo" (57) del nuevo artículo 428.

(56) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 126. En el mismo sentido ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, págs. 257 y 260. En contra, y por consiguiente, de acuerdo con la tesis aquí sostenida, FERRER SAMA, *ob. cit.*, pág. 343.

(57) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado cit.*, pág. 699.

SECCION LEGISLATIVA

Ley orgánica de la jurisdicción tutelar de menores de Costa Rica, de 20 de diciembre de 1963. (Gaceta de 9 de enero de 1964)

JOAQUIN BASTERO ARCHANCO
Profesor Adjunto de Derecho Penal
Universidad de Zaragoza

En este mismo ANUARIO, en el año 1957 (pág. 125), nos ocupábamos de la entonces recién promulgada Ley de Defensa Social de Costa Rica y al comentarla destacábamos la coordinación de diversos Organismos y entre éstos nos referíamos al Patronato Nacional de la Infancia.

La mencionada República Hispanoamericana, en 21 de agosto de 1941, promulgaba un nuevo Código penal, que en su artículo veinticinco señala la inimputabilidad de los actos del menor de diecisiete años.

El Código de Policía de Costa Rica, de igual fecha que su Código penal, —mantenedores ambos de una trayectoria dualista o armónica— articula en líneas generales el tratamiento al menor delincuente, encomendándolo a la corrección doméstica o confiándolo a una familia, si se diese el abandono y siempre que no haya cumplido trece años de edad, sin descartar la posibilidad de internamiento en establecimiento benéfico o reformatorio.

El propio Código de Policía, para los menores caídos entre los trece y diecisiete años, mantiene el anterior criterio, ampliando la posibilidad de internamiento en reformatorios con duración determinada entre un mes y dos años, sistema de fijación de la medida, al menos en sus límites extremos, no siempre aceptable en la tutela de los menores. La coincidencia de esta situación privativa de libertad con el cumplimiento de la edad de los diecisiete años por el menor recluso, se resuelve con su traslado respectivo, según el sexo, a una sección especial de la Penitenciaría Central o a una cárcel femenina, decidido ello por el Consejo Nacional de Prisiones.

El Código de Policía, a que nos referimos, coordina las funciones del referido Consejo Nacional de Prisiones, con el Patronato Nacional de la Infancia, ya tenido en cuenta por la Ley de Seguridad Social, inicialmente recordada.

La nueva Ley orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores es de 20 de diciembre de 1963.

Las disposiciones del Título Primero de la Ley, son de amplio carácter general, confirman la edad de los diecisiete años, como límite máximo para la intervención de la Jurisdicción Tutelar de Menores, siendo de su exclusiva competencia la aplicación de las medidas en pro de la readaptación moral y social del menor.

Excesivamente hermético a fuerza de legalista, es el artículo segundo de la Ley, al referir la competencia de la Jurisdicción Tutelar a la comisión de delitos, cuasidelitos o faltas, cuando la flexibilidad del procedimiento tutelar, debiera extenderse no sólo a la misma peligrosidad propiamente delictual, sino a aquellas otras situaciones, no menos peligrosas, por ser pre-delictuales, cuando el menor arrastra vida de vicio, vagancia, abandono... etc. Es en definitiva labor francamente tutelar, a fuerza de profiláctica.

Laudable es la prohibición que la Ley garantiza para todo menor sometido a custodia, respecto a su internamiento en establecimientos o lugares destinados al mismo fin para mayores de edad.

La acción civil, aun en caso de inimputabilidad del menor, queda en pie, con recto criterio jurídico, siendo susceptible de exigírseles tras el propio menor, a los padres, tutores o guardadores en manifiesto caso de culpa *in vigilando* al probarse que podían haber evitado el daño o que descuidaron notablemente la guarda del tutelado.

El secreto, básico y esencial en materia de tutela de menores, se impone para el Registro Judicial de Delincuentes, así como para toda clase de autoridades administrativas o de policía, salvo los datos exclusivamente estadísticos remitidos por los Jueces Tutelares al Registro antes mencionado.

La Organización administrativa, se cifra en los Jueces Tutelares de Menores y en los Tribunales Superiores de Familia, por organizar estos últimos, existiendo en cada Juzgado, además del personal administrativo, un Departamento de Servicio Social y otro Clínico. Es competencia del primer Departamento, el estudio social de los menores, realizar los estudios que le requiera el Departamento Clínico, participar en el tratamiento social de los menores, intervenir en las actividades preventivas y cumplir las funciones que le asigne la Ley o el Juez le encomiende.

Al Departamento Clínico corresponde: Efectuar los estudios referentes a menores que el otro Departamento le encomiende, participar en la terapéutica de los menores, rendir dictámenes al Juez, mas las funciones legales de su competencia.

Los precitados Departamentos, son los medios auxiliares e imprescindibles del Juez en sistema unipersonal y en defecto de Tribunal, que bajo la coordinación Presidencial recogen colaboraciones Jurídicas, sociales y clínicas en su doble cometido psicológico y psiquiátrico.

El Título II de la nueva Ley Tutelar de menores de Costa Rica, con expresión un tanto procedimental, «De los juicios tutelares», no deja de recoger materia en realidad sustantiva. Así, comienza refiriéndose a las «Medidas Tutelares», susceptibles de imposición y que son: a) Amonestación; b) Libertad asistida; c) Depósito en hogar sustituto; d) Colocación en trabajo u ocupación conveniente; e) Internamiento en establecimientos re-educativos y f) cualquier otra medida que el Juez considere conveniente para el menor.

Si interesante es la descripción legal de cada una de las referidas «Medidas Tutelares», no es menos interesante y certero cuanto el texto de la Ley previene, sobre la aplicación de dichas medidas. Así encontramos normas preparatorias del menor, en caso de internamiento, para su adap-

tación a la libertad, durante tres meses al menos antes de decretarla y la aplicación de cualquier medida tutelar, estará supeditada al previo diagnóstico del sujeto a tutela, teniendo en cuenta su personalidad, posibilidades de rehabilitación y la naturaleza y gravedad de los hechos cometidos.

La indeterminación en la aplicación de las medidas, de cuya ausencia, al menos en términos extremos, nos lamentábamos al aludir al Código de Policía de Costa Rica, publicado en 1941, hace acto de presencia en el sistema aplicativo de las mismas al menor caído, supeditando su duración a los resultados obtenidos en el tratamiento, sin más limitación que la mayoría de edad alcanzada por el encartado.

La vigencia de una medida tutelar, una vez dictada, no tiene nada de rígida e invariable, al poder ser modificada o suspendida por el Juez que la dictó.

La flexibilidad y el sentido humano que caracteriza la aplicación de medidas tutelares a los menores, encuentran su máximo grado de perfección, al entroncar en la nueva Ley, sistema tan progresivo como la intervención del Juez en la misma ejecución penal. Constituye obligación para los Jueces, visitar, por lo menos una vez a la semana, los establecimientos de internamiento de los menores tutelados bajo su jurisdicción, investigando sobre la aplicación de las medidas y resultados obtenidos. Cada visita debe ser objeto de levantamiento de acta.

Dentro del Título II de la nueva Ley, que comentamos, se recoge la materia procedimental, cuya regla general para promover la actividad de la Jurisdicción Tutelar es la de oficio, sal los delitos o faltas que la legislación común estima como privados. Criterio que no compartimos, pues la regeneración moral del menor, debe lograrse en evitación de que germine el futuro delincuente, cualquiera que sea la conceptualización que de los hechos cometidos, pueda tener el Código penal común.

El enfoque y apreciación de las infracciones, con criterio más social que legal, la estimación por el Juez y en conciencia de las motivaciones observadas en el menor, los principios de equidad en que deben basarse sus resoluciones, el procurar inspirar al tutelado, siempre, la debida confianza, el huir de la rigidez indogatoria, sin certeros principios que inspiran el procedimiento en la Ley y que denotan el alejamiento preciso y necesario de ésta a la rigidez de las formas procesales.

Contradice, un tanto, el que un procedimiento como el tutelar de menores, basado en normas de especialización, comprensión y equidad, cual las precedentes, admita la segunda instancia, según lo hace la Ley de Costa Rica, al menos en casos excepcionales, entre otros, al no constituir los hechos imputados al menor, delito, cuasidelito o falta —mal entendido legalismo— o cuando medie perdón de la parte ofendida o exista prescripción —indiscutible traba a la labor de readaptación moral o social—.

El tercero y último de los Títulos de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores de Costa Rica, es de forzosa adaptación al nuevo sistema, con las modificaciones que el mismo implica, de la ley Orgánica del Poder Judicial, del Código de Procedimiento penal, del mismo Código penal sustantivo, así como de los Códigos Fiscal y de Policía.

Son los precedentes, aquellos rasgos más acusados, de la comentada Ley, que si bien supone notable progreso respecto a la legalidad anterior, no deja de mostrar vestigios que poco pueden favorecer la precisa flexibilidad de un Juez Tutelar, en su elevada misión de readaptar a la vida social al delincuente precoz.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Del parricidio culposo

JUAN DEL ROSAL

Catedrático de Derecho Penal de la
Facultad de Derecho de Madrid
y de la Escuela Judicial

SUMARIO: I. De los «hechos probados».—II. De la Sentencia de la Audiencia.—III. La impugnación de ésta.—IV. Breve análisis de la Sentencia dictada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

I. DE LOS «HECHOS PROBADOS»

La sentencia, de 28 de septiembre del año en curso, sienta como probados los hechos siguientes:

Probado y así se declara, que como consecuencia de haber adquirido el procesado Manuel Hernández García por compraventa, la misma finca que de una tahulla aproximada de cabida, llevaba en arrendamiento su padre, Antonio Hernández López, en esta capital, barrio de San Benito, frente a la vía, cuya finca se negaba a distribuir entre sus hermanos, según insistentes deseos de su referido padre, se creó entre el primeramente mencionado y el resto de los familiares, una situación de acentuada tirantez que ya venia sosteniéndose desde hacía unos cuatro años con frecuentes discusiones y altercados por tal motivo, y así las cosas, el 21 de agosto de 1961, al anochecer, el procesado de referencia que vivía en la casa contigua a la de sus padres, en la misma tahulla, dicha al comienzo, en la calle dio un puntapié a una hija suya de cuatro años, a la que culpaba de haberle extraviado una tabla para cortar hierba que necesitaba en aquel momento, siendo tal acto motivo de recriminaciones por parte de los padres del procesado que estaban presentes, con lo que quedaron excitados el padre y el hijo, como otras tantas veces había sucedido, entablándose entre ambos una discusión en el transcurso de la cual el procesado dio un empujón a su padre, anciano de setenta y ocho años y de complexión acusadamente débil, que le hizo caer al suelo, de donde le levantó, metiéndose el procesado en su casa y acudiendo a las llamadas de la madre, la hoy querellante, Juana María García Nortes, su convecino, Mariano Polluelo Alburquerque que trató de apaciguar al anciano, y encontrándose reunidos de pie, el matrimonio con el citado convecino, salió de nuevo el procesado con un serón lleno de hierba para darla a los animales y al pasar junto a su padre, éste todavía excitado por lo acabado de ocurrir pretendió coger a su hijo por los hombros, y al impedirle el procesado, volvió a caer el padre al suelo. Como consecuencia de las dos caídas sufrió la fractura de seis

costillas y del cuello del femur, localizadas todas en el lado izquierdo, siendo días más tarde trasladado al hospital donde falleció el 5 de septiembre siguiente a consecuencia de un proceso de anteritis hemorrágica y de otro bronconeumónico, como cuadros patológicos terminales, provocados mediata-mente por las lesiones traumáticas sufridas. El interfecto, por su edad sénil, presentaba una marcadísima osteoporosis que facilitaba notablemente las fracturas sufridas.

II. DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA

El Tribunal «a quo» estimó que la relación circunstanciada de los hechos transcritos eran legalmente constitutivos de un delito de parricidio, del artículo 405 del Código penal vigente, con la atenuante muy calificada cuarta del artículo 9.º de idéntico cuerpo punitivo y reputando autor del mismo al procesado, condenándole a la pena de seis años y un día de prisión mayor, y accesorias consiguientes, con abono, en concepto de indemnización, de cuarenta mil pesetas.

Y una vez más y ante la excesiva rigurosidad del precepto penal aplicado se invocaba, en lo menester, el bien alabado párrafo segundo del artículo segundo del Código penal vigente, «dado el grado de malicia y la desproporción entre los actos del procesado y sus resultados, elévese exposición al Gobierno a los fines procedentes.»

III. LA IMPUGNACIÓN DE ÉSTA

Que el primero de los motivos se articula, al amparo del número 1 del artículo 851 de la ley de Enjuiciamiento Criminal por cuanto no se expresan claramente los hechos probados, el segundo, fundado en el número 1 del artículo 849 de la misma Ley rituaria, ya que se estima la concurrencia del caso fortuito, del número 8 del artículo 8.º del Código penal vigente; el tercero de los motivos es radicado en la carencia de voluntariedad, del párrafo primero del artículo 1, en referencia con el artículo 405, ambos del mismo ordenamiento positivo penal.

El Ministerio Fiscal en el trámite de instrucción se opuso a la admisión del meritado recurso, por creer que no se respetaban los hechos, incidiendo, a su juicio, en la causa de inadmisión del número 1 del artículo 884 de la ley de Enjuiciamiento Criminal. Igualmente en el acto de la vista el Ministerio público se opuso.

IV. BREVE ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia decretada por la más alta sala del Tribunal de la Nación inadmite la existencia del quebrantamiento formal, invocado en el número 1 de los motivos enhebrados, pero, sin embargo, acogiéndose a una tradición no reiterada, cuanto debiera, pone los puntos sobre la polemizada

tesis, de la concurrencia del reproche culposo, en la realización del parricidio, doctrina que hace tiempo fue largamente comentada por nosotros y que de nuevo reaparece, enraizada más que en motivos de carácter técnico, en consideraciones de orden práctico-criminal que ya fueron traídas a la Sentencia, por la Audiencia que conoció del hecho y que el recurrente, en las configuraciones de los motivos de casación, acentuó en punto a la inexistencia de la figura del parricidio, si bien una vez más, son razones sentadas en la contemplación jurisprudencial en cuanto a la culpa y al límite de ésta, en el caso fortuito, las que llevan a la par a sostener la postura del parricidio culposo. Veámoslas.

«Que de la relación fáctica está totalmente ausente el propósito de causar un mal propiamente dicho, requisito indispensable para calificar un delito como doloso y para la apreciación de la atenuante de preterintencionalidad y se destaca, en cambio, una conducta del recurrente no sólo irrespetuosa para con dos de sus familiares más allegados y para sus respectivas edades extremas de cuatro y de setenta y ocho años, sino de absoluta imprevisión de las consecuencias previsibles que en el anciano se produjeron al recibir un empujón cuya mayor o menor violencia no consta, pero que le hizo caer y al sufrir una nueva caída cuando momentos antes trataba en vano de imponer sus manos sobre los hombros del recurrente en un ademán de dignidad paterna ofendida, todo lo cual es inseparable del fatal desenlace que la conducta del recurrente produjo como causa inicial y obliga a conjugar el artículo 8.º, circunstancia 3.ª del Código que exige la falta de intención y de culpa, con el artículo 64 del mismo Código por lo que procede estimar en parte el primer motivo del recurso de fondo alegado al amparo del artículo 849, número 1 de la ley de Enjuiciamiento Criminal.»

La lectura atenta y detenida del «considerando» transcrito nos evidencia:

a) Cómo se ha entendido certeramente la puesta en práctica de la preterintencionalidad, prevista en el artículo 9, circunstancia 4 del Código penal, puesto que la Jurisprudencia, en otras muchas ocasiones, la aplicó en forma de correctivo, como es sabido, de la excesiva pena, dando lugar a un homicidio preterintencional, que contradice la pureza metódica con que está redactado el precepto de la atenuante precitada.

b) Ya es discutible que la falta de respeto llega a ponernos sobre la pista de la carencia de previsión, puesto que ésta, por sí sola, no integra la culpa, sino tan sólo el elemento subjetivo, pues amén de aquella, se requiere que el evento fuera evitable. En el supuesto actual es polemizable que exista una impresión cualificada, cual se demanda en la culpa penal, puesto que, si bien es cierto que las edades extremas de sus parientes pueden ser reveladoras de esta imprevisión, tampoco es menos cierto que el argumento es reversible, si se piensa en que el vínculo consanguíneo aleja, a veces, que se estime la imprevisión, máxime cuando ésta había de ser sumamente cualificada, habida cuenta, de otro lado, del delito que se aplica.

c) El problema del enlace causal, observado, en el razonamiento del «considerando», entre, de una parte, los empujones y el fatal desenlace puede, a veces, no ser de suyo suficiente, porque la edad no es un factor integrante, de orden absoluto, como debe ser forzosamente en punto al grave delito imputado, el que sirva de vértebra en referencia con la muerte para

la construcción del puente causal, ya que en verdad no acaece normalmente la muerte de una persona de setenta y ocho años de edad por caer al suelo.

En una palabra, «siempre» se suscitará la cuestión de si el comportamiento ejecutado era apto para producir el evento (2), dentro de la ecuación deparada por la llamada teoría de la causalidad adecuada, es decir, que la pregunta deberá contestar, habida cuenta de las circunstancias concretas del caso y del agente, de si la acción era capaz de producir tamaño resultado, sobre la base del «id quod plerumque accidit», de lo contrario habría que descartar la conducta en su conceptualización de causa del evento.

d) La respuesta en el supuesto presente pudiera ser discutible, sobre todo, si no se olvida que en el relato de «hechos probados» se menciona expresamente que el fatal desenlace fueron «provocados "mediatamente"», con lo que dicho se está que la caracterización de causa, a lo efectuado o puesto por el condenado cae por su base, puesto que tanto en la actuación dolosa cuanto culposa tiene que funcionar con idéntica estructura la relación causal.

e) De otro lado, el problema de la ilicitud igualmente cabe plantearlo, siquiera sea incorrecta y carente de respeto la actitud del recurrente.

La estimación, por tanto, del parricidio culposo está aquí, una vez más, como una especie de privilegio de cara a la sentencia casada, ya que supone una importante rebaja de la pena, pero de otra parte, no cabe negar que la problemática que engendra tiene concretamente su cabal situación sistemática en la órbita de la relación causal, puesto que han contribuido unas concausas, fajadas en la constitución de la víctima, con lo que una vez más, se superpone los dos planos en que se nos presenta el suceso penal. De un lado, el vínculo objetivo, representado por la relación de causalidad incrustada, en este caso, en la faz subjetiva, cifrada en la culpabilidad.

(1) Véanse J. DEL ROSAL, *Comentarios a la doctrina penal del T. S.* Valladolid, 1952, capítulos IV y XVI; Idem, *Comentarios a la doctrina penal del T. S. (ampliada)*. Ed. Aguilar, Madrid, 1961, capítulos I-II-XV-XIX-XXXII.

(2) Véanse F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal* (trad. del italiano por J. del Rosal y A. Torio). Buenos Aires, 1960, págs. 175 y sigs.; Idem, *Manuale di Diritto penale*, 4.^a ed., Milano, Giufrè, 1960, págs. 173 y sigs.

A)

Jurisprudencia criminal correspondiente a los meses de enero y febrero de 1963

Por FERNANDO ALAMILLO CANILLAS
De la Carrera Fiscal

CODIGO PENAL DE 1944

1. *Art. 1.º Delito.*—Las responsabilidades de tipo penal son exclusivamente personales y no pueden transmitirse a terceros. (Sentencia 9 de febrero de 1963.)

2. *Relación de causalidad.*—La concurrencia de la relación de causalidad material entre la conducta y el efecto lesivo, exigible tanto en los delitos dolosos como en los culposos, ha de ser afirmada, tratándose de una omisión, siempre que el acto omitido hubiera evitado la producción del resultado desaprobado por el ordenamiento jurídico. (Sentencia 22 de enero de 1963.)

3. *Voluntariedad.*—El artículo 1.º del Código penal se refiere exclusivamente a la voluntariedad de la acción, que siempre hay que presumir salvo prueba en contrario. (Sentencia de 21 de enero de 1953.)

4. *Art. 3.º Frustración.*—No puede calificarse de homicidio intentado el hecho de apuntar con un revólver sobre una persona, disparar los cinco tiros que contenía el revólver, causando impactos, unos en la banqueta que el agredido usó como escudo, y otros, a alturas diversas, hacia el lugar y dirección en que se encontraba el ofendido, y al ver que no había acertado con los disparos, dirigirse al atacado, golpeándole con el revólver en la cabeza y el cuerpo, lesionándole, lo que debe calificarse de frustración del homicidio. (Sentencia de 2 de enero de 1963.)

5. *Art. 8.º, núm. 4.º Legítima defensa.*—La agresión se caracteriza por la lesión actual o por el peligro de lesión inminente de un bien tutelado por el ordenamiento jurídico. (Sentencia de 5 de febrero de 1963.)

6. *Art. 8.º, núm. 8.º Caso fortuito.*—En cuanto existe una infracción, ya no hay acto ilícito ni la debida diligencia. (Sentencia de 21 de enero de 1963.)

La eximente del número 8.º es la negación conceptual de la culpa, no apta, por tanto, para aplicarse al delito de imprudencia. (Sentencia de 22 de enero de 1963.)

Para la apreciación de la eximente de caso fortuito es indispensable que en la ejecución de un hecho lícito el agente haya obrado con la debida diligencia. (Sentencia de 28 de enero de 1963.)

7. *Art. 8.º, núm. 12. Obediencia debida.*—Sólo la obediencia debida en el orden jerárquico y que no se refiera a un acto ilícito puede librar de responsabilidad al agente. (Sentencia de 2 de febrero de 1963.)

8. *Art. 9.º Atenuantes.*—Para reputar como muy cualificadas las circunstancias atenuantes es necesario que se declare expresamente o se deduzca de los hechos que la influencia que tales circunstancias ejercieron en el ánimo del culpable excedió en intensidad de la que normalmente es suficiente para apreciarlas como meras atenuantes genéricas. (Sentencia de 6 de febrero de 1963.)

9. *Art. 10, núm. 9.º Abuso de confianza.*—La agravante 9.ª implica a la vez que quebranto de los deberes de lealtad impuestos por las relaciones existentes entre el agresor y la víctima, facilidades de ejecución que no tendría al que no se hallase en esas condiciones. (Sentencia de 11 de febrero de 1963.)

Art. 10, núm. 16. Desprecio de la morada.—La morada se ultraja y profana cuando se comete en ella una infracción penal contra sus moradores. (Sentencia de 11 de febrero de 1963.)

11. *Art. 14. Autoria.*—Si los tres procesados se pusieron de acuerdo para apropiarse en provecho propio de la mercancía de un tercero, los tres son autores del delito de hurto perseguido y a los tres alcanza idéntica responsabilidad, cualquiera que sea la actividad que se les hubiere asignado y la utilidad que cada uno hubiere obtenido. (Sentencia de 5 de febrero de 1963.)

12. *Art. 17. Encubrimiento.*—Tanto el encubrimiento-participación como la receptación requieren como nota característica el conocimiento del hecho punible básico, ya directa o ya indirectamente. (Sentencia de 8 de febrero de 1963.)

13. *Art. 19. Responsabilidad civil.*—Siendo la responsabilidad civil consecuencia indeclinable de la penal, al dictarse sentencia absolutoria no hay posibilidad de hacer en la jurisdicción penal pronunciamiento sobre responsabilidades civiles del procesado absuelto. (Sentencia de 19 de enero de 1963.)

4 *Art. 22. Responsabilidad civil.*—La responsabilidad civil subsidiaria del artículo 22 del Código penal no puede ser proyectada de modo fatal y automático a las personas ligadas por relación patronal con los responsables directos, sino que sobre tal presupuesto ha de acreditarse una coordinación del acto delictivo con las obligaciones o servicios encomendados al responsable criminal, sin extenderse a conductas desligadas de ellos. (Sentencia de 22 de enero de 1963.)

En la aplicación del artículo 22, sin patrocinar un criterio restrictivo, la jurisprudencia ha proclamado: 1.º Que su aplicación supone un nexo o relación preestablecidos entre el responsable criminalmente y el tercero. 2.º Que no es absolutamente indispensable que esa relación tenga carácter jurídico. 3.º Que de tenerlo, no es necesario que adopte una determinada naturaleza típica. 4.º Que es indiferente que la relación sea gratuita o retribuida así como su duración. 5.º Que tampoco es preciso que la actividad del culpable redunde en beneficio directo del supuesto responsable civil subsidiario. Pero también se ha establecido que no es posible extender esa responsabilidad a supuestos no comprendidos en la Ley como lo es el del arrendatario de un animal o de una máquina, en el presente caso un automóvil sin conductor. (Sentencia de 14 de enero de 1963.)

15. *Art. 61. Determinación de la pena.*—Para estimar la atenuante 5.^a como muy cualificada es menester valorar todas las circunstancias que configuran completamente el caso, no siendo ilícito aislar y destacar de las circunstancias concurrentes aquellas que a primera vista predisponen a favor del reo. (Sentencia de 5 de febrero de 1963.)

Si el procesado por delito contra la propiedad estaba ejecutoriamente condenado al cometer el delito por varias sentencias por hurto y otra por robo, no cabe duda de que era multirreincidente, por lo que conforme a lo que imperativamente dispone la regla 6.^a del artículo 61 del Código debe imponérsele la pena superior en uno o dos grados a la señalada para el delito. (Sentencia de 7 de febrero de 1963.)

16. *Art. 69. Delito continuado.*—La existencia de un delito continuado sólo puede aplicarse cuando haya insuperable dificultad o más bien imposibilidad para determinar las distintas fechas u ocasiones en que se realizaron las diversas apropiaciones o sustracciones, o no pudiera concretarse con precisión las cantidades o valor a que ascendían por separado cada una de las apropiaciones, pero no cuando están perfectamente individualizadas las sustracciones cometidas. (Sentencia de 5 de febrero de 1963.)

Jurídicamente no encaja la teoría del delito continuado en los casos de violación. (Sentencia de 11 de febrero de 1963.)

17. *Art. 71. Concurso de delitos.*—El delito de peligro seguido de otro de resultado igual o mayor rango penal queda subsumido en éste, sancionándose como un solo delito de acuerdo con el artículo 71 del Código penal, y así debe hacerse cuando la imprudencia es consumación de la situación de peligro de conducir a excesiva velocidad y con invasión de la mano izquierda. (Sentencia de 29 de enero de 1963.)

18. *Art. 101. Responsabilidad civil.*—La condena a indemnizar un daño determinado supone, con carácter inexcusable, la existencia de dicho menoscabo. (Sentencia de 18 de enero de 1963.)

19. *Art. 104. Responsabilidad civil.*—Los artículos 19, 101 y 104 del Código penal establecen los términos que comprende la responsabilidad civil y extienden la indemnización de perjuicios materiales y morales no solo a los que se hubieren causado al agraviado, sino también a los que se hubieren irrogado, por razón del delito, a su familia o a un tercero, pero la Compañía aseguradora no ostenta la condición de tercero, a efectos del artículo 104, pues el quebranto por ella sufrido tiene como causa primordial un contrato de seguro. (Sentencia de 7 de febrero de 1963.)

20. *Art. 106. Responsabilidad civil.*—La exigencia de fraccionamiento de la responsabilidad civil que impone el artículo 106 del Código penal sólo tiene aplicación cuando haya que indemnizar a terceras personas, pero cuando se han causado daños recíprocos en los vehículos de los condenados y lesiones a sus propias personas cada uno de ellos es responsable de los daños propios, debiendo soportarlos. (Sentencia de 8 de febrero de 1963.)

21. *Art. 117. Responsabilidad civil.*—No hay lugar a decretar responsabilidades civiles cuando existen culpa en el reo y en la víctima. (Sentencia de 1 de febrero de 1963.)

22. *Art. 429. Violación.*—El delito de violación se comete al yacer con

una mujer sin la concurrencia de la voluntad de ésta libremente manifestada; el número 2.º del artículo 429 del Código no debe interpretarse en el sentido de locura completa o imbecilidad absoluta, sino en el de situaciones de inhibición de facultades volitivas en grado suficiente para no conocer el alcance y trascendencia de los actos como ocurre con la ofendida, que padecía desde su infancia oligofrenia en grado de imbecilidad media con una edad mental entre siete y once años independientemente de su edad cronológica. (Sentencia de 11 de febrero de 1963.)

23. *Art. 489 bis. Omisión de socorro.*—Cometen este delito el acompañante del conductor y propietario del vehículo que acababa de producir el accidente que después de advertir la trascendental importancia de las consecuencias de la colisión provocada por el otro procesado y de comprobar la existencia del herido gravísimo, se reintegró al vehículo y apeló a la fuga dejando desamparada a la víctima sin prestarle asistencia ni tratar de hacerlo pudiendo sin riesgo propio ni de tercero. (Sentencia de 2 de febrero de 1963.)

24. *Art. 514. Hurto.*—Es autor del delito de hurto del artículo 514 del Código penal quien recibió en su apartado de Correos una carta y un cheque dirigidos a otra persona y que enterado de la ajeneidad del cheque por contenido de la correspondencia lo cobró a través de su propia cuenta bancaria, por ser un cheque al portador. (Sentencia de 11 de febrero de 1963.)

25. *Art. 516. Hurto.*—La circunstancia cualificativa de abuso de confianza implica el quebrantamiento de especial deberes de lealtad entre ofensor y ofendido y el aprovechamiento de esa situación para cometer el delito con mayor facilidad. (Sentencia de 3 de enero de 1963.)

26. *Art. 535. Apropiación indebida.*—El encargado por una casa comercial para la venta y cobro de mercancías por los pueblos, que percibe su importe y se queda con él sin entregarlo a la casa vendedora, comete el delito de apropiación indebida y no el de hurto. (Sentencia de 4 de enero de 1963.)

27. *Art. 546 bis. Receptación.*—Tratándose de delitos de receptación o de encubrimiento con lucro del artículo 546 bis del Código penal carece de aplicación el artículo 54 del mismo. (Sentencia de 3 de enero de 1963.)

El ánimo de lucro hay que suponerlo mientras no se pruebe lo contrario cuando se adquieren cosas u objetos cuya ilícita procedencia se conoce y además desde el momento en que el sujeto los compra hasta que se le ocupan, se aprovecha para sí de los mismos. (Sentencia de 7 de febrero de 1963.)

Tanto el encubrimiento como la receptación requieren del conocimiento del hecho punible básico ya directa o ya indirectamente. (Sentencia de 8 de febrero de 1963.)

28. *Art. 551. Incendio.*—Si bien las dehesas no están específicamente mencionadas en el artículo 551 del Código penal el procesado hizo lumbre en el «monte», propagándose y quemándose «el pasto», es innegable que se trata de un incendio comprendido en dicho precepto. (Sentencia de 14 de enero de 1963.)

29. *Art. 557. Daños.*—A los efectos del delito de daños el automóvil

alquilado sin chófer es propiedad ajena. (Sentencia de 2 de febrero de 1963.)

30. *Art. 565. Imprudencia.*—Al ser el delito de imprudencia de los llamados de resultado, no puede contemplarse éste desligado de los actos imprudentes que determinaron aquel resultado. (Sentencia de 25 de enero de 1963.)

La responsabilidad criminal imprudente nace en el momento en que voluntariamente se crea la situación de peligro motivadora de todas las consecuencias con ella coordinadas aunque de forma inmediata obedecieran a otras causas físicas que no interfieren la causalidad jurídica desencadenada por el acto imprudente iniciado. (Sentencia de 1 de febrero de 1963.)

La causa primera del atropello no derivó de una conducta voluntaria del procesado sino de la de los peatones que cruzaron de modo indebido e imprevisible la carretera creando una situación de peligro que es la decisiva para valorar la imprudencia y determinaron el atropello, vinculado ciertamente por la causalidad material con el acto de conducir pero no con el voluntario originario en que toda responsabilidad dolosa o culposa ha de radicar, sino de reacciones forzadas por conductas ajenas que intercedieron el nexo de la causalidad jurídica y que esculpan al procesado. (Sentencia de 1 de febrero de 1963.)

El hecho de que la caída del accidentado desde el autobús se debiera al rebote de éste por el mal estado de la calzada, no destruye el nexo causal ni anula la imprudencia porque si la puerta del vehículo se hubiera cerrado oportunamente antes de la arrancada del autobús, se hubiese evitado el accidente. (Sentencia de 23 de enero de 1963.)

El descuido o falta de precaución de la víctima no exonera de responsabilidad al procesado por la culpa contraída por sus propios actos negligentes. (Sentencia de 14 de enero de 1963.)

No resulta conducta imprudente alguna por parte del procesado que en todo momento aportó los medios a su alcance para evitar un acontecimiento sobrevenido fuera del campo de la ordinaria previsibilidad, que no puede extenderse a culpas ajenas, evento que rompe la causalidad jurídica aunque subsista la material, por sí misma irrelevante en derecho. (Sentencia de 23 de enero de 1963.)

A falta de una definición legal de la imprudencia temeraria y de la simple debe prevalecer como principio de derecho sancionado por la Jurisprudencia y por tanto como precepto penal sustantivo el que define la imprudencia temeraria como omisión de precauciones elementales para salvaguardar el derecho ajeno. (Sentencia de 23 de enero de 1963.)

Si los elementos de hecho patentizan un total abandono de las normas de previsión humana en la conducción es evidente la temeridad. (Sentencia de 23 de enero de 1963.)

La línea ideal divisoria entre la imprudencia temeraria y la simple con infracción de reglamentos, por ser de naturaleza relativa y de caso concreto, hay que construirla sobre los datos de hecho que concurrieren en el accidente. (Sentencia de 24 de enero de 1963.)

Se caracteriza una imprudencia temeraria por el olvido de las más ele-

mentales normas de precaución y de cautela que toda persona debe guardar al realizar los actos ordinarios de la vida. (Sentencia de 24 de enero de 1963.)

Transportándose mieses con un carro, el encender su conductor un cigarro resulta un olvido de las más elementales normas de precaución (Sentencia de 25 de enero de 1963.)

Imprudencia es en todo caso, y mucho más cuando la comete un profesional en vehículo para transporte de numerosos viajeros, circular a sabiendas con frenos que no funcionaban normalmente. (Sentencia de 26 de enero de 1963.)

Para que pueda declararse la existencia del delito del párrafo segundo del artículo 565 es indispensable que concurren dos elementos: uno subjetivo, que es el acto u omisión voluntario y no malicioso constitutivo de la imprudencia simple, y otro objetivo que consiste en la infracción de algún precepto reglamentario. (Sentencia de 30 de enero de 1963.)

Las señales a que se refiere el apartado g) del artículo 30 del Código de la circulación son insustituibles y ha de esperarse a ellas para adelantarse por la izquierda al que las hizo al sustituirlas por una presunción y atropellar al ciclista que se había orillado a su derecha se cometió la imprudencia del párrafo segundo del artículo 565 del Código penal. (Sentencia de 31 de enero de 1963.)

Constituye acto imprudente abrir la portezuela de un vehículo hacia el interior de la vía por donde tienen que circular los demás usuarios sin asegurarse previamente de poder hacerlo sin riesgo de choque o de encuentro con uno de ellos. (Sentencia de 5 de febrero de 1963.)

El volver a tomar el volante, sin ser absolutamente necesario y sin haberse repuesto suficientemente del sueño que le obligara a dejarlo, no constituye una mera infracción reglamentaria sino una omisión culpable de diligencia. (Sentencia de 22 de enero de 1963.)

La maniobra de adelantar a un vehículo que previamente ha avisado que va a cambiar de dirección es notoriamente peligrosa y encierra temeridad. (Sentencia de 22 de enero de 1963.)

En las calles que tienen aceras, los peatones gozan de ellas con reserva de uso sin que el restante tráfico urbano pueda interferirlo y el hacerlo íntegra no solo infracción reglamentaria sino también temeridad. (Sentencia de 21 de enero de 1963.)

El conducir en estado de somnolencia no constituye más que la infracción del artículo 17 del Código de la circulación sin que pueda estimarse temeridad al no constar que la falta de descanso fuera absoluta por haber dormido anteriormente a cortos intervalos. (Sentencia de 21 de enero de 1963.)

El solo hecho de ser conductor profesional no determina en todo caso la necesaria aplicación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 565. (Sentencia de 18 de enero de 1963.)

No es vinculante en los delitos de imprudencia la regla del artículo 76 del Código penal. (Sentencia de 18 de enero de 1963.)

Obligada la Sala según el párrafo cuarto del artículo 565 a degradar la pena del delito culposo, la norma general que rige es la establecida en el

artículo 74 y no la del 76 del Código penal. (Sentencia de 24 de enero de 1963.)

Tratándose de la degradación de pena por virtud del párrafo cuarto del artículo 565 no puede entrar en juego el artículo 76 del Código penal. (Sentencia de 26 de enero de 1963.)

Los Tribunales tienen plena libertad para estimar las cuantías de las multas en los delitos de imprudencia para los que no rige las reglas del artículo 61 del Código ni las del 76 que son sus consecuentes, sobre todo hábida cuenta de que la pena que se impone y en su caso se degrada es la señalada para la imprudencia por el propio artículo 565 y no la asignada al delito doloso cuya única función es la de tope para impedir que se alcance o rebase en el culposo. (Sentencia de 7 de febrero de 1963.)

31. *Art. 586. Imprudencia.*—No hay inculpabilidad completa en el conductor que no detiene su vehículo en cuanto advierte alguna irregularidad en el funcionamiento del mecanismo de dirección, lo que constituye al menos la falta definida en el artículo 586 número tercero del Código penal. (Sentencia de 25 de enero de 1963.)

LEY DE 9 DE MAYO DE 1950 SOBRE USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR

32. *Art. 1.º Conducción en estado de embriaguez.*—En el supuesto de concurrencia del delito definido en el artículo primero de la Ley de 9 de mayo de 1950 y el de imprudencia punible, el primero, delito de peligro, queda absorbido por el segundo, delito de lesión, cuando la influencia de las bebidas alcohólicas llega a determinar de modo único y prevalente la producción de un efecto dañoso constitutivo del delito de gravedad igual o mayor. (Sentencia de 3 de enero de 1963.)

El delito de conducción peligrosa por embriaguez es absorbido como tal delito de peligro por la imprudencia temeraria como delito de resultado. (Sentencia de 9 de febrero de 1963.)

33. *Art. 3.º Conducción ilegal.*—El hecho de conducir un camión con carga máxima autorizada de nueve mil kilos, con permiso de conducir de segunda clase, reúne todos los requisitos del artículo 3 de la Ley de 9 de mayo de 1950. (Sentencia de 14 de enero de 1963.)

Al ser nulo el permiso de conducir que se poseyó anteriormente es evidente que se carece de él y conducir en esa situación integra el delito del artículo tercero de la Ley de 9 de mayo de 1950. (Sentencia de 17 de enero de 1963.)

La habilitación legal para conducir cesa automáticamente cuando caduca el correspondiente permiso y el conducir después tipifica el delito del artículo tercero de la Ley de 9 de mayo de 1950. (Sentencia de 18 de enero de 1963.)

El hecho de conducir un vehículo sin hallarse legalmente habilitado determina el delito del artículo tercero de la Ley de 9 de mayo de 1950 por tratarse de una infracción de tipo formal aunque con anterioridad se le

hubiera aprobado el examen previo para la expedición del carnet. (Sentencia de 26 de enero de 1963.)

Al haber realizado el procesado satisfactoriamente el examen de capacidad para el permiso de primera categoría antes del día de autos, pudo permitirle creer que estaba capacitado para conducir vehículos de la categoría del que condujo máxime cuando el único requisito que faltaba era el material de extender y librar el carnet, no llevado a cabo por mucho trabajo acumulado en el Organismo Oficial, por lo que falta la voluntariedad maliciosa propia del dolo, exigible en el delito del artículo tercero de la Ley de 9 de mayo de 1950 como en cualquier otro de su especie. (Sentencia de 4 de febrero de 1963.)

La figura delictiva de conducción inebida no precisa para su perfección jurídica, de índole de mera actividad, requisito alguno de tiempo y se comete al conducir durante un breve de espacio de tiempo sin la habilitación necesaria. (Sentencia de 7 de febrero de 1963.)

34. *Art. 4.º Falta de placas de matrícula.*—El artículo cuarto de la Ley de 9 de mayo de 1950 señala como punible el conducir un vehículo de motor con matrícula falsa o distinta de la debida, o alterada, o hecha ilegible, o el no llevar ninguna, pero no está incluido el caso de una placa cuya vigencia ha terminado. (Sentencia de 30 de enero de 1963.)

El artículo cuarto de la Ley de 9 de mayo de 1950 no consiente otra interpretación que la literal y en su texto está incurso el conductor de un tractor sin placa de matrícula. (Sentencia de 11 de febrero de 1963.)

35. *Art. 5. Abandono de víctima.*—El conductor del camión en el momento del atropello, que ordenó a sus acompañantes que inspeccionarán la carretera con el fin de apreciar las consecuencias de la colisión y al advertir la transcendental importancia de la misma, tras comprobar la presencia del herido gravísimo, sin prestarle asistencia ni tratar de hacerlo, se reintegró con los otros al camión y reemprendió la marcha, está incurso en el artículo quinto de la Ley de 9 de mayo de 1950 y no en el 489 bis del Código penal. (Sentencia de 2 de febrero de 1963.)

Cualquiera que sea la causa del accidente, al producirse éste, el conductor de todo vehículo viene obligado a auxiliar a su víctima, siempre que lo pueda hacer sin riesgo alguno, en cuyo caso también tiene el deber de demandar auxilio con urgencia, como previene el párrafo segundo del artículo 489 bis del Código penal, y como nada de esto hizo el conductor procesado que atropelló a un peatón y siguió su marcha sin atender a la víctima, está bien aplicado al artículo 5 de la Ley de 9 de mayo de 1950. (Sentencia de 5 de febrero de 1963.)

INDICE ALFABETICO

- Abandono de víctima, 35.
Abuso de confianza, 9.
Apropiación indebida, 26.
Atenuantes, 8.
Autoría, 11.
Caso fortuito, 6.
Concurso de delitos, 17.
Conducción en estado de embriaguez, 32.
Conducción ilegal, 33.
Conducción sin placa de matrícula, 34.
Daños, 24.
Delito, 1.
Delito continuado, 16.
Desprecio de morada, 10.
Determinación de la pena, 15.
Encubrimiento, 12.
Frustración, 4.
Hurto, 24, 25.
Imprudencia, 30, 31.
Incedio, 28.
Legítima defensa, 5.
Obediencia debida, 7.
Omisión de socorro, 23.
Receptación, 27.
Relación de causalidad, 2.
Responsabilidad civil, 13, 14, 18, 19, 20, 21.
Violación, 16, 22.
Voluntariedad, 3.

Jurisprudencia procesal penal

(Sala 2.ª del Tribunal Supremo)

Tercer cuatrimestre de 1963

FERNANDO GIBBERT CALABUIG

Del Instituto de Derecho Procesal

SUMARIO: I.—PARTE GENERAL: 1.—JURISDICCIÓN: A).—*Límites objetivos*. B).—*Delimitación con la jurisdicción militar*. C).—*Prejudicialidad civil*...2. COMPETENCIA PENAL: A).—*Criterios*. B).—*Cuestiones de competencia*...3. RECUSACIÓN: 4. PARTES: A).—*Perjudicado por el delito*: a) Teoría general, b) Legitimación en delitos privados. B.—*Responsable civil*: a) Teoría general, b) Pluralidad de responsables.—5. OBJETO DEL PROCESO: ACCIÓN CIVIL.—6. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: PROCESAMIENTO.—7. EL PROCESO PENAL «STRICTU SENSU»: A).—*Alegaciones*; *Escritos de calificación*. B).—*Artículos de previo pronunciamiento*: a) Prescripción, b) Nulidad de actuaciones, c) Autorización para proceder. C).—*El Juicio oral*: *naturaliza*. D).—*Prueba*: a) Principio de la verdad material, b) Testifical: *Dietsas*. c) Pericia, d) Documentos. E).—*Desarrollo anormal del proceso*: *Suspensión del juicio oral*. F).—*Terminación normal del proceso*: *Sentencia*: a) Hechos probados, b) Pronunciamiento sobre responsabilidad civil, c) PlanTEAMIENTO de la tesis (art. 733). G).—*Efectos del proceso*: *Económicos*: *Resolución sobre costas*...8. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A).—*Teoría general de los recursos*: a) Prohibición de «reformatio in peius», b) Intereses para recurrir. B).—*Recurso de casación*: a) Por infracción de Ley: *Motivación*: a') Artículo 349, número 1.º, b) Artículo 349, número 2.º; *Documento auténtico*, b) Por quebrantamiento de forma: a') Artículo 850, núm. 4.º, b') Artículo 851 número 1.º; *Falta de claridad en los hechos probados*, c') Artículo 851, número 1.º; *Contradicción entre los hechos probados*, d') Artículo 851, número 1.º; *Predeterminación del fallo*, c'). Artículo 851, número 3.º; *No resolución de todos los puntos objeto de debate*, c) Requisitos formales. II.—PARTE ESPECIAL: *Procedimiento de urgencia*: a) Incomparecencia de testigo, b) Reiteración de la protesta.

I. PARTE GENERAL

1. JURISDICCIÓN: A. *Límites objetivos*: La lectura del escrito promoviendo la declinatoria de jurisdicción y la del de interposición del recurso de casación ponen de manifiesto que en el primero se plantea una cuestión de competencia de soberanías al sostener la de los Tribunales extranjeros —la India, Marruecos o Inglaterra— para conocer el hecho enjuiciado; y en el segundo insistiendo en la misma idea, se argumenta además sobre la base de no ser delictivos los hechos imputados al procesado; cuestiones como se ve por un mero enunciado, ajenas a un artículo de previo pronun-

ciamiento, donde no caben tales competencias de soberanías según declaró ya esta Sala en Sentencia de 28 de octubre de 1896, ni permiten a su amparo anticipar la resolución de lo que habrá de ser objeto de prueba y discusión en el juicio oral, con lo que quedaría prejuzgado el asunto principal, según declaró, este Tribunal en Sentencias de 24 y 25 de enero de 1894; por eso, concretando la cuestión a la materia objeto de la calificación fiscal, única parte acusadora hasta el momento y verdadera demanda en el proceso penal, se ve que en ella se dice que el procesado, encargado general del establecimiento Galerías C., sito en una calle de Ceuta, con conocimiento de que en el puerto franco de Tánger habían sido sustraídas tres mil plumas Parker, propiedad de la casa Parker, valoradas a efectos del seguro en once mil dólares, por el súbdito inglés Eduardo T., llegó a un acuerdo con éste para la compra de dichas plumas a precio inferior al del mercado para lucrarse con la diferencia en la venta que de ellas hiciera; que en cumplimiento de este pacto le fueron remitidas las plumas en una caja de madera que oficialmente (sic) contenía plásticos, y que una vez en su poder, vendió parte de ellas al por mayor a diferentes comerciantes de esa plaza y otras plumas sueltas en su propio establecimiento; relato que tipifica el delito de receptación del artículo 546 bis a) del Código penal —aprovechamiento de efectos de un delito contra la propiedad, teniendo conocimiento de la perpetración de éste— que al tener lugar en territorio español según la acusación fiscal, no contradicha en este punto por el procesado al reconocer que en Ceuta se recibió la mercancía y se procedió a su reventa, a los Tribunales españoles corresponde su conocimiento de acuerdo con el principio territorial de las leyes penales consagrado en el artículo 8 del Código civil, y el 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que erróneamente se suponen infringidos en el recurso; conocimiento no declinable aunque el acusado sea extranjero —artículo 333 de la Ley Orgánica del Poder Judicial— siempre que no se encuentre comprendido entre los exceptuados por el artículo 334 de esta Ley, no invocado aquí por el recurrente; por lo que, delimitada de este modo la materia delictiva a esa receptación y al lugar en que se verificó, las cuestiones planteadas en el recurso consistentes en que los hechos no son delictivos por no serlo en el país donde se cometió el delito de origen y la competencia de los Tribunales ingleses estimando ser Gibraltar el lugar de la recepción de la mercancía por haber pasado por esa plaza en régimen de tránsito según se dijo en el escrito promoviendo el incidente, son verdaderas excepciones perentorias donde se plantean delicados problemas de fondo de Derecho Penal Internacional que no pueden resolverse por la vía de un simple artículo de previo pronunciamiento, sino que han de llevarse al juicio oral para que con todas las garantías procesales y elementos probatorios pueda el órgano jurisdiccional español declarar con toda solemnidad si los hechos acaecidos en España son o no delictivos y, en su caso, legislación aplicable y culpabilidad del procesado: fondo del problema penal que no puede soslayarse con el procedimiento utilizado por el recurrente. (Sentencia de 19 de noviembre de 1963.)

B. *Delimitación con la jurisdicción militar.*—Concurren un delito de es-

cándalo público definido en el artículo 431 del Código penal vigente y el cometido contra el honor militar del artículo 352 del Código de Justicia Militar, que han sido generados por la conjunta actuación de dos personas, sometida una al fuero común y otra al castrense, y precisamente para que no se divida la continencia de la causa y evitar posibles resoluciones contradictorias el artículo 21 del Código de Justicia Militar previendo esta posible realidad, establece que cuando personas sujetas a distinto fuero ejecuten, como en el presente caso, un solo hecho que sea constitutivo de dos o más delitos que deben conocer jurisdicciones distintas, será competente para juzgarlas la Militar. (Auto de 29 de noviembre de 1963.)

— Con arreglo al número 5 del artículo 16 del Código de Justicia Militar, los militares en servicio activo serán sometidos a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria en causas que se le sigan por los delitos de injuria y calumnia que no constituyan delito militar. Sin prejuzgar la resolución que sobre el fondo pueda recaer en su día y a los solos efectos de decidir la presente cuestión de competencia, ha de partirse por ahora del supuesto de que el hecho imputado al querellado pueda revestir los caracteres de un delito de injurias en atención a la gravedad de las palabras proferidas y a las circunstancias que rodearon el suceso, por lo que el problema estriba en dilucidar si el mismo hecho pudiera ser constitutivo de un delito militar. En ninguno de los preceptos que se invocan para justificar la preferencia de la jurisdicción especial del Aire, cabe incluir el hecho sumarial puesto que en realidad se trata de un incidente privado entre un militar en servicio activo y un sedicente militar retirado, suscitado por el estacionamiento de un automóvil perteneciente a la esposa del primero en las inmediaciones de cierto establecimiento mercantil en el que prestaba sus servicios el último, incidente verbal que, a juicio de esta Sala, no debe subsimirse en los preceptos aludidos. Por estas razones, debe estimarse que, conforme al artículo 18 del repetido Cuerpo legal, subsiste la preferencia de la Jurisdicción ordinaria para conocer de la causa y que, por tanto, debe decidirse la cuestión en favor de ésta. (Auto de 19 de diciembre de 1963.)

C. Prejudicialidad civil.—La declaración formal y eficiente de que en el expediente de adopción han de ser o no aplicadas las leyes de derecho foral que rigen en Cataluña, se ha de hacer por los Tribunales de la jurisdicción civil sin prejuzgar la que (por lo que a efectos penales se refiere) pueda acordar esta jurisdicción. (Sentencia de 4 de noviembre de 1963.)

2. *COMPETENCIA: A) Criterios.*—Si la querrela se formula por falsedad en documento público y oficial y delito de usura, y al no existir más que la escritura otorgada en A, no cabe que, por las consecuencias que en el orden civil se deriven del mismo, negar la aplicación del número 2.º del artículo 14, pues en este momento procesal hay que atenerse al documento público citado. (Sentencia de 19 de octubre de 1963.)

— El artículo 269 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929 modifica las reglas generales de competencia establecidas en los artículos 14 y 15 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al conceder el querrelante opción entre el lugar de comisión del delito y el de descubrimiento

de sus pruebas materiales, y como dicho precepto especial que suprime un orden de preferencia es el aplicable al caso controvertido en este recurso y lo único acreditado en los antecedentes remitidos es que en Zaragoza se descubrieron por el querellante pruebas de lo que él estima como defraudación de su propiedad industrial en los modelos registrados, su opción por los Tribunales de Zaragoza se ajusta a dicho precepto y no se invalida por la posibilidad de que en Barcelona se hubieran descubierto antes pruebas materiales de los hechos relatados en la querrela pues es la realidad, en este caso constatada, del descubrimiento y no la posibilidad del mismo la que determina la competencia. (Sentencia de 5 de diciembre de 1963).

B) *Cuestiones de competencia.*—[El Juzgado Especial de Vagos y Maleantes de San Roque remitió diligencias al Juzgado de Instrucción Decano de los de Málaga a fin de incoar sumario por quebrantamiento de condena contra Esperanza S. H. De conformidad con el artículo 96 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Vagos y Maleantes, el Juzgado de Instrucción número 2, de Málaga, se inhibió en favor del Juzgado Especial de San Roque, el cual no aceptó la inhibición, con base en que su cometido específico es la tramitación de expedientes de peligrosidad y no la incoación de causas criminales]. El Tribunal Supremo declara que «Están perfectamente en claro el artículo 96 del Reglamento aprobado por Decreto de 3 de mayo de 1935 que en ningún momento debió el señor Juez de San Roque negar su propia competencia, pues fue el que instruyó el expediente lo cual no sólo le concede, sino que le obliga a instruir el correspondiente sumario en el caso de quebrantamiento de condena en expedición por él instruido.» (Sentencia de 7 de diciembre de 1963.)

— [Por el Juzgado de instrucción de Osuna, se siguió el sumario 20 de 1963 por estafa, contra Antonio G. R. y Gabriel M. G. en cuyo sumario recayó auto inhibiéndose en favor del de igual de clase de Granada número 2, se simultáneamente tramitaba el sumario 556 de 1962, también por estafa contra los mismos procesados]. El Juzgado número 2 de Granada, no acepto la inhibición propuesta y, habiendo insistido ambos juzgados en su decisión, fueron elevadas las actuaciones al Tribunal Supremo, informando al ministerio fiscal en el sentido de considerar competente al Juzgado número 2 de Granada, por tratarse de delitos conexos, haberse previamente instruido causa por el Juzgado de Granada y consumarse en su territorio, delitos a los que corresponde mayor pena. En vista de la analogía de los delitos de estafa por los que se instituyó en el Juzgado número 2 de los de instrucción de Granada el sumario 556 de 1962, con los delitos también de estafa de no mayor gravedad que originaron el sumario número 20 de 1963 en el Juzgado de Instrucción de Osuna y dada la identidad de los inculcados en uno y otro proceso y la prioridad del de Granada sobre el de Osuna, procede la inhibición que en este se acordó y no se aceptó en aquél (en el referido sumario número 20 de 1963), a tenor de lo dispuesto en los artículos 17 número 5.º y 18 número 1.º y 2.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal. (Auto de 14 de noviembre de 1963.)

3. RECUSACIÓN.—No hay infracción del número 11, artículo 54 de la

LEC como en el primer motivo del recurso se sostiene al denegarse en el Auto recurrido la causa de recusación por enemistad manifiesta, porque es inadecuado asimilar a ella la unilateralmente valorada como tal por una de las partes, basada en fundamento tampoco consistente como en el que en recurso se aduce, de reiterarse resoluciones adversas a sus intereses, argumento que para prosperar obligaría a revisar y valorar todas y cada una de las denunciadas actividades judiciales, con lo que se involucrarían los términos en que la recusación de este tipo debe desenvolverse, ya que ordinariamente la enemistad susceptible de justificar la recusación, debe dimanar de actos o conductas que afecten en su valoración a ambos protagonistas y no a uno sólo en plano subjetivo, que no basta para prevalecer a los efectos que se pretende, máxime si los hechos afectan a funciones que no deben ser puestas en tela de juicio, con evidente oportunidad, en trámite de recusación. (Sentencia de 6 de diciembre de 1963.)

— Al denegar la recusación de los señores Presidente y Magistrados de la Audiencia Provincial no infringió la sala de lo Territorial, que dictó el auto recurrido, los preceptos que invoca el impugnante pues según el artículo 54 de la LEC, la denuncia del particular contra el funcionario, que consigna el número 3.º de dicho artículo, ha de ser por hecho punible y adquirir estado procesal, no revistiendo tal carácter la formulada ante el Arzobispado o la Presidencia del Tribunal Supremo, ni en un recurso de queja cuya tramitación posterior no consta; ni es pleito pendiente del funcionario con el recusante, a los fines del número 8 del mismo artículo, la nulidad de actuaciones promovida por el recurrente como procesado, en el sumario sobre desacato es deber de oficio y, no impulso de estímulos personales o privados, aunque es elegible la frecuente abstención en su función pública del funcionario desacatado ni se acredita la invocada enemistad manifiesta del número 11 del mencionado artículo, que dice deriva de la que hay entre la familia del recurrente y la del magistrado señor C., y de las cuestiones personales en que alega intervino el recusante entre el hermano de este señor magistrado y un sobrino del mismo recusante, ni la animosidad que deduce éste de las conversaciones habidas entre un Padre Prior y otra persona que nombra, de oficios cruzados entre la Audiencia y un Padre Guardián, de repetidas llamadas telefónicas desde la Audiencia a edificios religiosos y de actos procesales que no especifica, pues que los odios a que se refiere la Ley son los personales y no los familiares y la animosidad se ha de concretar en palabras o actos precisos, directos e inequívocos. (Sentencia de 7 de octubre de 1963.)

4. PARTES: A) *Perjudicado por el delito: a) Teoría general.*—Existe una clara primacía de indemnización debida al agraviado y a su familia, que sólo es susceptible al alcanzar también a terceros, ya en último lugar, pero sólo sobre la base de haberse irrogado los perjuicios por razón de delito, y siendo así que los acreditados y pretendidos por la Compañía aseguradora, aunque materialmente dimanen efectivamente de un delito, en lo jurídico tienen como fuente obligacional no la exdelicto, sino la excontrato, el de seguros, del que el resultado lesivo constituye el áleas previsto como consecuencia de la naturaleza aleatoria de los contratos de seguros, o bien

excluye de una imposición de normas extrañas a lo específicamente penal, como son las laborales que se mencionan en el recurso, singularmente el artículo 189 del Reglamento Ac. Trab. (Rep. 1956, 1048 y 1294), que si bien concede a los aseguradores derechos de resarcimiento, habrán de ser ejercitados al margen de lo estrictamente criminal, único que compete a los Tribunales de este orden, tanto en instancia como en casación. (Sentencia de 23 de septiembre de 1963. En el mismo sentido la de 25 de septiembre.)

— Las entidades aseguradoras, no son ni pueden ser terceros perjudicados por aquél, y lo que como privilegio les otorga el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1956, en su artículo 189, es un derecho de personamiento en los procesos criminales del mismo modo que se le otorga a los perjudicados, pero esto no quiere decir que sean terceros perjudicados por el delito, podrán ser acreedores a percibir o a resarcirse de lo que a la postre haya resultado un pago indebido, ejercitando las correspondientes acciones en el proceso y en ejecución de sentencia únicamente, para que no se burle su derecho en expectativa, nunca a que recaiga en el fallo del procedimiento criminal una declaración expresa y terminante para que a la Compañía aseguradora se le abone una indemnización civil cuya legal propiedad pertenece al perjudicado por el delito y, en su defecto, por los herederos. (Sentencia de 23 de octubre de 1963.)

b) *Legitimación en delitos privados.*—De la serie de legitimaciones de segundo grado contenida en el artículo 443, párrafo 1.º, del Código referido, comprensiva del «cónyuge, ascendiente, hermano, representante legal o guardador de hecho», la legitimación «ad processum» de los padres encaja en la del «ascendiente», no en la del «representante legal», si bien la norma citada instituye una graduación excluyente que va desde la persona agraviada hasta el guardador de hecho, no establece la misma graduación dentro de cada uno de aquellos grupos que pueden hallarse integrados por varios componentes, como los de los ascendientes y hermanos; aun concediendo que en virtud del principio patriarcal que informa la organización de la familia española, reflejado, entre otros, en los artículos 154 y siguientes del Código civil, pudiera introducirse una graduación sucesiva en la legitimación procal padre-madre, con la consiguiente primacía de la del primero sobre la de la segunda, nunca podría olvidarse que la fusión sacratísima de velar por el pudor de las hijas es común al padre y a la madre, y que si bien normalmente el primero ha de ser preferido en cuanto a la protección de la honestidad haya de proyectarse al exterior mediante la realización de actos jurídicos, como lo es el procesal de la «denuncia» a que se refiere el aludido precepto del Código penal, dicha prioridad quiebra, no solamente cuando el padre está impedido de hecho o de derecho para el ejercicio de sus funciones, sino también cuando, desentendiéndose de los más elementales deberes que de consumo le imponen la naturaleza y las leyes, abandona maliciosa y negligentemente la guarda y cuidado de sus hijas en cuya hipótesis, dada la elasticidad que caracteriza el poder-deber correspondiente a la madre sobre la persona de sus hijos en concurrencia con el padre, el vacío dejado por la falta o imperdonable incuria de éste, puede y debe quedar automáticamente colmado por la actuación inmediata de la que los trajo a este mundo. (Sentencia de 25 de noviembre de 1963.)

— La perjudicada en declaración prestada siendo mayor de veintiún años, hizo manifestación expresa de su deseo de que se «proceda por el delito de estupro del cual aparece perjudicada la dicente» se ha cumplido con los requisitos de procedibilidad exigidos por el artículo 443 del Código penal, en relación con el 104 de la LEC, para poder perseguir y sancionar el delito de estupro, porque la clara y expresa manifestación hecha por la perjudicada, que ya era mayor de edad, ante la Autoridad judicial, equivale a la formal denuncia de la persona agraviada a que se refiere el precepto legal, denuncia que no es preciso que se formule por escrito, ni esté adornada por otros requisitos de forma, siendo suficiente para incoar el procedimiento que el Órgano jurisdiccional competente le somete de modo indudable la decidida voluntad y expreso deseo de las personas a quienes asista el derecho de promover la acción judicial, de que se persiga el delito, del que fueron víctimas, la propia denunciante si, como en el presente caso, había alcanzado la mayoría de edad, o las personas que tengan a su guarda o cuidado a la perjudicada, si ésta no tenía capacidad legal para hacerlo, y sin que sea obstáculo para llegar a esta conclusión el hecho de que el sumario fue incoado a virtud de denuncia del hoy procesado por el supuesto delito de estafa, porque contra este evidente vicio procesal, cometido durante la tramitación del sumario, pudo reclamar en procesado en el momento oportuno, y no lo hizo. (Sentencia de 21 de octubre de 1963.)

B) Responsable civil: a) *Teoría general.*—Las consecuencias civiles del delito y, entre ellas, la responsabilidad de este orden, sólo pueden exigirse dentro de los cauces de las normas penales, ninguna de las cuales alcanza al tercero asegurador, y fuera de estas normas sólo cabe aplicar los preceptos de ordenamiento diversos del sancionador por los Tribunales de la jurisdicción competente, y, en su virtud, vista la oposición de la Compañía aseguradora a considerar cubierto por el contrato de seguro concluido, el riesgo del hecho de autos, sólo cabe estimar como patrimonio del reo la acción nacida de dicho contrato a favor del asegurado y condena a fin de reclamar lo que crea le corresponde, ejercitando dicha acción en la vía y forma competentes, con la eventualidad procesal de que prospere o se rechace, sin que la jurisdicción penal pueda arrogarse atribuciones para interpretar contratos ni compeler a su cumplimiento de modo coactivo. (Sentencia de 2 de octubre de 1963.)

— Si bien de todo delito nacen acciones criminales y civiles, esta última responsabilidad sólo alcanza a los partícipes del delito del que la responsabilidad directamente deriva; y como éste, es el de aborto en el que según la sentencia no aparece haya participado el recurrente por haber sido rechazada la tesis acusatoria que le consideraba encubridor de aquel delito, encuadrándole en la condición de autor de una falsedad por imprudencia temeraria, que no aparece haya ocasionado obligación civil alguna ni principal ni subsidiariamente, es clara la infracción del artículo 19 del Código penal, por no ser recurrente responsable del delito de aborto del que dimana la razón de la responsabilidad civil. (Sentencia de 17 de octubre de 1963.)

— No pudo hablarse de una responsabilidad civil subsidiaria del procesado

absuelto en el concepto en que se plantea en el recurso, ya que nadie puede ser responsable subsidiario de sí mismo y al absolverlo de la principal o directa como inculpado, queda desvinculado de toda responsabilidad por razón del delito del que fue acusado, cosa tan evidente que por ninguna de las acusaciones, y tampoco por el recurrente, se planteó en sus escritos de calificación este problema de la doble responsabilidad civil, por lo que la sentencia no pudo entrar en el examen de tan extraña cuestión. (Sentencia de 21 de noviembre de 1963.)

— Cabe plantear el problema de si el condenado como responsable civil subsidiario tiene acción para impugnar en casación la infracción legal que pueda haberse cometido al condenar al autor del delito, al que ha de suplir en el cumplimiento de obligaciones civiles nacidas de la comisión del mismo. Es a este respecto donde aparecen graves dificultades, tanto en el campo de la doctrina, cuanto en la trayectoria de fallos de este Sala, si se compara la corriente actual con otras ya superadas que limitaban las acciones de estos civiles y responsable subsidiarios a sólo lo que inmediatamente se relacionaba con los ligámenes existentes entre condenados y responsable civil; pero posteriormente, se han valorado las consideraciones de que únicamente aparecen la afección subsidiaria cuando hay una condena penal, por lo que ésta adquiere un valor de antecedentes obligado y mediato, y de que existiendo condena surge un interés de obras, procesalmente encauzado por el artículo 854 de la LEC, sin la limitación de su párrafo último en acogida de estas corrientes. (Sentencia de 28 de noviembre de 1963.)

b) *Pluralidad de responsables*.—Los delitos culposos coetáneos concomitantes o concurrentes individualizan la responsabilidad de cada agente, sin englobarse en una imputación única, y sin participación por coautoría de los diversos responsable, y, por tanto, no cabe establecerse solidaridad entre los mismos para el pago de indemnización de perjuicios como parte de la responsabilidad civil derivada del delito. (Sentencia de 25 de septiembre de 1963.)

5. OBJETO DEL PROCESO: *Acción civil*.—El artículo 104 del Código penal, no resulta infringido al decirse en los hechos probados que los gastos de curación fueron satisfechos por los familiares de la víctima, y luego en el fallo se condene al procesado a pagar esa indemnización al lesionado, y por la menor edad de éste a su padre o representante legal; porque la reparación de los daños materiales y morales causados por el delito ha de comprender tanto los sufridos por la víctima, como los irrogados a su familia o a un tercero, según dispone el precepto que se supone infringido; y no se opone al mismo el que en la indemnización a la víctima sujeto pasivo del delito se reparen todos los daños causados por éste cuando no existan los elementos suficientes para discriminar los sufridos por otras personas, sobre todo si éstas no han formulado pretensión alguna, y sin perjuicio del derecho que puedan tener para repetir contra el perjudicado, por los servicios o ayudas que hayan podido prestarle en la reparación del daño; cuestión que al no afectar al procesado por no venir éste obligado a más indemnizaciones por razón del delito que a las fijadas en la sentencia, no puede legitimar un interés protegible en casación. (Sentencia de 26 de noviembre de 1963.)

6. INSTRUCCIÓN PRELIMINAR: *Procesamiento*.—En el relato de hechos probados, de la sentencia impugnada, y en el considerando quinto de la misma, se prepara y justifica, respectivamente, una estimación de falta de procedibilidad, que se entiende obstativa a la eficacia procesal de las acusaciones basadas en los hechos a que alude el apartado e) y formuladas por el Ministerio Fiscal y Abogacía del Estado, por darse, a juicio de la Sala sentenciadora, y con valoración de capital importancia, la omisión, en el auto de procesamiento, de abarcar las materias concretas de esas acusaciones, lo que se reputa equivalente a una oportuna falta de audiencia, impeditiva a la defensa, más tan extremo criterio, que se asienta en asimilar la extensión del procesamiento —medida procesal, que sea cual fuere el ámbito de los indicios que mencione, sólo produce el efecto de vincular la persona y bienes del encartado a los efectos de vincular la persona y bienes del encartado a los efectos de proceso y a organización la defensa— por la virtualidad de la acusación, sin la cual y peculiarizada ciertamente no se podría condenar, más a este respecto esta Sala ha venido entendiendo que dado un procesamiento ya se puede abrir la amplitud del juicio, con acusaciones y defensas válidas, aun en cuanto a materias no precisamente mencionadas en el provisional acopia de indicios que justificasen la medida de procesar, y si oportunamente se acusó y se llegó a defensa también oportuna, no puede hablarse de «inaudita parte» dentro del respetado sistema acusatorio, menos en este caso, en el que el encartado, con conocimiento de las calificaciones, se allanó precisamente a la que es objeto de este examen. (Sentencia de 7 de octubre de 1963.)

7. EL PROCESO PENAL «STRICTO SENSU»: A). *Alegaciones: Escritos de calificación*.—La calificación fiscal es verdadera demanda en el proceso penal. (Sentencia de 19 de noviembre de 1963.)

B) *Artículos de previo pronunciamiento: a) Prescripción*.—El Ministerio fiscal nada ha opuesto a la posible novedad de la cuestión propuesta, quizá por respeto al carácter de orden público que reviste el instituto de la prescripción penal o por haber sido planteada por la parte afectada, en instancia, sin merecer ser resuelta por lo extemporáneo del incidente en que la formuló, o por ambas circunstancias que la privan del aludido impedimento; y en cuanto a las fechas tope de la prescripción, es de notar que la del finiquito está precisada por el momento de iniciarse el procedimiento contra el culpable, situable en el año 1958, ya que el juzgado incoó por estos hechos el sumario número 161 del indicado año, así consta en el encabezamiento de la sentencia recurrida, y los delitos imputados se cometieron todos por el condenado que recurre en el año 1950, según se comprueba del examen de lo pertinente del sumario, que se tiene a la vista, licencia procesal que en casos de emergencia de carácter insoslayable, como el estudiado, autoriza a la Sala la nueva redacción dada por el legislador al artículo 899 de la Ley adjetiva penal, pues es indudable que al hacer uso de la facultad de pedir la causa le asiste la de examinarla y deducir las conclusiones que de su estudio se deriven, con el límite de guardar el debido respeto a la intangibilidad de los hechos probados. (Sentencia de 30 de noviembre de 1963.)

b) *Nulidad de actuaciones.*—La nulidad de actuaciones no tiene legal cabida entre los artículos de previo pronunciamiento en orden a lo establecido en el artículo 666 de la ley Criminal. (Sentencia de 29 de noviembre de 1963.)

c) *Autorización para proceder.*—El consentimiento del Obispado que el Juez de lo penal deberá solicitar antes de proceder contra un clérigo o religioso, es de igual carácter y produce iguales efectos que la autorización de las Cortes para dirigir el procedimiento contra un miembro de las mismas, así como las autorizaciones requeridas para el mismo fin cuando se trate de otros dignatarios del Estado o jerarquías de la Organización política, a que aluden los artículos 666, número 5.º y 750 de la ley de enjuiciamiento Criminal y legislación posterior. Y en su virtud constando de la manifestación del mismo recurrente, al folio 5 vuelto de su recurso y en su antecedente XIV el texto de la determinación del Vicariato de la Diócesis por la que otorga el consentimiento requerido para proceder contra el prebitero recurrente por el supuesto delito de desacato, es visto que se ha cumplido el requisito de la venia eclesiástica que exige el artículo XVI del Concordato entre la Santa Sede y el Estado español de 27 de agosto de 1953, pues los defectos canónicos que atribuye el recurrente a dicha determinación del Vicariato son enjuiciables por la jurisdicción criminal y las faltas procesales que señala a la actuación del Instructor no tiene acceso a la casación y, en todo caso, la autorización concedida para proceder criminalmente contra el clérigo que recurre es suficiente para la tramitación, fallo y ejecución de la causa por desacato, así como para sus incidencias, según dispone el artículo 8.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal que invoca el impugnante, máxime el actual incidente de recusación promovido por voluntad del referido encausado. (Sentencia de 7 de octubre de 1963.)

C) *Juicio oral: naturaleza.*—El momento capital del sistema acusatorio es el de juicio oral. (Sentencia 2 de diciembre de 1963.)

D) *Prueba: a) Principio de la verdad material.*—La justicia penal no se rinde a la ficción dominante en otros campos, sino que investiga la verdad material o histórica y actúa sobre ella para descubrir el elemento vital de la delincuencia, que es la intención punible, verse sobre una, varias o todas las partes de una cosa. (Sentencia de 11 de octubre de 1963.)

b) *Testifical dietas.*—El Tribunal provincial realizó lo que a sus atribuciones correspondía al ordenar la citación de los testigos, residentes en su mayoría fuera de la Península, y si es reo que recurre ha comparecido ante esta Sala como insolvente y el Estado limita el pago de dietas e indemnizaciones a los testigos sumariales y la Ley no provee a tal pago en los demás casos de modo efectivo, puede la parte anticiparse a tal eventualidad, comprensible desde el punto de vista privado e interesado, mediante interrogatorio escrito, adicionado en lo necesario por las demás partes, como se ha practicado en ocasiones por Tribunales provinciales, o con otro medio que estimase adecuado y el Tribunal admitiese; el tercero que acude. (Sentencia de 20 de noviembre de 1963.)

c) *Pericia.*—El informe emitido por el Gabinete Central de la Comisaría General de Identificación de la Dirección General de Seguridad es sólo un informe pericial. (Auto de 21 de octubre de 1963.)

d) *Documentos*.—Una comunicación a la Jefatura de Obras Públicas de la transferencia del vehículo carece de la indispensable autenticidad extrínseca por no haber sido reconocido por el perjudicado, omisión que de ninguna manera puede considerarse suplida por el «conocimiento de firma», prestado por un Banco diligencia a la que no cabe conceder más valor que a un mero testimonio privado acerca de la legitimidad de la firma del vendedor, no de la genuinidad del documento. (Sentencia de 23 de septiembre de 1963.)

E) *Desarrollo anormal del proceso: Suspensión del juicio oral*.—El precepto alude a la denegación de una diligencia de el 851 que «se considere pertinente» y como acuerdo de no practicar estaba relacionado con la precisa suspensión del juicio, en el supuesto de realización de la prueba testifical de que se trataba, será obligado conjugar el artículo 851 con el 746 de la misma Ley, que sólo permite la suspensión cuando, con relación a testigos propuestos «el Tribunal considere precisa la declaración de los mismos» y la Sala al decidirse por la continuación del juicio oral, ya anteriormente suspendido y reputarse instruida no hizo, sino formular una valoración que no resulta combatida, ya que no consta qué pregunta se habrían de hacer a esos testigos no presentes, o que esas inéditas preguntas fuesen distintas de las ya respondidas en las diversas prestaciones de testimonio por esos mismos testigos evacuadas en el sumario. (Sentencia de 28 de septiembre de 1963.)

— No puede reputarse inesperada revelación o retractación que exija instrucción suplementaria y su sumaria, conforme al artículo 746, número 6.º del Enjuiciamiento Criminal, la que solicita en la sesión del juicio oral, sobre traída a los autos de certificación del movimiento de la cuenta corriente en el Banco X. de Don..., que ejercía el cargo de Consejero Delegado de la Entidad querellante, cuanto la aportación de tal documento se había interesado con anterioridad superior a dos años por el Ministerio Fiscal en trámite de instrucción y aunque la Audiencia acordó revocar el auto de conclusión del sumario y practicar la prueba referida, ésta no consta aportada a los autos, ni posteriormente se propuso por ninguna de las partes en este proceso al calificar provisionalmente los hechos sumariales. (Sentencia de 22 de octubre de 1963.)

— Se intenta lograr la declaración de quebrantamiento de forma por no haberse admitido en el auto del Tribunal «a quo» de 19 de febrero de 1960, una prueba documental pública y las declaraciones —ya recibidas en el sumario— de los señores Ministro y Subsecretario del Ministerio de Información y Turismo, no puede esta Sala otorgar eficacia al recurso por haber faltado, la protesta preceptivamente exigida por el artículo 659 de la Ley mencionada; si como parece lo más seguro, el recurso se concreta a la indefensión que produjo el no haber suspendido el juicio para dar lugar a la declaración de un testigo, admitido e incomparecido, entonces ha de jugar eficazmente el contenido del párrafo 3.º del artículo 746 de la aludida Ley de enjuiciar, según el cual el Tribunal sentenciador decidirá sobre la suspensión según criterio de valoración por necesidad de la prueba no realizada y este juicio revisable en casación, es el ahora atacado y si para resolver se sitúa la cuestión en el momento del juicio oral, se tendrá, de un lado las prevenciones procesales que desaconsejan, por regla general, las dilatorias suspen-

siones, de otro, y ya en cuando el caso concreto que se trataba de delito con amplias y básicas constancias documentales y que el testigo de defensa incomparecido sólo conocía la Sala el nombre, puesto que nada se precisó sobre el enfoque de su testimonio y en estas condiciones resultó pertinente la continuación del juicio. (Sentencia de 8 de noviembre de 1963.)

— Si la Sala admitió toda la prueba en el trámite del artículo 659, no podía justificadamente cambiar de criterio en el del 746, número 3.º, cuando no se había dado ningún aditamento de ilustración que convirtiese en impertinente e inútil lo que como pertinente se había admitido. (Sentencia de 2 de diciembre de 1963.)

F) *Terminación normal del proceso*: Sentencia: a) *Hechos probados*.—Si bien en el delito de usura es conveniente, por lo general, concretar y precisar el número de préstamos realizados, durante qué espacio de tiempo, nombre de los prestatarios, cantidades prestadas, plazo para su devolución, intereses pactados en cada caso y cualquier otro detalle que conduzca a la más completa coavicción de que el reo se dedicaba habitualmente a préstamos usuarios, esta no es ni puede ser una regla absoluta, pues está limitada por la imposibilidad en que algunas veces se ven los Tribunales de precisar todos los detalles referidos, porque el delincuente trata de ocultarnos y hay dificultades para comprobarlos, y por ello, en las sentencias condenatorias y para evitar en muchos casos la impunidad, basta que la resultancia fáctica contenga los datos necesarios para que resalte con claridad la figura delictiva que se sanciona, lo que ocurre en el presente caso, que se relacionan muchos de los elementos referidos y muy especialmente la exagerada cuantía de los intereses. (Sentencia de 26 de septiembre de 1963.)

— No puede exigirse al Tribunal de Justicia que revele la causa de un hecho, sino en el caso de que sea conocida y probada. (Sentencia de 11 de octubre de 1963.)

b) *Pronunciamiento sobre responsabilidad civil*.—Aunque el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el último párrafo de su número 5.º, referente a la responsabilidad penal, la obligación de resolver el fallo, condenando o absolviendo las cuestiones planteadas sobre responsabilidad civil, pues solamente dice que se resolverán en la sentencia, una interpretación lógica de dicho precepto, en relación con el número 4.º del artículo citado conduce a la conclusión de que la resolución teórica de dichas cuestiones en los correspondientes considerandos ha de trascender prácticamente al fallo o parte dispositiva de la sentencia, por lo que no basta que el considerando segundo de la recurrida se hayan resuelto todas las cuestiones planteadas sobre responsabilidad civil y mucho menos si se tiene en cuenta la reserva más o menos ambigua de la acción civil ejercitada en la causa y no desestimada en el fallo cuyos pronunciamientos deben ser expresados y no tácitos, como lo exigen la claridad y la congruencia, incluso a efectos de una posible excepción de cosa juzgada en ulteriores procedimientos. (Sentencia de 29 de octubre de 1963.)

c) *Planteamiento de la tesis (artículo 733)*.—La causa 4.ª del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento de esta jurisdicción, que sirve de base al tercer motivo de forma del recurso, impide penar un delito más grave que el que

fue objeto de acusación, salvo que el Tribunal hubiere procedido previamente como determina el artículo 733 lo que fue acatado por el Tribunal «a quo», si se tiene en cuenta que los delitos de los que acusó el Ministerio Fiscal vienen sancionando con la pena conjunta de presidio menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas sin que la omisión de la copulativa «y» en las penas que solicitaba para trece de los delitos, pueda estimarse suficiente para deducir que sólo pedía una multa, duda que desaparece en las otras siete penas pedidas para otros tantos delitos en que es perfecta la redacción; y en cuanto a que el Ministerio Fiscal libere de responsabilidad por razón de este hecho al individuo que nombra el recurrente, es cierto, pero también lo es, que su inclusión en la relación fáctica se hace sólo para precisar que el mismo procedía parte del dinero que utilizaba el procesado para los préstamos, en unión del propio de otros acusados, que fueron absueltos. (Sentencia de 26 de septiembre de 1963.)

— No ha sido quebrantado el artículo 733 de la ley de Enjuiciamiento Criminal, porque al hacer o no uso de la doctrina, meramente científica y jurisprudencial del delito continuado, al no estar disciplinado en nuestro derecho por norma positiva alguna, es extremo bien diverso al que prevé para el planteamiento de la tesis el precitado artículo de la ley Procesal, sólo procedente en la hipótesis de calificación con manifiesto error por parte del Ministerio Fiscal, cuya petición, aunque cuantitativamente más reducida que la contenida en el fallo, por preferirse en aquélla la de delito continuado; y en éste, la de múltiples delitos autónomos, hubo coincidencia perfecta entre lo pedido y lo resuelto en lo que toca a la calificación del delito de estafa, el cual resultaría más grave al incluirse como único continuado, en el número 1.º del artículo 529 del Código penal, que al serlo en los números siguientes del mismo supuesto, al fraccionarse las acciones delictivas, y si la suma de todos ellos por separado determina mayor tiempo de duración, ello es materia que afecta al trámite ejecutivo y no al pronunciamiento de la sentencia. (Sentencia de 16 de octubre de 1963.)

G) *Efectos del proceso: Económicos: Resolución sobre costas.*—Al aparecer en el hecho de autos dos situaciones jurídicas distintas de tipo penal una, en cuanto ha determinado el delito sancionado por la cuantía que allí se indica y de errores de contabilización la otra, con la secuela de un perjuicio puramente de índole civil no proveniente de delito que ha motivado una absolución, la aplicación del artículo 109 del Código sancionador, en relación con el criterio jurisprudencial, no consiente la imposición de todas las costas causadas en el juicio, a quien como consecuencia del mismo ha sido objeto de condena y absolución. (Sentencia de 25 de septiembre de 1963.)

— Aunque ya la sentencia declara en su parte dispositiva que cada uno pagara las costas en parte proporcional y con ello, perfectamente, podía hacerse la liquidación, al solicitarlo la parte recurrente, es preciso señalar que de los cinco delitos que fueron objeto de acusación, se absolvió por uno, se condenó al otro procesado por tres y al recurrente por uno, las cuotas en el pago de las costas deben ser una quinta parte de oficio, tres quintas

partes al otro procesado y una quinta parte al recurrente. (Sentencia de 2 de noviembre de 1963.)

— No deben ser impuestas las costas íntegramente al procesado, que, no obstante ser objeto de sanción por uno o más delitos, es absuelto por alguno o algunos de los que se perseguían en el mismo procedimiento. (Sentencia de 30 de noviembre de 1963.)

8. IMPUGNACIÓN DEL PROCESO: A) *Teoría general de los recursos*: a) *Prohibición de la «reformatio in peius»*.—La prohibición de la «reformatio in peius» supone un límite infranqueable de las facultades del juzgador «ad quem» que no puede ser rebasado en ningún caso por el Tribunal de casación. (Sentencia de 13 de noviembre de 1963.)

b) *Interés para recurrir*.—Los recursos contra las resoluciones judiciales no son torneos literarios para una mayor depuración de la redacción de las sentencias, a la que desde luego, deben de prestar gran atención los Tribunales, sino medios establecidos para que los afectados por aquellos tengan posibilidad de mejorar su situación y reparar, en su caso, la lesión de un interés; pero cuando este interés no existe y el fallo no puede ser alterado por el recurso, el interpuesto se queda sin contenido y fuera del ámbito procesal. (Sentencia de 21 de noviembre de 1963.)

B) RECURSO DE CASACIÓN: a) *Por infracción de Ley: Motivación*: a) *Artículo 849, número 1.º*.—Al requerir el planteamiento de un recurso de casación por infracción de Ley, la violación penal de carácter sustantivo u otra norma del mismo carácter, es decir, sustantiva que haya de ser observada en la aplicación de la ley penal, prescindiéndose, en este caso, de declaración de hechos probados que por la naturaleza de la resolución combatida no puede constar en un auto, al no indicarse por el recurrente el precepto sustantivo penal infringido, falta apoyo legal al recurso, habida cuenta a que los preceptos del Concordato y cánones del Código Canónico que se han citado, no tienen carácter penal, sino de reconocimiento de derecho a favor de los clérigos y de procedimiento. (Sentencia de 29 de noviembre de 1963.)

b) *Artículo 849 2.º: Documento auténtico*.—Es documento auténtico el acta del juicio oral, pero tan sólo en cuanto a sus formalidades intrínsecas. (Auto de 20 de septiembre de 1963.)

— Son documentos auténticos los privados reconocidos por ambas partes. (Auto de 20 de septiembre de 1963.)

— Los documentos constituidos de cuerpo del delito como en el caso del falso testimonio origen de esta causa, carecen de la categoría de auténticos. (Autos de 27 de septiembre de 1963.)

— Las diligencias de inspección ocular, no constituyen «per se» y en la totalidad de su contenido el documento auténtico a que hace mención el número 2.º del artículo 849 de la LEC a efectos de casación, puesto que sólo tienen esa privilegiada condición las observaciones personales hechas por el Juez que las practica, cuya realidad y certeza constata por sí mismo directamente, pero no puede extenderse esta consideración a los demás extremos que se consignan en el acto como reflejo o resultado de las de-

claraciones, opiniones o manifestaciones que hicieran los asistentes, como partes, testigos o peritos, a las que no debe darse más valor que a los demás medios de prueba que se ofrezcan al Tribunal «a quo», y que éste puede apreciar libremente para formar su estado de conciencia. (Sentencia de 28 de septiembre de 1963.)

— El documento que cita como auténtico no reviste este privilegiado carácter, por ser una comunicación dirigida al Juzgado Instructor por el Jefe del Parque Automovilista número 1 del Ministerio de Marina, que no está extendida en forma de certificación y expedida por funcionario o autoridad competente con referencia a hechos que consten en sus archivos o expedientes o sobre otros que tengan facultades de certificar. (Auto de 30 de septiembre de 1963.)

— La carta firmada por la parte querellante y por ella reconocida, es documento auténtico y acredita la deuda de dicha parte para con el procesado-recurrente, de 960 pestas, hecho silenciado por el Tribunal de Instancia en la sentencia recurrida y de importancia decisiva para graduar la cuantía de la defraudación y de indemnización correspondiente. (Sentencia de 30 de septiembre de 1963.)

— No tiene la condición de auténtico un oficio de la Delegación Provincial de Sindicatos, que no viene en forma de certificación. (Sentencia de 14 de octubre de 1963.)

— Unos informes del Gobierno Civil no tienen el privilegiado carácter de auténticos. (Sentencia de 19 de octubre de 1963.)

— El escrito del Ministerio Fiscal solicitando la revocación del auto de conclusión del sumario y la práctica de nuevas diligencias no tiene la condición de documento auténtico. (Sentencia de 23 de octubre de 1963.)

— No puede hacerse valer como error de hecho un cambio en la calificación de las partes acusadoras, asunto más propio de examinarse por la vía del quebrantamiento de forma. (Sentencia de 5 de noviembre de 1963.)

— La condición de autenticidad, a efectos de casación, vale tanto, como fehaciencia. (Sentencia de 5 de noviembre de 1963.)

— Hay que admitir la plena fehaciencia de las situaciones coetáneamente presenciadas por el Juzgado, no en los pretéritos apostados por testimonios ajenos a que la fe de la plena veracidad no alcanza. (Sentencia de 25 de noviembre de 1963.)

b) *Recurso de casación por quebrantamiento de forma*: a) *Artículo 850 número 4.º*.—El hecho de que el Presidente del Tribunal de Instancia haya desestimado por impertinente la pregunta formulada a uno de los testigos de cargo, no puede originar la casación en la forma al amparo del número 4.º del artículo 850 de Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando tal pregunta no se refería realmente a la cuestión debatida en el juicio oral, sino al ejercicio o no por el testigo de determinada actividad particular ajena a la conducta que se enjuiciaba, lo que encerraba un concepto capcioso que no estaba obligado a contestar el testigo. (Sentencia de 2 de diciembre de 1963.)

b) *Artículo 851, número 1.º: Falta de claridad en los hechos probados*.—La falta procesal prevista en la proposición inicial del número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que determina la

anulabilidad de la sentencia de instancia es la que afecta a los hechos que, estando relacionados con las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, constituyen o deben constituir la premisa esencial del fallo, no la que pudiera recaer sobre aquellos datos circunstanciales o accesorios, más o menos emparentados con los anteriores, que el juzgador de instancia estime oportuno incorporar a la resultancia probatoria por vía de antecedente o complemento del hecho principal y relevante para la responsabilidad del encausado. (Sentencia de 7 de octubre de 1963.)

— La parte acusadora se mostró conformidad con las conclusiones del Ministerio Fiscal con el solo aditamento de imputar al procesado haber inducido al guarda a que firmase un recibo por 7.200 pesetas que no satisfizo y que sirvió para justificar la salida de la cantidad, formulándose la acusación concreta a este respecto, resuelta por una absolución peculiar y explícita en el fallo, pero sin que el relato de hechos probados se haga mención a esta faceta concreta de las imputaciones que tuvo vida propia en el debate y fallo; tal vez, en mera conjetura, a esta facturación propuesta y se ignora si aceptada, firmada e indebidamente contabilizada, se aluda en relación fáctica en aquel período, en el que al referirse a pagos hechos en relación al débito que se hacía figurar en la liquidación provisional o inicial, se dice «que justificaron con el pago de unos servicios cuya legalidad y efectividad fueron puestos reparos por la Cámara Oficial Sindical Agraria de B.», pero en las mismas inseguridades y posibilidades, que dejan al hecho sin definición de probanza, reflejan aquella falta de claridad y sobre todo de terminante y expresa declaración, que de consumo imponen los párrafos 2.º del artículo 142 y 1.º del 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (Sentencia de 14 de octubre de 1963.)

— El motivo de recurrir, por quebrantamiento de forma, presenta una absoluta disparidad con los antecedentes que determinaron, en este mismo proceso, la sentencia de esta Sala, de 22 de diciembre de 1960, entonces podía achacarse a falta de claridad el que no se concretase quienes fuesen los intermediarios que vendieron chatarra al recurrente ahora, con precisión del resultado probatorio, ya que no con éxito en la probanza, se concreta que la personalidad de los aludidos intermediarios no ha sido identificada y ello implica no una indeterminación del hecho, único apoyo para un recurso de esta motivación, sino, como queda dicho, una insuficiencia de prueba, que si se amparase otra vez como defecto formal llevaría a una serie indefinida de inútiles casaciones y reiteraciones de la misma sentencia, por lo que ha de desistirse el motivo, sin perjuicio de que la cuestión básica sea nuevamente estudiada cuando se llegue a examen de los motivos de fondo. (Sentencia de 4 de noviembre de 1963.)

— No es lícito derivar la falta de claridad en la omisión de ciertos hechos que a juicio del recurrente debió hacer constar el Tribunal, sino que hay que fundamentarla en la ambigüedad o confusión y falta de determinación de los mismos hechos (Sentencia de 9 de noviembre de 1963.)

— No constituye falta de claridad o de concreción, el empleo de la declaración de hechos probados de las expresiones verbales, atribuidas a los procesados, de «confeccionar imitando a las legítimas etiquetas de marcas de champagne B.», pues tal actividad concertada entre todos los participan-

tes, no precisa que se especifique el cometido concreto de cada uno de ellos, que puede ser más o menos importante o secundario en el orden material, pero que en el jurídico resulta solidario al mediar el común plan y propósito, evidenciando en la expresión plural de sus conductas. (Sentencia de 19 de noviembre de 1963.)

c') *Artículo 851, número 1: Contradicción entre los hechos probados.*—La contradicción necesaria para que prospere el recurso de casación por quebrantamiento de forma, ha de darse en los mismos hechos y no entre éstos con los considerandos o con el fallo, según se desprende con meridiana claridad de la locución «entre ellos» empleada en el número 1.º del artículo 851 de la Ley de enjuiciar; y más bien estas aparentes o posibles contradicciones que puedan revelarse entre el contenido de los diferentes componentes de una sentencia, podrían ser objeto de estudio y resolución en recurso de fondo, según el mismo recurrente parece lo estima, al volver sobre este tema en los motivos de esta índole que después plantea. (Sentencia de 26 de septiembre de 1963.)

— Es perfectamente compatible la afirmación de evidente «ánimo de lucro» que establece la sentencia de instancia, con la posterior que hace de que dejó abandonado el vehículo, cuatro días después, porque el ánimo de lucro se produce antes o al menos al inicio de la comisión de los delitos contra la propiedad y persiste hasta su total o parcial realización, y el abandonar aquello que hizo suyo el agente con libre disposición y aprovechamiento durante algún tiempo, aunque sea breve, repercute sólo en la restitución o indemnización a que el autor del delito viene obligado. (Sentencia de 26 de octubre de 1963.)

— La contradicción ha de ser patente y tan clara que las afirmaciones fácticas que se hagan resaltar como contradictorias se repelan mutuamente hasta el extremo de que lo que diga una lo niega otra y darse, con necesidad legal en los propios hechos, y como los recurrentes la deducen de los razonamientos del primer Considerando de la sentencia impugnada, al expresar que en cuanto a la actuación del funcionario pudiera existir una desviación de poder y agregar inmediatamente que esto, en modo alguno, puede calificarse de extralimitación de funciones, es visto que procede denegar este inciso del motivo diferenciador que pudo tener en cuenta el Tribunal «a quo» al hacer uso de sus razones doctrinales de los dichos conceptos aparentemente contradictorios. (Sentencia de 22 de noviembre de 1963.)

d') *Artículo 851, número 1.º: Predeterminación del fallo.*—La frase «no prestar la debida atención y cuidado» no significa más que la manera o modo de conducir, no estar atento a las indicaciones de la circulación —hecho no concepto— y que en todo caso su adición o supresión no altera la narración fáctica a efectos de calificación, al consignar seguidamente que no detuvo la marcha, que iba a bastante velocidad y que cruzó al tranvía por el lado izquierdo y sobre la vía de los contrarios, o sea, que se dan a conocer hechos concretos en los que consistieron la falta de atención y cuidado; evidenciando con ella la improcedencia de casar la sentencia por esa locución intrascendente para la calificación jurídica del suceso sumarial. (Sentencia de 30 de septiembre de 1963.)

— La imprudencia punible, por lo mismo que no está definida en ningun-

no de los artículos del Código penal, que se refieren a ella como a uno de los dos modos de cometer delitos no esencialmente intencionados, no es en realidad un concepto jurídico, sino que su comprensión está al alcance del discernimiento moral, por lo que las palabras «falta de cuidado», «falta de diligencia» y otras parecidas que expresan la despreocupación por los bienes ajenos, se aplican con acierto, incluso por los más legos en Derecho y caben perfectamente sin predeterminar jurídicamente el fallo en el Resultando de hechos probados, aunque éstos no sean todos los objetivos. (Sentencia de 30 de septiembre de 1963.)

— En el artículo 565 del Código penal, ninguna referencia se hace a la previsibilidad, previsión, cautela ni aun prudencia, y si es cierto que algunos de ellos se usan en el lenguaje técnico, lo son también en el corriente, sin que en ningún caso, y esto es lo decisivo a efectos de casación, predeterminen por sí solos el fallo, porque aun mentalmente suprimidos del texto, se producirían idénticos efectos al acreditarse efectiva ausencia de elementales precauciones, cuyo tenor y entidad, son asunto propio de los extremos de fondo, donde será reconsiderando con la amplitud requerida. (Sentencia de 6 de octubre de 1963.)

— El que se consigne que «mediante dádiva» fue como se influyera sobre los funcionarios, no predetermina el fallo. (Sentencia de 22 de octubre de 1963.)

— La comparación entre el hecho probado de apropiación de chatarra por el reo con ánimo de hacerla suya y la definición legal del robo según el artículo 500 del Código represivo, como apoderamiento de cosa ajena con ánimo de lucrarse, demuestra la correcta redacción de la sentencia impugnada, que no incide en el defecto formal que denuncia el recurso, al alegar el artículo 851, número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento, pues aparte de emplear palabras diversas de las usadas por aquel Código, no es anticipada calificación del caso enjuiciado, según afirma el recurrente, sino premisa de hecho indispensable para la posterior represión penal de una sustracción mediante fuerza en las cosas que, de no reunir todos los caracteres delictivos como lo expresa la sentencia, quedaría impune. (Sentencia de 22 de octubre de 1963.)

— Si bien la palabra «dádiva» empleada en el Resultando de Hechos Probados constituye incorrección procesal no llega a la categoría de concepto jurídico (Sentencia de 22 de octubre de 1963 y 14 de noviembre de 1963.)

— La referencia al «engaño», no merece la consideración de concepto jurídico predeterminante del fallo, en primer término, por ser una expresión vulgar y no técnico-jurídica, y, sobre todo, habida cuenta de que en el hecho probado hay constancia de actos suficientemente significativos, cual el de rellenar de vales, para que, aún borrado el vocablo, surta idénticos efectos, en virtud de lo cual su supresión real resultaría supérflua. (Sentencia de 23 de octubre de 1963.)

— Afirmar que «el accidente fue originado exclusivamente por la actuación de otro conductor» no es sustitutiva de ningún hecho, que es lo que daría contenido a este motivo, sino la expresión de lo que fluye del relato; frase en buena técnica debió llevarse a otra parte de la sentencia, pero

que estampada allí no aporta elemento valorativo para la calificación jurídica del hecho enjuiciado, al punto que suprimida de ese lugar la narración quedaría con los requisitos necesarios para esa calificación. (Sentencia de 25 de octubre de 1963.)

— Repetidas veces ha declarado esta Sala que la frase «con ánimo de lucro» no es, por lo general, determinante del fallo, por ser un concepto vulgar y corriente, que aunque empleado por el legislador para la definición de algunos delitos, no precisa de conocimientos especiales para comprender y deducir su alcance procesal en casación que la asigna el recurrente, cuando la sentencia la emplease de modo exclusivo para relatar los hechos probados y omitiera la debida y detallada puntualización de estos con sus caracteres punibles, y como de otras partes del relato fáctico se deduce el ánimo de lucro, al decir que se apoderó del automóvil que tenía aparcado y cerrado su propietario, utilizándolo en propio beneficio durante algún tiempo procede denegar la casación. (Sentencia de 26 de octubre de 1963.)

— El empleo de los sustantivos «parcialidad» e «incompetencia» que en el Resultando de hechos probados se consignan, no es a título de conceptual convicción del Tribunal «a quo», sino mera referencia al contenido de unos escritos o actuaciones procesales atribuidos al procesado, y esto supuesto, la manera de combatir lo que como mero hecho se consigna no sería por la improcedente vía de impugnar el concepto jurídico que el Tribunal no ha establecido, sino por la del mero error de hecho, caso de haberse dispuesto de documentos auténticos, a los fines de la casación. Sentencia de 30 de octubre de 1963.)

— La expresión de compra a sabiendas de objetos de robo, no es concepto jurídico, sino alusión a una situación anímica, la de que en una operación de compra se operó con el adquiriente con conciencia de la procedencia de los objetos y esto no implica el empleo de ideas o vocablos reservados a la técnica jurídica, ni de nada distinto a lo que es medio corriente de expresión al aludirse, en el lenguaje usual a fenómenos de esta clase. (Sentencia de 4 de noviembre de 1963.)

— Señalar que obró «con lúbricos deseos e instintos lúbricos» no supone empleo de conceptos jurídicos. (Sentencia de 5 de noviembre de 1963.)

— Si bien es cierto que según el número 1.º del artículo 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal implica un defecto formal, el empleo por los juzgadores de conceptos jurídicos que predeterminen el fallo, vicio en el que con harta frecuencia se incurre, no obstante haberse prevenido reiteradamente que se ponga especial cuidado en evitar esa falta que puede dar origen a la estimación de recursos de casación por quebrantamiento de forma, no tiene un valor tan absoluto esa infracción, cuando las palabras o frases usadas son del dominio vulgar y corriente, ante cuya condición cede el carácter jurídico que pudieran tener como empleadas por el legislador al definir un delito, lo que sucede con las expresiones «excesiva velocidad» máxime cuando en el hecho probado se suministran elementos que prescindiendo de las palabras denunciadas, contribuyen a dibujar el acaecimiento registrado, quedando ya al margen aquéllas y al puntualizarse que el procesado conducía el vehículo en forma peligrosa para el tránsito, sorteando otros vehículos y estando a punto de atropellar a un agente de la autoridad que

le diera el alto y que tuvo que refugiarse en la acera, como en el primer considerando, complemento del resultando básico, según reiterada doctrina de esta Sala, consta claramente que quien recurre, conducía el coche en forma «eminentemente» peligrosa y con indudable riesgo para vehículos y peatones —así consta en la sentencia, cuando el vocablo correcto era «evidentemente»— deslizándose aquél, sin duda, por error de copia, es notorio que el vicio patentizado no existe, con el positivo valor para constituir una causa estimativa del recurso de forma. (Sentencia de 5 de noviembre de 1963.)

— Los conceptos «no prestó la debida atención» y aquel en que afirma la sentencia «que sin preferencia de paso» lanzó el coche al encuentro de la locomotora predeterminan el fallo, por no ser conceptos propiamente jurídicos que el legislador les diera este rango al utilizarlos en la definición del acto imprudente punible, en las varias gradaciones que describen los artículos 565 y número 3.º del 586 del Código penal, en los que no son empleados, y aunque en la doctrina se haga uso, a veces, de dichas frases para concretar cuándo es punible la imprudencia, tampoco pasan de ser un concepto vulgar fácil de comprender su significado por personas de escasa o mediana cultura; y además, que del relato fáctico se deducen, aun suprimidas, las mismas realidades que aquellos léxicos significan. (Sentencia de 9 de noviembre de 1963.)

— Al consignarse en la relación de hechos probados el «no haber adoptado el procesado Miguel C. G. las precauciones debidas para conservar el dominio de los movimientos del coche y poder efectuar el cruce sin peligro para los demás usuarios de carreteras», se formulan verdaderos conceptos que atañen a lo esencial del delito y de índole tan cabalmente jurídico-reglamentaria, que son casi transcripción de aquél anunciado de amplísima generalidad que contiene el artículo 17 del Código de la Circulación, cuando establece que los conductores de vehículos «deben ser dueños de los movimientos de los mismos para evitar posibles accidentes o cualquier perjuicio o molestia a los demás usuarios»; si, pues, los auténticos conceptos jurídicos han integrado la relación fáctica en términos tales que prejuzgan lo antireglamentario de la acción del procesado, pero sin apoyo del hecho que soportase las auténticas y apriorísticas conclusiones, es visto que debe prosperar el recurso. (Sentencia de 11 de noviembre de 1963.)

— Los juicios de naturaleza desvalorativa o valorativa que el Tribunal «a quo», procediendo de forma irregular, incluye en la narración de los hechos probados, aunque no entrañen conceptos jurídicos, no vinculan en ningún caso a este Tribunal de casación, el que conserva íntegra la potestad de apreciar y ponderar la conducta del reo conforme a las normas pertinentes, razón por la que la frase «falta de todo cuidado y precaución», estampada en el primer resultando de la sentencia recurrida, ha de tenerse como no puesta, llegado ya el momento supremo de resolver con carácter definitivo si la acción del encartado fue imprudente desde el punto de vista penal. En la formación del juicio sobre la culpabilidad del reo, tampoco ha de dejarse influenciar este Tribunal por aquellas expresiones empleadas por el de instancia al relatar los hechos que, sin constituir puros o genuinos juicios de índole desvalorativa, estén cargadas de una significación peyorativa tan manifiesta e inequívoca que sean susceptibles de predisponer al juz-

gador en contra del encausado, pero que estén en desacuerdo con la descripción de los hechos propiamente dichos; razón por la cual, a la locución «se arrojó a rebasarlo y sortearlo por delante», utilizaba en dicho resultando con el designio indudable de acusar la osadía y atrevimiento del motorista al pasar por delante del auto-taxi, no debe concedérsele otro valor distinto del que llanamente se desprende del estudio de los hechos, estrictamente entendidos. Sentencia de 11 de noviembre de 1963.)

— Los hechos, incluso en su aspecto negativo de omisiones, no son un concepto jurídico que como tal puedan predeterminar el fallo, aunque se relaten con las mismas palabras que el precepto penal emplee para tipificarlos como punibles, por lo que la sentencia recurrida, al atribuir el hecho de autos a no haber sido el conductor del tranvía dueño de los movimientos del vehículo y decirlo casi con la misma frase que encabeza el artículo 17 del Código de la Circulación no incide en el quebrantamiento de forma. (Sentencia de 28 de noviembre de 1963.)

— Si bien el legislador al definir el delito de hurto emplea las expresiones «de sustraer sin fuerza ni violencia» que aparecen utilizadas en la sentencia de instancia, es preciso no olvidar que si prescindiendo de tales frases se dan en el hecho otros elementos que concretan la forma cómo se han operado las sustracciones, que se efectuaron primero por una puerta que se comunicaba con otro local y posteriormente por la principal y durante las noches, con estos datos queda perfectamente acreditada la inexistencia de la fuerza y la violencia como vicio de forma denunciado, ya que el aditamento de «ánimo de enriquecerse», constituye una presunción común a algunos delitos contra la propiedad y no es de por sí término jurídico, sino del dominio vulgar. (Sentencia de 2 de diciembre de 1963.)

— Aunque pudo haber sido gramaticalmente más correctamente la expresión de la sentencia sobre la parte de perjuicios a cargar a los respectivos procesados condenados, lo cierto es que en lo que más importa, esto es, en el fallo, se esclarece la solidaridad al decidir para ambos una única indemnización, y en cuanto al empleo de conceptos jurídicos predeterminantes de la condena, al haberse empleado al término negligente y otros no específicamente jurídicos no tienen la suficiente inequívoca significación que justificaría el defecto de forma, dada la constancia de otras expresiones no menos características para decidir la calificación procedente, aun suprimiendo imaginariamente las censuradas. (Sentencia de 6 de diciembre de 1963.)

— Las palabras «grave escándalo» y «trascendencia», aunque las emplee el Código penal, no son conceptos jurídicos que requieran una especial cultura para su comprensión, y si palabras de uso vulgar y corriente, necesarias para determinar las consecuencias de los actos realistas por el procesado. (Sentencia de 19 de diciembre de 1963.)

— Si bien es verdad que el verbo yacer es empleado por el legislador en la definición del delito de adulterio, artículo 449 del Código penal, este vocablo invocado en la relación fáctica no puede estimarse como concepto jurídico predeterminante del fallo, toda vez que es una palabra vulgar y corriente, cuyo significado está al alcance de cualquier persona de cultura media, y para su perfecta comprensión no es preciso poseer especiales conocimientos de derecho, pues, como ha declarado esta Sala en anteriores re-

soluciones, por conceptos jurídicos a los fines casación, sólo cabe entender las expresiones de matiz jurídico que entran dentro de la técnica penal por haberse valido de ellas el legislador para definir el delito o diferenciar las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en ninguno de ambos supuestos está comprendido el caso que se contempla. (Sentencia de 30 de diciembre de 1963.)

e) *Artículo 851, número 3.º No resolución de todos los puntos objeto de debate.*—La equivocada consignación en el primer considerando, de que el Ministerio Fiscal actuaba como única parte acusadora no puede hacer surgir el levantamiento de forma basado en el número 3.º del artículo 851 del Ordenamiento procesal criminal, de no resolverse todos los puntos que hayan sido objeto de acusación y defensa, porque aun existiendo acusación particular, al que en el encabezado de la sentencia de instancia se denomina actor civil, tal parte en sus conclusiones discrepa del fiscal en las cuantías de la pena y en la de la indemnización civil y como la sentencia que absuelve y aun la que condena según reiterado criterio de esta Sala, resuelve por regla general todas las cuestiones planteadas, es notorio que la sentencia recurrida, ha solucionado los extremos jurídicos sometidos a un examen al absolver al encausado. (Sentencia de 9 de octubre de 1963.)

— La falta de legitimación procesal del acusador privado que en este motivo se denuncia y que se alegó «in voce» en el acto de juicio oral, pudo impugnarse durante la tramitación del sumario o del primario que era el momento oportuno y no se hizo, en el encabezamiento de la sentencia recurrida, quedó resuelta esta cuestión, extemporáneamente propuesta, a cuya acusación particular le fueron oportunamente ofrecidas las acciones, habiéndose tenido por personada en tiempo y forma tanto en el trámite sumarial como en el plenario y actuando sin impugnación. (Sentencia de 21 de noviembre de 1963.)

c) *Requisitos formales.*—Se omite la fecha de la protesta, como exige la Ley, pues decir el acto de la vista en que se reclamó no es la indicación de la fecha por la Ley procesal requerida. (Auto de 20 de septiembre de 1963.)

— Se incumple en el párrafo 2.º del artículo 855 de la citada Ley, que exige la puntualización del error documental padecido por la Sala, que no se llena con la invocación de «la totalidad del contenido de los documentos», porque tal alegación representa, no una indicación del error padecido, sino un completo estudio de análisis de la prueba valorada ya por la Sala sentenciadora, con lo que se contraría el espíritu de la casación encaminada a resolver errores claves derivados de una defectuosa apreciación de prueba documental inatacable, no contradicha por otros elementos. (Auto de 20 de septiembre de 1963.)

II PARTE ESPECIAL

— *Procedimiento de urgencia:* a) *Incomparecencia de testigo.*—La Audiencia procedió rectamente al no suspender el juicio oral pese a la incomparecencia de uno de los testigos propuestos por el que ahora recurre, en primer lugar, porque tramitada la causa por el procedimiento de urgencia

se atuvo a lo dispuesto en el artículo 801, párrafo 3.º de la ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor, no se suspenderá el juicio por la incomparecencia de testigos cuando estos hubieran declarado en el sumario y el Tribunal se considere suficientemente instruido con la prueba práctica para formar juicio completo sobre los hechos, condiciones concurrentes en el caso de autos, por cuanto que don ..., había declarado en el sumario y en el acta de juicio oral se consigna que la Sala de Instancia acordó no haber lugar a la suspensión solicitada por la defensa, en vista de la incomparecencia del testigo nombrado «por existir suficientes elementos de juicio», y, en segundo término, porque, si no compareció el testigo referido fue debido a que no pudo ser citado para el juicio por resultar desconocido en el domicilio donde se intentó el acto procesal de intimación. (Sentencia de 27 de septiembre de 1963.)

— Al amparo del artículo 802 el Tribunal no estimó necesaria la suspensión del juicio, fundándose en ser sumarial el testigo que no compareció a pesar de estar citado. (Sentencia de 15 de octubre de 1963.)

b) *Reiteración de la protesta.*—De acuerdo con el número 3.º del artículo 874, si bien consta la protesta exigida por la Ley en el otro sí del escrito de conclusiones provisionales que puede estimarse aceptable en forma y contenido, dada la especialidad del procedimiento de urgencia y la obligación genérica para todo Magistrado penal contenida en diversos preceptos de la ley de Enjuiciamiento, respectiva y especialmente en su artículo 2.º en cambio, falta la constancia en el acta del juicio oral, de la reproducción de prueba y repetición de la protesta, según autoriza el artículo 800, modificación 1.ª de la Ley Procesal, interpretada por la Jurisprudencia de esta Sala. (Auto de 7 de noviembre de 1963.)

CRONICAS EXTRANJERAS

Bicentenario de Beccaria y XII Jornadas de Defensa Social

Paris, 18, 19 y 20 de junio de 1964

A. BERISTAIN, S. J.

Universidad de Deusto (Bilbao)

El Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de París, y el Instituto de Derecho Comparado de la misma Universidad han organizado, el 18 de junio, un acto académico conmemorativo del segundo centenario de la publicación del *Tratado de los delitos y de las penas* de Beccaria, al que asistieron casi un centenar de destacadas personalidades del campo jurídico-penal de Francia y del extranjero.

Abrió la sesión el Profesor Georges Levasseur, que subrayó tres puntos centrales en la doctrina del insigne autor italiano: el legalismo de los delitos (todo ciudadano debe conocer la calificación jurídica que merecerá su acción antisocial) y de las penas (excesivamente fijas y concretas), la función preventiva de las autoridades (la más acertada organización social conseguirá mejores resultados antidelictivos que las penas propiamente dichas) y la finalidad intimidativa de las penas (ciertamente aplicadas, pero con moderación y humanismo en el tratamiento). El Profesor Levasseur terminó su breve disertación con unas acertadas referencias —y diferencias— de la doctrina beccariana y la actual.

A continuación tomó la palabra el Presidente de la Sección Criminal del Tribunal de Casación, Charles Zambeaux, para exponer la intensa y extensa acogida que el libro de Beccaria ha encontrado a lo largo de estas dos centurias en muchos magistrados franceses. Ellos han sido sus entusiastas editores, prologuistas, traductores y comentadores. Por eso, nadie se extrañará del efecto pluridimensional de esta obra tanto en el campo sustantivo (limitación de arbitrariedades en las calificaciones, y de crueldades en las sanciones —supresión de la tortura—) como en el procesal (fusión positiva de sistemas inquisitivo y acusatorio) y aun en los mismos textos legales.

El «Bâtonnier» Presidente-decano de la Orden de los Abogados del Tribunal de Apelación de París, René Bondoux, desarrolló varios aspectos sobresalientes en el *Tratado de los delitos y de las penas*, destacando principalmente su preocupación por los valores humanos así como la libertad y la dignidad del inculpaado, y la moralidad del Derecho. Tuvo elogiosas referencias al contenido y al estilo de este breve y denso libro, que más que leído, debe ser meditado por todo jurista.

Por fin, el Profesor de la Universidad de Roma, Giuliano Vassalli, pronunció (en un francés perfecto, tanto por el estilo como por la pronunciación), una excelente conferencia que esperamos y deseamos ver pronto editada. A modo de introducción, describió las relaciones de Beccaria con Francia (especialmente el influjo ideológico de Montesquieu y todos los enciclopedistas) y la situación jurídico-político-sociológica de la ciudad de Milán (bajo la dominación española). La parte central de su conferencia explanó puntos principales del libro, agrupándolos en tres bloques. Primero: innovaciones propugnadas por Beccaria y ya hoy universal y definitivamente aprobadas y aplicadas. Segundo: innovaciones todavía discutidas por los teóricos y prácticos del Derecho penal y Sistema penitenciario. Tercero: innovaciones «en plan de desarrollo». Aquí, dedicó un excursus de gran interés para resumir la evolución histórica de la pena de muerte en la doctrina y legislación italiana. Otros mil aspectos de esta disertación merecen ser conocidos de nuestros lectores, pero la falta material de espacio nos obliga a insinuar únicamente que comentó también las causas del éxito del libro, las acusaciones de que ha sido objeto, la conveniencia de evitar la total indeterminación en las medidas de seguridad, etc. Terminó su exposición con una referencia a Galileo de cuyo nacimiento celebramos también este año el cuarto centenario.

II

El Centro de Estudios de Defensa Social del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de París, ha tenido la gentileza de invitarnos a sus «*XII Journées de Défense Sociale*», celebradas el 19 y 20 de junio de 1964, en las que se ha tratado el tema «La confrontación del Derecho penal clásico y de la Defensa Social».

En estas Jornadas hemos aprendido mucho de la Historia y Dogmática del Derecho penal... y de la utilidad y necesidad de dialogar con ese «esprit» francés que, como sus vinos, junta en armónica composición la suavidad, el buen gusto y la eficacia... la ayuda para digerir y asimilar todo lo aprovechable en las ideas que se nos ofrecen.

Mucho se ha hablado, dialogado y discutido en estas Jornadas. Como todo ello será publicado en la *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, nos limitamos a unas breves indicaciones acerca de lo más sobresaliente del programa.

El viernes, día 19, a las nueve y media, en el Centro Francés de Derecho comparado, nos reunimos los setenta participantes (la mayoría franceses), para escuchar la conferencia fundamental y muy ponderada del Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas de Toulouse, Roger Merle. Expuso y comparó los rasgos fundamentales del Derecho penal clásico y neoclásico (legalidad, utilidad y libertad) junto a los de la Nueva Defensa Social (defensa social por el delincuente, omisión de penas, de retribución y de «justicialismo»). Analizó también las diferentes posturas e interpretaciones de la responsabilidad, de la práctica judicial y penitenciaria en ambas tendencias, y por fin, terminó glosando a San Agustín, formulando

su deseo y esperanza de que la actual distinción y enfrentamiento conduzcan a una fusión ideológica y práctica.

La segunda conferencia corrió a cargo de Georges Heuyer, Profesor honorario de la Facultad de Medicina de París. Centró su estudio en la personalidad del delincuente, desde el punto de vista criminológico, con muy fecundas referencias a los antecedentes históricos de la ciencia jurídico-criminológica actual. Varias de sus indicaciones nos parecieron rebosantes de experiencia y sabiduría, por eso las subrayamos en nuestra intervención.

A continuación, Marc Ancel, contestó al Profesor Merle, con breves pero densas palabras. El estructurador de la Nueva Defensa Social concretó una vez más las coordenadas orientadoras de su movimiento humanista y las diferencias más notables que le separan del Derecho penal clásico o neoclásico (y del positivista). Perfiló atinadamente el significado y el contenido de su deseo de desjuridización (tan mal expresado o tan mal entendido... o ambas cosas) que no implica el abandono ni de la técnica propia, ni de la justicia, ni de la legalidad, aunque en todos estos campos procure serias y radicales evoluciones, y revoluciones. Insistió en la conveniencia y necesidad de examinar y conocer con mayores aportaciones científicas la personalidad del inculgado, a pesar de las muchas dificultades que se encuentren, tanto por parte de los juristas como de los médicos y especialistas. Siguiendo la línea insinuada por Merle, se refirió a San Agustín y auguró una fecunda síntesis doctrinal y pragmática, cuyos primeros pasos exigen: en los neoclásicos, conceder una mayor importancia a la personalidad del delincuente y en los neodefensistas, una más decidida admisión *ordo iudicis*. Estas dos proposiciones nos parecen sumamente acertadas y de una transcendencia incalculable. Ojalá pronto podamos verlas cumplidas.

Por la tarde, a las tres y cuarto, abrió la sesión el Decano de la Facultad libre de Derecho de París, André Richard, con un estudio muy ponderado y objetivo, de tendencia neoclásica, que dio pie a profundas e interesantes discusiones en privado y en público.

Jean Pinatel, Secretario de la Sociedad Internacional de Criminología, tomó la palabra a continuación. Dejó aparte la ponencia que había preparado (y que junto con algunas otras, como la del Profesor Heuyer, se nos había entregado anteriormente a los participantes) y expuso una muy docta cosmovisión del desarrollo histórico y doctrinal de la responsabilidad. Algunas de sus interpretaciones, por ejemplo la del Profesor De Greeff, nos parecen muy luminosas, otras en cambio quizás algo desenfocadas, pero todas merecen nuestra reflexión. La decisión de Pinatel de abordar directamente el tema, aunque como decimos había preparado otra ponencia, merece nuestro aplauso: en este momento el problema de la responsabilidad debe ser objeto de serias investigaciones.

Entre los demás oradores del viernes, debemos destacar al Profesor de Derecho penal de la Universidad de Milán, Gian Domenico Pisapia, que con extraordinaria profundidad y cultura científica contribuyó grandemente a ubicar en su debida perspectiva las nociones e instituciones más centrales discutidas en estas Jornadas.

Nuestra intervención fue sencilla y de poca envergadura. Nos limitamos a recordar que el Derecho penal clásico, fue la expresión de una sociedad resueltamente esclavista, que desconocía al trabajador, a la mujer y al niño; de una sociedad individualista y capitalista, cuyo concepto de la propiedad admitía tanto el uso como el abuso de los bienes... y de las personas. El Derecho penal de nuestros días necesita del ontologismo existencial y espiritual del hombre latino. Necesita de una cosmovisión cristiana de la persona.

El día 20, en la Facultad de Derecho y Ciencias Económicas, se celebró la sesión de clausura. Hicieron uso de la palabra el Profesor Vassalli, el Presidente en el Tribunal de apelación Chazal, el Capellán general de las prisiones de Francia, P. Vernet, etc. Finalmente, el Profesor Levasseur, en una amplia y muy amena exposición, expuso y comentó lo más importante que a lo largo de estas Jornadas habíamos oído. Este informe general llamó poderosamente la atención por su objetividad y sus atinadas consideraciones críticas, nunca superficiales y nunca hirientes. No esperábamos que después de tan abundantes y distintos pareceres, pudiese resumirse y aún criticarse lo principal de todos ellos, y con el aplauso unánime de la totalidad de los asistentes.

REVISTA DE LIBROS

ACHARD, José: «Legislación atinente a menores en las Américas». Fascículo segundo del segundo tomo. Montevideo. Año 1963. Instituto Internacional del Niño. Páginas: 236.

La protección al menor, tanto más estimable cuanto más profiláctica y preventiva, hacia un futuro de infortunio y de delito, adquiere caracteres internacionales por la unánime coincidencia legislativa de los países civilizados y por el auxilio y colaboración de los Estados en el campo de sus mutuas relaciones.

«Pfeocupaciones internacionales en torno al menor», fue tema de interesante y docta ponencia de nuestro maestro Guallart y L. de Goicoechea a la XIII Asamblea General de la Unión Nacional de Tribunales Tutelares de Menores, celebrada en Valencia en el año de 1950. En ella quedó destacada la serie de esfuerzos de la extinguida Sociedad de Naciones y el amplio y vasto contenido del Comité Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, que apreció desde el primer momento la importancia de la protección y ayuda a la infancia.

En este conjunto de actuaciones y de esfuerzos en pro de los menores, destaca en el ámbito internacional y dentro de Hispanoamérica, el Instituto Interamericano del niño, con residencia en Montevideo, que sin descuidar el aspecto investigador y formativo, abarca el orden jurídico, sobre todo en el campo del Derecho comparado.

Coincidente con este último punto de vista, las publicaciones del mencionado Instituto, ofrecen cuanto en los países americanos, se viene legislando en sentido protector de la infancia.

Siendo, el que comentamos, un segundo fascículo y segundo tomo, hace el número cuatro de las publicaciones emitidas desde Montevideo por el Instituto Internacional del Niño, encontrándolo dedicado a las Repúblicas de Costa Rica —que recientemente ha promulgado la Ley orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores—, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

El precedente estudio sobre el Derecho comparado del menor en los referidos Estados, abarca materia laboral y de aprendizaje, entresaca normas y disposiciones del campo civil y del político y dedica toda la importancia que merece el aspecto penal, allí donde frustrada la acción preventiva en pro de la infancia, ésta se ve sumida en triste y precoz delincuencia.

Su autor, José Achard, mantiene en este tomo las directrices de los precedentes, obteniendo su éxito por el interés y utilidad del trabajo en sí, más que por la amplia difusión editorial que puede alcanzar.

Junto al interés científico de la obra, destaca su valor afectivo, muy propio de este género de publicaciones referentes al menor, proyectando sus problemas al campo internacional.

Debe reconocerse como laudable, la obra del Instituto mencionado, que

ofrece su trabajo y enfoca sus preocupaciones, frente a tanto problema y estímulo, que puede socabar la formación de los menores, por sendas de inadaptación moral y social.

JOAQUÍN BASTERO

D'ANGELILLO, Antonio: «*Le Frodi fiscali*». **Volume I, Le alterazioni dei bilanci e l'imposta di ricchezza mobile.** Milano, Giuffrè, 1963, págs. 264.

Nos hallamos ante una obra de interés sumo, en una de las materias más faltas de un tratamiento técnico-jurídico y de revisión hacia unas soluciones más justas. Por ello, constituye un incentivo para nosotros, al ponernos ante una más plena visión de la problemática que los fraudes fiscales plantean, de frente a un derecho penal que ha de correr parejo con las exigencias concretas venidas de las peculiaridades que las complejas estructuras de la moderna economía presentan.

Situado en un terreno científico, examina de modo sereno e imparcial, las dos vertientes del problema: de un lado, el ocultamiento del objeto sobre el que versa la imposición por parte de los contribuyentes, al sentirse oprimidos por una tasación avasalladora; y de la otra, la posición de una Hacienda cada vez más férrea y desorbitante en sus exigencias, que es causa del descrédito del ciudadano hacia las tasas impositivas, creándose de este modo, la mentalidad del evasor que considera como legítimo, o al menos, no deshonoroso, el ocultar los réditos. Así, el empleo de la astucia es considerado normal. Actualmente, puede afirmarse en estos casos, que es la misma ley la que impide la honestidad del contribuyente.

Tras de formular un concepto del rédito imponible, distribuye el autor el contenido de la vasta materia a desarrollar en dos partes. En la primera, trata del rédito imponible, comprendiendo, la determinación de los sujetos o entes tasables con base al balance y la naturaleza jurídica de este último; lo que se ha de entender por rédito imponible, precisando cuales sean las energías que lo producen y cuando este pueda considerarse percibido por el estado, y que sean las expensas y las anualidades indeducibles.

En la segunda parte, bajo la rúbrica «el ocultamiento del rédito imponible», entra de lleno en el campo propio en que se actúa el fraude. Luego, examina los medios de actuación de las alteraciones contables y las posibles ocultaciones del rédito imponible, según las diversas manifestaciones de las situaciones en que se encuentra la materia sobre que ha de versar la formación de dicho rédito, exponiendo los medios para el descubrimiento de las alteraciones contables.

Como colofón a su enjundioso trabajo, el Dr. D'Angelillo analiza las consecuencias fiscales y penales que acarrearán las alteraciones contables.

La importancia del presente trabajo es a todas luces evidente, puesto que basta tender una mirada a la realidad económico-jurídica y social, para percatarse de la función que cumple, y en consecuencia, el auge que ha cobrado hoy en día, la riqueza mobiliaria, y los entes jurídicos que se constituyen y organizan para su producción y desarrollo en el mundo actual. De aquí que sea inexcusable en una elaboración de esta índole, junto a la determinación

de los sujetos sobre los que ha de pesar la carga del impuesto, el verificar la individualización concreta de la fuente productora del rédito que según el propio contenido de las normas positivas ha de derivar sólo de la función productora. Es tasable solamente la nueva riqueza que trae su origen del trabajo o del capital, o de ambos conjuntamente. Aparece, pues, como requisito esencial, la existencia de una *energía productora*, que demuestre la intención especulativa en toda actividad productiva, y cuya falta hace que escapen de la imposición aquellos réditos que no traigan su origen de operaciones llevadas a cabo con tal objeto. Afirmado en esta última posición, el autor va refutando las teorías contrarias que admiten como tasables otras modalidades de réditos no derivados de estas operaciones en que intervenga necesariamente, el ánimo especulativo. Se ocupa seguidamente del momento relevante a efectos fiscales, de la percepción del rédito, por entender que es precisamente en el acto de su percepción donde ha de individualizarse la tasación del rédito, pues que es en tal momento cuando queda definitivamente incorporado al patrimonio del adquirente, y por tanto, de modo efectivo y sin impedimentos legales de ninguna especie, y no meramente potencial. Completa esta visión general del rédito unas consideraciones sobre su territorialidad, y las expensas deducibles e indeducibles, así como los intereses pasivos indeducibles.

Una vez determinada la materia tasable, aborda lo que constituye la materia específica, objeto de este meditado estudio, es decir, los medios de actuación del fraude fiscal a través de las alteraciones contables, que tienen como objetivo inmediato el ocultar, en definitiva, el mayor número de datos posibles a la Hacienda.

Arrancando de las mismas raíces del fenómeno, al constatar las causas de la evasión fiscal y los motivos del ocultamiento del rédito imponible, analiza con detenimiento, y nutriendo su exposición de ejemplos elocuentes por su sentido práctico, las modalidades que pueden revestir las alteraciones contables, así como las diversas situaciones de la actividad patrimonial en las que puede recaer la ocultación del rédito, clasificando a continuación las alteraciones al objeto de encuadrar los diversos tipos de fraude, y dedicando un capítulo a los medios de que dispone el Fisco para la revelación de dichas alteraciones contables, con lo que se llega a la reconstrucción integral del rédito tasable. Finalmente, deduce las consecuencias penales y fiscales de las alteraciones contables. Después de quedar definidos los contornos del fraude fiscal, termina su trabajo el autor considerando los hechos que determinan una alteración del resultado del ejercicio y los que determinan sólo una presunción de fraudes fiscales.

Con estas breves apreciaciones sobre la obra de D'Angelillo, queremos destacar el significado y relevancia que tiene en sí, cualquier intento o esfuerzo encaminado al enfoque jurídico y social de la evasión fiscal, en una comunidad que avanza cada día con mayor y más firme decisión a una renovación integral de todas las estructuras.

La posición antieconómica de la Hacienda, su fuerza opresora del contribuyente, ha permitido que se mantenga esta mentalidad desmoralizadora en la relación tributaria, ensanchándose el poder de la tentación hacia toda suerte de ocultamiento de la materia sobre lo que ha de caer el gravámen fiscal,

dando lugar a que personas que no hubiesen pensado jamás en tales maquinaciones se vean impulsadas a seguir estas conductas, que por su generalización, se estiman por la conciencia popular como no deshonrosas, lo cual aumenta a medida que disminuyen las posibilidades de una eficaz investigación y descubrimiento por parte del personal del Fisco, menos interesado en su función, por muy diligente que sea en su cumplimiento, que el comerciante en sus negocios. Sabedora la Hacienda de que los balances de la contabilidad no responden a la claridad y verdad, acude como solución a recargar las tasas, con lo que se permanece en un círculo vicioso, abiertamente contraproducente que no viene a enmendar nada.

Ante tal situación se hace necesario un enfrentamiento serio del problema, que considere desde su plano propio la actuación hacia el mantenimiento de los intereses de ambas partes, y desde esta visión imparcial, excogitar los medios que hagan posible la armonía en este terreno de la tributación. Tal es el cometido que viene a cumplir esta obra de la que podemos extraer enseñanza provechosa.

GERARDO LÓPEZ HERNÁNDEZ.

BECCARI, Giovanni: «La conseguenza non voluta». Editorial Giuffrè. Milano, 1963, 167 págs.

El tema de la «consecuencia no querida» se presta a una serie de dificultades, no sólo en el estricto terreno jurídico, sino también en su tratamiento iusfilosófico. En nuestro derecho positivo, de forma especial, existen todavía importantes problemas que, llenos de incerteza, no han sido resueltos, o al menos, no se ha encontrado una solución que satisfaga las más pequeñas exigencias. La situación de la idea de culpabilidad (?) en el Código penal, el *versari*, la responsabilidad objetiva, la redacción del número 8 del artículo 8, del artículo 1, del 565, del número 4 del artículo 9, etc., han creado un verdadero «embrollo», como en una ocasión escribiera Dorado Montero. Por esta razón, cualquier tema que roce las anteriores cuestiones, aunque sea de forma general, significa una esperanza, ofrece un interés, incluso si, como en el caso presente, no afecta directa y especialmente a los concretos puntos del derecho positivo español.

La obra de Beccari tiene como capítulo I una introducción en la que se precisan los principios de los que debe partir la investigación. Principios fundamentales referidos al método de investigación y a la estructura general del delito, que el autor va señalando con gran aparato de notas y bibliografía. Así, afirma, que existe una tendencia, muy marcada en la actualidad, a reconducir los problemas de la «consecuencia» a la conducta, pues ésta supone un concepto de mayor relieve en el juicio de disvalor; que se produce un entrecruzamiento de planos ontológicos y positivos; que seguirá un método iuspositivista (técnico jurídico), pero también crítico; que la investigación oscilará sobre dos polos que, según Beccari, son diametralmente opuestos: acción y consecuencia; que necesariamente se exige una toma de posición sobre el tipo, sobre el resultado, sobre la acción, sobre el dolo, sobre el dolo eventual, etc.; que, en suma —y este extremo es importante—, las re-

laciones acción-consecuencia, desde la perspectiva «consecuencia no querida», son fundamentalmente *causales*, y que en la relación de causalidad el *prius* está constituido por el efecto, y que la consecuencia emerge como dato objetivo, o si se quiere, significativo, de acusado relieve en el juicio de disvalor.

El capítulo II versa sobre la «consecuencia», y especialmente sobre el binomio consecuencia-resultado. Beccari fija el contorno del área dogmática y positiva en que la «consecuencia» se había construido, y subraya la noción de ésta como efecto de la acción ínsito en el tipo. Según el autor, el verdadero significado de «consecuencia» debe ser entendido como estructura del ser (expresión que prefiere a la de «estructura ontológica del ser» por estimarla tautológica). Dentro de esa consideración el resultado es, en definitiva, consecuencia, si bien ello deja sin prejuzgar la existencia de consecuencias que no son resultados. El resultado es para Beccari resultado jurídico: el resultado material se encuentra privado de significación; es un puro acontecer mecánico. El resultado inmaterial es una noción equívoca y refleja un falso problema: no compromete el resultado jurídico, que puede ser material o inmaterial, según la naturaleza del bien que ofende.

En el capítulo III desarrolla su tesis sobre la consecuencia no querida. En este sentido parte de una premisa obvia: la voluntad es el único elemento diferenciador de la consecuencia no querida y la consecuencia en general. A continuación plantea y estudia las distintas intercorrelaciones que ciertamente se dan: voluntad-figura delictiva; voluntad-voluntario-querido; voluntad-causalidad, etc. Su idea de voluntad, como voluntad vinculada al término de una relación causal respecto de la acción, es coherente con los resultados de la moderna psicología: la noción de una voluntad llamada causal, vacía de contenido consciente, ha sido superada por la psicología experimental. Concluye Beccari afirmando que las más avanzadas investigaciones no señalan precisamente la muerte de la idea causal, que es ontológicamente indestructible. Precisa en la figura delictiva el significado y naturaleza, su exacta dimensión. Dimensión que presenta dos aspectos: función dialéctica (secundaria pero insuprimible, de una voluntad que persigue el fin prohibido por la ley y lo realiza); uniformidad de experiencia (con la que referir a una acción voluntaria, y por consiguiente, al autor la ofensa no querida al objeto de tutela).

En el título siguiente estudia Beccari el problema de la discriminación entre consecuencia no querida y condiciones objetivas de punibilidad, haciendo especial referencia al artículo 44 del Código penal italiano. Para Beccari las condiciones objetivas de punibilidad interesan sólo en apariencia a la investigación sobre el tema y quedan, por tanto, excluidas del mismo.

Quizá el capítulo más importante sea el referente a los caracteres de la consecuencia no querida. Se trata, en última instancia, de trazar las líneas generales de la responsabilidad penal por consecuencias no queridas. A su juicio, existe un hilo conductor único: la relación de causalidad que representa el mínimo que inexorablemente debe darse. Beccari afirma que los caracteres generales, en las diferentes formas en que se presenta, son los siguientes: a) hipótesis *lato sensu* excepcionales; b) hipótesis única de divergencia entre responsabilidad penal y voluntariedad (divergencia, por lo demás, solamente

parcial); c) hipótesis de responsabilidad a título diverso del llamado dolo intencional, en cuyos confines queda excluida toda posibilidad de mayor cualificación subjetiva; y d) hipótesis comprensiva de la responsabilidad a título de dolo eventual, debiendo este último ser entendido como dolo de representación y no de voluntad. Los límites, pues, de la consecuencia no querida son en el campo de la responsabilidad los siguientes: límite máximo de disvalor subjetivo; dolo eventual; límite mínimo; la responsabilidad objetiva. Entre ambos límites quedan las más variadas hipótesis: de culpa (consciente o inconsciente); preterintencionales; aberrantes o anómalas.

Como puede observarse se trata de un trabajo de teoría general que no entra en el examen específico de las distintas cuestiones que ofrecen las concretas hipótesis presentadas por el derecho positivo italiano, que indudablemente plantea serios problemas sin solución concorde con el principio de culpabilidad.

MANUEL COBO.

BUENO ARUS, Francisco: «La reforma del Código penal español, de 1963» (Exposición y anotaciones). Separata de la Revista de Estudios Penitenciarios, julio-septiembre de 1963. Madrid, 1964.

Es natural que a toda variación o reforma legislativa suceda una serie de trabajos encaminados a exponer y comentar las disposiciones de la nueva ley o las variaciones, en caso de reforma, que ha tenido la ley reformada. Esto ha sucedido con la reforma del Código penal español realizada en virtud y desarrollo de la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, y uno de ellos, y de los mejores, es esta obra de que damos noticia.

El autor, antes de entrar en materia, recuerda la sucesión de textos punitivos codificados, que han regido en España y su carácter de provisionalidad, siempre en espera de una obra legislativa más meditada, que hasta ahora no se ha realizado, y cómo un texto legal nacido con el signo de la provisionalidad era sustituido por otro que también nacía con dicho signo, que no era, salvo el Código penal de 1928, más que la variación urgente del texto anterior, impuesta por la variación política a que respondía. También hace historia de la última reforma que es la que comenta.

Ya en materia, va exponiendo detalladamente las variantes en una sucinta exposición de las causas que la motivaron y una más sucinta opinión sobre la reforma, tanto en lo referente al siempre mejor tratado Libro I (atenuantes, agravantes, penas, medida o pena de privación del carnet de conducir vehículos de motor, etc.), como en las realizadas en el Libro II que, título por título y precepto por precepto, de los variados, examina y pone de relieve, con especial detenimiento en su comentario de los delitos contra la honestidad y de los culposos, quizá por que han sido los más profundamente variados. También pasa revista a las variaciones realizadas sobre las faltas en el Libro III.

Después, comentando el trabajo, las modificaciones de la cuantía de las multas, enumerando los artículos en que tal variación se realiza, las alteraciones sistemáticas y las correcciones de estilo, para terminar con un resumen y el obligado juicio crítico.

La relativa seguridad del texto, se trata de una separata, está compensada por la precisión y abundancia de las notas, ricas en bibliografía, en datos concretos y en recogida de opiniones (Quintano, Del Rosal, Rodríguez-Devesa, etcétera), sobre esta materia, que hace muy estimable el trabajo y facilita la comprensión del alcance y orientación de la reforma que estudia.

DOMINGO TERUEL CARRALERO.

BROMBERG, Walter: «Crisol del Crimen. Estudio psiquiátrico del homicidio». Trad. esp. de J. Merino. Prólogo de J. Aiguabella. Ediciones Morata. Madrid, 1963, 253 páginas.

En el prólogo del señor Aiguabella se recoge una afirmación acerca de la obra de Bromberg, que perfectamente puede suscribirse, mucho más en este caso, si quien la hace tiene la experiencia y conocimiento que proporcionan veinte años de enseñanzas de Psicología Criminal en la Escuela General de Policía, y de la que en la actualidad es su director. Dice así: «el presente libro es eminentemente sugestivo y logra atenzar al lector desde el primer momento sin que pueda desasirse de esta sugestión hasta dar fin al mismo... Todos los aspectos de la mente humana, sana o enferma, normal o anormal y sus motivaciones psicológicas, bien de la personalidad superior o de la personalidad profunda, están exhaustivamente desarrollados en las siguientes páginas». La sugestión que el tema ofrece es expresada, correctamente, por el propio autor cuando afirma que «el análisis de las aberraciones psicológicas que encuentran expresión en el asesinato, ejerce una fascinación perenne, tanto sobre el ciudadano medio como sobre aquellos que ha de ocuparse profesionalmente del crimen».

La finalidad de Bromberg con este estudio sobre una de las facetas de homicidio es, fundamentalmente, explorar los factores psicológicos de correlación hallados entre el asesinato y la sociedad en cuyo seno se comete. El autor entiende, y así lo repite a lo largo de la obra, que la sociedad ejerce un influjo predominante sobre el delito, considerado en sí mismo.

Cada capítulo constituye un tema de importancia central: programa del asesinato, el asesino «normal» (grado de enfermedad mental entre los criminales), el crimen femenino, la situación psicopática, el asesino psicopático, el asesino demente, predicción de las causas del homicidio, etc. La simple enumeración de los títulos indica tanto la extensión y envergadura de la obra, como la correcta delimitación de la materia. Aunque no se pretenda resumir cada uno de ellos, no puede evitarse, cuando menos, reseñar algunas de las conclusiones y principios que son mantenidos por Bromberg:

1. Para el eminente psiquiatra norteamericano, en el último medio siglo, una nueva arma ha surgido y evolucionado considerablemente en la lucha contra el crimen: la *criminología psiquiátrica*. Su anterior tratamiento en manos, principalmente, del derecho, la moral y la religión es en la actualidad compartida por la sociología y ciencias médicas, que indudablemente son instrumentos sumamente eficaces para el estudio etiológico del delito, su represión y prevención.

2. Otra afirmación que lleva a cabo Bromberg, tras un estudio específico, fundado incluso en el lenguaje, es la siguiente: que la sociedad ama a los crímenes, pero detesta a los criminales (recuérdese, a la inversa, la tan conocida frase de Concepción Arenal). A su juicio el delincuente pone en práctica aquellas fantasías e impulsos que el buen ciudadano reprime y aborrece. Los deseos criminales violentos, en suma, ocupan una buena porción de la mentalidad humana. En esa misma línea se encuentra la tesis que sostiene sobre la fuerza creativa del criminal: la sociedad —dice— considera el crimen como acto destructivo, mientras que, fenomenológicamente hablando, se llega a una «paradoja sociopsicológica», pues la experiencia criminal del delincuente debe considerarse como creativa.

3. También es interesante la conclusión mantenida por el autor en referencia con la normalidad o anormalidad del delincuente. Con fundamento en un cuidadoso estudio de una serie de criminales, sienta la tesis de que el 80 por 100 de los delincuentes convictos de crímenes graves son *normales* desde el punto de vista psiquiátrico. Esto, sin embargo, no es obstáculo para que los denominados «normales» traicionen reacciones neuróticas ocasionales. El ciudadano normal —continúa Bromberg— puede convertirse en delincuente obedeciendo a un único impulso de aberración, totalmente desgajado de la pauta diaria de su existencia.

4. Se muestra partidario de la difundida tesis de que la criminalidad femenina es poco frecuente. Bromberg, presenta diferentes razones: las tendencias neuróticas de la mujer conducen en lugar de al delito a diferentes consecuencias *sociales*; las actitudes negativas mostradas hacia la relación entre la mujer y el crimen son advertidas en forma refleja por la mujer misma (no se acepta la posibilidad, por ejemplo, de que las mujeres tengan dentro de sí impulsos criminales y ellas actúan de acuerdo con este *prejuicio* social); en casos concretos, *verbi gratia*, infanticidio verificado por la propia madre —conforme se ha demostrado—, se identificaba ésta psicológicamente con la víctima infantil, pudiéndose interpretar su conducta como un suicidio simbólico.

5. En el terreno de las *causas* del homicidio, Bromberg se centra en la causa psicológica que formula de la siguiente manera: el crimen violento se produce, con o sin provocación, cuando los mecanismos de inhibición, defensa o sublimación del ego son insuficientes para reprimir la expresión directa de los impulsos agresivos. La causa, por tanto, de un homicidio dado sería entonces la enfermedad mental, la personalidad inestable o una reacción emocional «normal», que produciría la distorsión del ego en medida suficiente para originar tal situación.

6. En referencia con la posible *prevención* del homicidio Bromberg, sin desconocer la realidad, se muestra en cierto modo optimista, o al menos cree que algo puede conseguirse mediante el empleo de técnicas adecuadas. Destaca, entre otras, la denominada técnica del *psicodrama*, terapia colectiva empleada, cada vez en mayor medida, por los psicoterapeutas al tratar los desórdenes neuróticos y de la personalidad. Bromberg está convencido de que mediante publicaciones, cines, televisión —ésta muy especialmente—, etc., que presenten «una visión objetiva y natural del asesinato, como acto total, que afecta tanto al asesino como a la sociedad», puede aquél combatirse, evi-

tándose su contagio (epidemiología del asesinato). El asesinato, «uno de los lujos más caros que se permiten los Estados Unidos» —según Bromberg—; se vería considerablemente reducido si se diese a conocer a todo el mundo y con todos los medios que pudieran emplearse «la relación interna del delincuente y la sociedad... esa zona subterránea en que asesino y víctima comparten los mismos impulsos, expresados por el primero y reprimidos por la segunda».

Hasta aquí un resumen de algunas de las opiniones que sostiene Bromberg, no sólo con razonamientos bien contruidos, sino mediante una fundamentación empírica en el estudio de datos y análisis y exposición de casos. La obra, en definitiva, tiene su inspiración en un pensamiento que el autor recoge al inicio y que con la profunda y a la vez elemental fuerza expresiva del simbolismo anglosajón, desvela uno de los grandes temas de siempre: «si un hombre no sigue el paso de sus compañeros, es, quizá, por que oye un tambor distinto».

M. C.

COMISION PARA LA CODIFICACION PENAL BOLIVIANA. Bases para la redacción del anteproyecto del Código penal boliviano. 27 págs.

CALVIMONTES, Raúl: «Antecedentes históricos legislativos del Código penal boliviano», 95 págs. Ambos impresos por la oficina de multicopiados de las Comisiones Codificadoras. La Paz, 1964.

Los trabajos de la Comisión para la nueva codificación penal boliviana, compuesta por el doctor Manuel Durán como presidente; doctor Hugo César Cadima como secretario y los vocales doctores Manuel José Justiniano y Raúl Calvimontes, han dado lugar a la publicación de un pequeño opúsculo conteniendo las bases para la redacción del anteproyecto correspondiente.

Comienza la obra con una introducción, en la que se patentiza la necesidad de reforma del sistema actual, al tiempo que se sientan los principios sobre los que se han querido hacer descansar las bases comprendidas en la segunda parte. Tales bases han sido redactadas con la preocupación de adaptar el Código penal a las peculiares costumbres y normas de cultura del país y, en especial, a la existencia de un grupo étnico y social tan importante en Bolivia como es el indio. Preocupación a la que no se dio satisfacción con el vigente Código de 1831 (reformado en 1834), por ser una casi total copia del español de 1822. Este interés se pone de manifiesto con el reconocimiento en el indio de la ignorancia o error de derecho como causa de inculpabilidad.

La Comisión no ha olvidado las modernas tendencias en materia de medidas de seguridad, suspensión condicional de la pena, libertad condicional y perdón judicial; como tampoco particularmente interesante al comentarse la aplicación de las Partidas y Leyes de Indias y estudiarse, en forma imparcial, los esfuerzos de la Corona para la protección del indio; esfuerzos que, es cierto, no siempre se vieron secundados por las actuaciones privadas.

La tercera parte, que es la que se ocupa de la adaptación y promulgación en 1831 y 1834 como Código penal boliviano del español de 1822, es sin duda la más elaborada y meritoria. En ella, con gran despliegue de documenta-

ción, nos abre las puertas al espíritu americano de la independencia, espíritu impregnado, en el aspecto penal, por las teorías de Bentham y que no llegó a satisfacerse con el Código español de Calatrava.

Nos encontramos con una magnífica labor de recopilación practicada en los distintos archivos de la nación boliviana que, además de constituir material imprescindible para su Comisión de Codificación Penal, nos va mostrando la evolución de la ciencia jurídica de aquel país.

PEDRO ALBÁCAR LÓPEZ.

CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE.—GIORNATE FIURIDICHE ITALO-JUGOSLAVE (Beograd Sarajevo Dubrovnik 31 maggio — 6 giugno 1962), (promosse dell'Unione delle Associazioni dei giuristi jugoslavi e dalla Sezione giuridica del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale), «I Reati della Circolazione Stradal, Milano, Giuffrè, 1963, 131 págs.

El creciente desenvolvimiento de las relaciones económicas y jurídico-sociales entre los diversos pueblos, que ha traído el progreso de la técnica, hace preciso la existencia de medios de transporte y locomoción que reúnan especiales condiciones de seguridad y perfección, merced a los cuales las distancias queden salvadas y las comunicaciones entre los hombres se vean cada vez más facilitadas, simplificando al máximo posible los intercambios en el tiempo y el espacio, lo cual irán parejas, de esta forma, las exigencias de los nuevos tiempos y el sentido perenne del ordenamiento jurídico.

Por eso, el tema de estas jornadas jurídicas italo-yugoslavas, se nos revela de un interés vital. Efectivamente, los delitos de la circulación han cobrado en estos últimos años, una importancia suma, puesto que el vehículo automovilístico ha pasado de un objeto de lujo a ser un elemento fundamentalmente necesario en el tráfico económico y en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas sociales; enseñoreándose de las vías de comunicación, se ha convertido en uno de los más internacionales entre los objetos útiles. Dado que son comunes a la casi totalidad de los países civilizados los problemas inherentes a la circulación de los vehículos de tracción mecánica, y estando igualmente interesados los estados en la resolución de los mismos, estos esfuerzos desplegados, siquiera sean en el marco de países vecinos, son dignos de la máxima atención y reconocimiento, a la par que inspiración como trayectoria a seguir por las demás naciones.

La obra objeto de este comentario, contiene las relaciones y discusiones sobre el tema central sometido a esta entrevista, y un apéndice en el que se recoge una conferencia profesada en Sarajevo el 4 de junio de 1962 por Bianchi D'Espinosa, consejero de la Corte Suprema de Casación italiana.

La primera relación a cargo de Giovanni Rosso, versa sobre «la disciplina de los delitos de la circulación en el Derecho italiano». Comienza el docto jurista haciendo una síntesis cuidada sobre el ordenamiento jurídico penal italiano en sus directrices básicas, como premisa indispensable para abordar un tema de esta índole con especiales referencias al derecho comparado. Ya este arranque nos muestra una primera garantía de la bondad de la exposición.

Destaca como principio cardinal del ordenamiento jurídico italiano, la concepción unitaria del delito y contravención, que sólo difiere en relación a la pena, establecida en la Ley penal para cada uno de modo diverso, dejando al claro la imposibilidad de extender la reponsabilidad penal a las personas jurídicas, pues culpable y condenado sólo pueden ser las personas físicas y jamás es predicable esta cualidad de los entes morales. Analiza seguidamente el elemento subjetivo en las contravenciones, y entrando en el terreno de la culpa, contempla los diversos criterios sobre los que se fundamenta la exigencia de la responsabilidad culposa, enlazándola con el tema central de los delitos de la circulación que en el vigente Código penal italiano constituyen, en efecto, una hipótesis de culpa, analizando el contenido y naturaleza del Código de circulación vigente en Italia desde 1959. Expone a continuación las diversas situaciones y valoraciones normativas del comportamiento en la circulación por carretera, comentando las actuales medidas legislativas de que dispone el ordenamiento jurídico italiano para la prevención de los hechos de la circulación constitutivos de delito de peligro. Se enfrenta con otros problemas no menos espinosos, como son, la absorción de la contravención en el delito o el caso de concurso de delitos, así como el concurso de personas y causas y la pluralidad de eventos, haciendo una crítica de las medidas de defensa de la sociedad contra los conductores, de modo especial la revocación del carnet o título de conducir. Examina, así mismo, las cuestiones de competencia, la recogida de pruebas y más aspectos referentes al proceso en estos delitos. Proclama la necesidad de situarse en el plano de la personalidad particular del delincuente para lograr así la individualización de la pena y evitar tratamientos que perjudiquen antes que beneficien su personalidad. Los intentos de mejoramiento humano de estos delincuentes deben extenderse a la fase preventiva del delito, constatando finalmente la necesidad de una unificación de la legislación internacional sobre estas infracciones punibles, que reclama la propia solidaridad internacional, exigencias que deben asentarse en la asistencia internacional. La segunda relación sobre el mismo tema, fue profesada por Jovo Crnogorcevic. Tras una breve introducción, en la que el eminente jurista yugoslavo destaca la importancia de estas conductas delictivas por la peligrosidad que encierran, divide su disertación en cinco apartados que contemplan los aspectos o extremos más interesantes de estos delitos, como son: el aspecto sustancial jurídico, el aspecto procesal, el aspecto penitenciario, las causas de estos hechos punibles de la circulación y el aspecto internacional de los mismos. Comienza dando un concepto sobre la circulación y el puesto que ocupan estos hechos delictivos en el sistema penal yugoslavo que difiere del italiano en la concepción del delito y la contravención. Esta diferenciación es en cuanto a la naturaleza jurídica y a su importancia, quedando las últimas sometidas al derecho administrativo, cuyos respectivos ámbitos delimita. En el aspecto penitenciario destaca la orientación que da a los problemas fundamentales del cumplimiento de la pena en instituciones especializadas y el tratamiento especial de esta clase de condenados, que haría mucho más eficaz la pena. Por lo que se refiere al aspecto internacional, examina los problemas que plantea la convención de Ginebra de 1949, sobre la revocación del carnet de conducir y la ejecución de sentencias extranjeras. Al examinar las causas de estos hechos, pone de relieve

la atención especial que merece el alcoholismo, por el peligro que entraña para la circulación. La lucha contra este mal constituye una medida de prevención de esta forma de delincuencia.

En síntesis, podemos afirmar que los trabajos recogidos en estas páginas representan el esfuerzo, común y fecundo, de un grupo de juristas encaminado a una más unitaria, justa y eficaz represión y a la vez a una más acertada y eficiente punición preventivas de estas conductas delictivas que en tan grave peligro ponen a la comunidad y que asegure la pacífica conveniencia de todos sus miembros.

G. L. H.

Das Portugiesische Strafgesetzbuch vom 16. September 1886 (El Código penal portugués de 16 de septiembre de 1886, Sammiung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deustcher Ubersetzung, Nr. 79, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1962, XII + 207 págs.

El hecho de que se trata de un Código familiar a los penalistas españoles dispensa de entrar en el contenido del Código penal portugués, que aparece ahora traducido al alemán dentro de una serie publicada por la editorial Walter de Gruyter & Co. Me limito simplemente a llamar la atención sobre dos características de esta edición alemana. Por una parte, el articulado va precedido de una introducción, extraordinariamente informativa, del profesor Beza dos Santos, de Coimbra. Por otra parte, facilitan mucho la comprensión del texto legal las notas de su traductor, Dierk Basedau.

ENRIQUE GIMBERNAT.

GARCIA-PUENTE LLAMAS, José: «Los delitos de huelgas. Salamanca, 1964, 47 págs.

Se aborda con esta publicación un tema de especial importancia para el jurista penal por el contenido y repercusiones que tiene en el mundo económico de la producción, que le da un marcado carácter sociológico y político.

Amparándose en el basamento de las disposiciones normativas sobre la materia, que transcribe enteramente de los cuerpos legales que representan el derecho vigente, tanto en el pasado como en la actualidad, el autor se afirma en el carácter delictivo de toda conducta constitutiva del fenómeno de la huelga, exponiendo y comentando, de modo crítico las posiciones doctrinales que al efecto se han sostenido en la literatura penal española. Completa su trabajo con un comentario jurisprudencial de los fallos relativos al delito de huelga.

Vale la pena apuntar unas consideraciones, siquiera sean de modo sintético, a esta exposición. Con todos los respetos que nos inspira la posición que asume y mantiene el autor a través de sus páginas, y en nada menoscabando la buena disposición, que presumimos le asiste como portavoz de la legalidad vigente,

creemos oportuno manifestar nuestro disentimiento hacia las conclusiones en que se afirma, y más especialmente, en relación al método seguido y argumentación en que se apoya para elaborarlas.

La posición del legislador español viene asumida y aceptada totalmente por García-Puente, sin adoptar una postura propia en referencia al problema, sistemáticamente razonada. La falta de una actitud crítica frente a los problemas que se le presentan al estudioso del derecho positivo, es impropia del penalista. Apoyarse incondicionalmente en los términos escuetos y literales del formalismo legal, para decidir si una conducta humana debe poseer o no carácter delictivo y si el hombre al cual se le imputa ha de imponérsele la carga de la responsabilidad penal, así como tantos otros problemas que de ello deriva, nos parece desacertado como posición científica a asumir por el penalista, el cual, más que ningún otro jurista, no puede permanecer afuera, en el marco de lo estrictamente formal, sino que trascendiendo la legalidad vigente, ha de penetrar en el deber ser supralegal, yendo con abierta comprensión desde el sentido específico de la norma concreta en relación con la totalidad del ordenamiento en que se haya inserta, hacia la realidad social para cuya regulación la norma existe, buscando con ello la solución más justa al conflicto entre el mundo normativo y el de los reales fenómenos del acontecer social. Una confrontación de esta índole se hecha de menos en la exposición contenida en las páginas que comentamos, pues habría que dejar sentado, no sólo el concepto y la significación de los términos legales, y el fundamento o razón incriminativa que tuvo el legislador en cuenta para llevar al Código estos hechos y el objeto jurídico específico que la norma intenta proteger aquí, sino también la verdadera naturaleza y contenido de estas conductas, y sobre todo, la conveniencia u oportunidad de elevar dichos fenómenos o comportamientos sociales a la categoría de delitos. Los actos o el resultado externo en que se concreta la huelga, no siempre son representativos de una voluntad maliciosa de atentar contra bienes jurídicos que sea preciso proteger a través de la norma penal. La dirección y potencia ofensiva de la conducta violadora de ciertos y determinados intereses de carácter general que afectan al mantenimiento pacífico de la propia colectividad, necesaria para la estructuración de todo injusto penal, no podemos afirmar, en el terreno de los principios, que haya de concurrir en toda manifestación huelguista. Establecer a *priori* el carácter delictivo de toda huelga, nos parece una posición radical y excesiva, de cara a la valoración que en el momento sociopolítico actual, pueda hacer la conciencia del pueblo, con relación a tales comportamientos. En un plano objetivo, sería preciso examinar los fines a que se tiende con la huelga. No toda finalidad perseguida tiene carácter lícito. En base a ello, sólo podría caber en la incriminación legal, aquellas huelgas que tengan un fin eminentemente político o vayan dirigidas a actuar pretensiones injustas o ilegales, pero es difícilmente sostenible el carácter delictivo de los hechos en que se traduce la huelga, cuando ésta tiene por objeto el conseguir pretensiones justas, consistentes en el mejoramiento económico social de la situación del obrero (con lo cual aludimos aquí no sólo a la cuestión salarial, sino a cualquier reivindicación que sea preferible en justicia), y con ello disentimos de la conclusión a que, en este punto, llega el autor. Se podría objetar a ello que, en este caso, asumirían los hechos las características

de la huelga política con la que se confundirían en último término. Pero sí es innegable, que éste, como todo fenómeno social se encuentra afectado en mayor o menor grado, por los contenidos políticos vigentes en un momento y país determinado, en los que puede repercutir, no es menos cierto, que antes que toda valoración de tipo político, la huelga, como instrumento o recurso de defensa y reivindicación de los legítimos intereses de un grupo humano, generalmente el menos poderoso, es, antes y por encima de todo acontecer político, un hecho humano y social. En consecuencia, solamente podríamos llegar a la estimativa penal de estas conductas, cuando, a pesar de los fines loables, los medios de su actuación, son ilícitos por constituir, o bien hechos en sí delictivos o actos asociales innecesarios para el objeto de la huelga que se resume, nuestro modesto entender, en el ejercicio de un derecho, y entonces, lo más racional y jurídico sería traer aquí la doctrina general sobre el *abuso del derecho*, para comprender que se desnaturaliza el contenido y significación propios del fenómeno al extralimitarse en la manifestación externa de la conducta, obrando ilícitamente.

Estas apreciaciones al presente trabajo, nos llevan una vez más a proclamar la visión realista del derecho penal y la practicidad o eficacia de la norma, que haga de la justicia un valor útil, que sirva a traer el concreto equilibrio en los conflictos que se originen aquí abajo en la ciudad de los hombres. Por eso, nuestra visión de juristas no puede quedar ceñida a las barreras de lo estrictamente legal, sino que ha de trascender por encima de la letra del precepto vigente para buscar ese sentido último supralegal que ha de encajar en la situación social que contempla, pues, en otro caso, ha de elaborar buscando la renovación y perfeccionamiento para que se logre así la necesaria armonía entre la forma externa y el espíritu de la ley.

G. L. H.

KAUFFMANN, Arthur: «Das Schuldprinzip». Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Editorial Ctr'l Winter. Heidelberg, 1961 288 páginas.

Cualquier estudio sobre la culpabilidad tiene verdadero interés, a la vista principalmente de la situación, problemática e incierta, que a ésta se le asigna en la doctrina española. Aunque sin duda sea cierto que, en definitiva, la idea de culpabilidad debe ser extraída de nuestro derecho positivo —con independencia, en cierto modo, de los ideales de *lege ferenda*—, no lo es menos que el método y datos manejados en la construcción sistemática de un ordenamiento diferente pueden, en efecto, ser empleados con la necesaria ponderación. Dentro de la última consideración debe ser entendida la labor de Kaufmann, al menos por lo que a su aspecto dogmático se refiere.

Recuerda el autor que su maestro Gustav Radbruch había calificado, en alguna ocasión, su discurso de habilitación sobre el concepto de acción, como un singular «monstruo», que era mitad filosofía y mitad dogmática penal. Lo mismo puede decirse, según Kaufmann, del presente trabajo. La propia

naturaleza de tema tan central hace que sea abordado desde perspectivas filosófico-dogmáticas, aunque ambas muestren, en efecto, una intensa unidad.

Con el título de la «problemática del principio de culpabilidad» ofrece Kaufmann un aspecto importante de la cuestión en la forma planteada por un determinado sector de la doctrina alemana. De esta suerte, somete a revisión las tesis de Welzel, Stratenwerth, y Armin Kaufmann, en referencia con las «estructuras lógico objetivas» de la culpabilidad. El tema lo plantea dentro de los dos extremos sobre los que se mueve el principio de culpabilidad: relativo y absoluto. Ahora bien: esa «sempiterna verdad» de que la esencia de la responsabilidad sea la culpabilidad (responsabilidad por culpabilidad) —que mostraría su lado absoluto—, sin embargo, vincula sólo relativamente al legislador como hubieron de admitir expresa o implícitamente algunos de los autores antes citados (dimensión relativa). A su juicio, pues, el principio de culpabilidad, dentro de esta consideración, no tiene siempre virtualidad vinculante para el legislador, ni este necesariamente lo acepta en todas las ocasiones y bajo todas las circunstancias: muchas veces también es posible en Derecho penal negar las consecuencias del dogma de la culpabilidad. Planteado éste como problema metafísico, ha de situarse en el ámbito de la ontología jurídica. El autor destina dos extensos capítulos a su tratamiento, encerrando gran interés la exposición y crítica del consabido binomio iusnaturalismo-positivismo. La cuestión, sin embargo, no debe ser resuelta de forma radical, en atención a que la realidad del derecho tiene, en última instancia, una estructura bipolar, significándose con ello que su *esencia y existencia* no son idénticas. Kaufmann, en consecuencia, se distancia de aquellas corrientes de opinión que entienden la estructura del derecho en forma *monista*, criticando, por consiguiente, tanto la doctrina del Derecho natural idealista (racionalista), como el estricto positivismo jurídico. El autor realiza un desarrollo de la idea del Derecho, en este planteamiento general, que oscila entre su *historicidad* y su *perennidad*.

El capítulo más interesante es sin duda el cuarto, por las cuestiones técnicas que plantea en relación con la vigencia del principio de culpabilidad. Kaufmann afirma que éste constituye un dogma moral y absoluto, en su doble e inmediata vinculación con la pena, a la que, por supuesto, atribuye también naturaleza moral. En este sentido se trata, pues, de un principio fundamental del mundo moral; en definitiva, de una ley natural. Lo anterior se deduce de la natural esencia del hombre y de su personalidad moral. La culpabilidad significa, por tanto, un reconocimiento de la naturaleza moral del hombre y de la libre determinación de sus acciones. La negación de esto último acarrea, en su forma más dramática, la consideración del hombre como una cosa (esclavitud), su total degradación. (El autor recoge a este respecto la alocución de Pío XII al VI Congreso Internacional de Derecho Penal, Roma, 1953.)

Kaufmann llega a las anteriores conclusiones después de haber pasado revista a las grandes cuestiones que tiene planteadas en la actualidad la dogmática penal alemana, en íntima relación con la culpabilidad y su proyección en la teoría jurídica del delito y en la teoría de la pena.

El último capítulo de la obra reviste especial interés, entre otros títulos, el referente al tema siempre vivo y especialmente para el penalista español, de los llamados «delitos cualificados por el resultado». Destaca Kaufmann que el

parágrafo 56 del Código penal alemán, de acuerdo con la reforma de 4 de agosto de 1953, ha sido entendido, generalmente, como la derogación de la responsabilidad objetiva y la afirmación de la validez del principio de culpabilidad. No obstante, Kaufmann estima que la anterior opinión obedece a un injustificado optimismo. Todavía subsisten, a pesar del parágrafo 56, graves problemas por resolver dogmáticamente en tema de delitos cualificados por el resultado. Para Kaufmann la solución más extendida que explica dichos supuestos, dentro del dogma de la culpabilidad, a base de una combinación de dolo y culpa, no puede aceptarse. Kaufmann alude a una serie de casos concretos, que resueltos con el derecho positivo alemán, justifican a su entender, la objeción de que la anterior tesis tan sólo muestra un enlace aparente, una relación externa, pero que en forma alguna supone la existencia de una íntima e interna relación que ofrezca una sólida base para la solución del problema. Tampoco es viable, según Kaufmann, la propuesta del concurso ideal, y así mismo no cree conveniente que en estos casos lo mejor sería que el legislador hiciera desaparecer los delitos cualificados por el resultado. Cree Kaufmann que el único camino debe encontrarse en el área de la relación de causalidad, aunque vaya en detrimento del principio de culpabilidad, y más precisamente, dentro del pensamiento de la adecuación.

La obra de Kaufmann tiene, sin duda, un alto valor informativo y formativo, por las razones dichas al comienzo. La doble dimensión que ofrece de los problemas, filosófica y dogmática, hace que el tema se trate con exhaustividad y con acertada visión de conjunto. Quizá destaquen los capítulos, y la tesis que en ellos se mantienen, referidos a los fundamentos generales del derecho y al posible juego que desempeñan en la formulación de la culpabilidad, por cuyo enlace se preocupa el autor constantemente. En el terreno más técnico algunas de sus afirmaciones son difícilmente compartibles (por ejemplo, la teoría que sostiene acerca de la vigencia del *versari*; la solución que ofrece en el siempre delicado tema de los delitos cualificados por el resultado, etcétera), incluso con base en estrictas consideraciones de *lege ferenda*.

M. C.

Dr. José Rafael MENDOZA T.: «Estudios varios». Ponencias y trabajos presentados en Congresos científicos nacionales e internacionales. Madrid, 1957. Tomo I. Madrid, 1964. Tomo II.

El ilustre Rector de la Universidad Santa María de la capital de la República Venezolana, ha reunido los más interesantes trabajos de su especialidad penal y de su variada gama de actividades científicas y profesionales en los dos tomos que entrega a la publicidad, y en los que figuran trabajos tan importantes de Derecho penal como: la supresión de las faltas en el Código penal y en el de Enjuiciamiento criminal, las disposiciones transitorias del Código de menores, las sanciones de privación de libertad de corta duración, la sociología criminal venezolana, los factores metapsíquicos en el delito; alienación mental, inconsciencia, trastorno mental transitorio y emoción; la ejecución de las sanciones penales, en que hace una revisión de los sistemas

penales y defiende el sistema de protección sin pena y la atribución al organismo de ejecución, que debe ser el mismo que el del orden judicial para el procedimiento; la protección de la libertad individual durante la instrucción, la delincuencia y la economía, el estudio jurídico penal y penitenciario del indio, estudio acerca del recidivismo en Venezuela, y la prevención de suicidio.

Como obras no penales incluye estudio sobre la reforma en el procedimiento civil venezolano. En el tomo II trata de los procedimientos de investigación científica y la protección de los derechos de defensa, la intervención administrativa judicial en materia de infancia y adolescencia socialmente inadaptada en los países de América, los aspectos la prevención en los delitos culpables de automovilismo en relación con la víctima del accidente, el problema sociológico de los adolescentes denominados «pavitos» (que entre nosotros se llaman gamberros), el alcohol y la delincuencia, la defensa legítima del honor, las causas supraleales de justificación, la apropiación indebida calificada, la estafa por disposición de cosa ajena como propia y por disposición y gravamen fraudulentos de cosa propia, el elemento intencional en el delito de calumnias según el Derecho penal venezolano, y como tema que se enlaza con el Derecho penal, el derecho de intimidad que defiende contra el alud de la prensa noticiosa, ávida de información y de escándalo, que atenta a los derechos individuales y otros derechos junto a aquellos innatos que las constituciones garantizan, y es el derecho de intimidad reaccionando contra los estafadores de la pluma, y que define así: «El derecho del particular para vivir sin interferencia no deseada del público sobre asuntos que no están necesariamente relacionados con él. Entre otros puntos estudia la libertad de prensa y los derechos humanos, el periódico, la publicación de fotografías sin consentimiento de la persona fotografiada, la exhibición de películas con detalles de la vida privada de una persona, la publicidad en relación con el enjuiciamiento criminal, etc.

Cada uno de estos estudios obligaría a una amplia recensión que excede de los límites posibles de una nota bibliográfica como la actual, pero sí autoriza a llamar la atención sobre los temas estudiados y las facilidades que ofrece para el estudioso la lectura y consideración de cada uno de los problemas que plantea el ilustre doctor venezolano en estos dos tomos de *Estudios Varios* que recomendamos a nuestros lectores.

FEDERICO CASTEJÓN.

MANCINI, Juan Gabriel: «Prostitution et proxénétisme». Editorial Presses universitaires de France. París, 1962, 126 págs.

La obra de Mancini, aunque con finalidad de divulgación principalmente, ofrece verdadero interés. El autor recoge en pocas páginas los diferentes problemas que ambos temas plantean tanto desde el plano jurídico, como criminológico y cultural sociológico. La presentación del libro corre a cargo de don Mayer que pone de manifiesto la «precisión científica y sentido social que se encuentran rara vez en armonía», con que son desarrollados las diferentes cuestiones.

Después de un título introductorio, precisa Mancini la definición de prostitución. Cree que es impropia la noción ofrecida por el diccionario de la Academia Francesa, pues no se trata solamente de «un abandono a la impudicia». La prostitución se caracteriza, precisamente, por otras notas que la dan específica naturaleza. En este sentido, entiende, con razón, que el concepto *jurídico* enunciado por el Digesto se aproxima mucho más a la realidad: Mujer que se entrega públicamente (*palam omnibus*), por dinero (*pecunia accepta*) y no por placer (*sine delectu*). Los requisitos exigidos por el Derecho romano se acojen en su noción si bien acentúa la nota de *habitualidad*, tanto por lo que se refiere a la relación sexual, como al lucro económico perseguido. A su juicio, debe ser este el concepto que sirva de base al jurista y al sociólogo.

A continuación Mancini en dos interesantes capítulos versa, de forma condensada, sobre la historia de la prostitución (desde la antigüedad hasta los tiempos modernos), y la «geografía de la prostitución». En este último distingue entre países prohibicionistas, abolicionistas y que reglamentan la prostitución, señalando las causas que han determinado la actitud en un sentido o en otro de las diferentes naciones. El capítulo IV —sin duda uno de los más sugestivos de la obra—, constituye un estudio sociopsicológico de la prostitución en sus distintas proyecciones.

El segundo tema que desarrolla Mancini es el del proxenetismo. Genéricamente puede definirse como una actividad ilícita, consistente en *organizar* la prostitución de otros con finalidad lucrativa. A este respecto distingue Mancini cuatro tipos de proxeneta que pueden diferenciarse en un cierto sentido: a) *soutener*, que vive exclusivamente de la prostitución de una mujer; b) *tenancier*, patrón del local puesto a disposición de las prostitutas; c) *entremetteur* (generalmente mujer), que procura clandestinamente las mujeres que le son solicitadas; y d) *trafiquant*, que aprovisiona de mujeres las casas de tolerancia y los establecimientos clandestinos en Francia y en el extranjero, sirviendo a la vez de intermediario entre unos y otros.

Otro capítulo se encuentra destinado a las diferentes reacciones del cuerpo social de frente al fenómeno de la prostitución-proxenetismo y a los distintos medios utilizados para combatirlo (opinión pública, policía, sanidad, etc.).

El autor, finalmente, llega a una serie de conclusiones. En primer lugar, sienta la afirmación de que a continuación de la guerra de 1914-1918, la prostitución se ha desarrollado considerablemente. La causa de su inmediato aumento debe verse, fundamentalmente, en el proxenetismo que es la fuente y origen de la prostitución, siendo, por tanto, mucho más pligroso que esta última. En segundo lugar, que con motivo de la segunda guerra mundial se ha podido comprobar, de la misma forma, un nuevo crecimiento, que ha adquirido tales dimensiones que ha hecho necesaria una campaña de tipo internacional. El máximo exponente de ello es la convención de 1949 de las Naciones Unidas en orden a la represión de la trata de seres humanos y de la explotación de la prostitución de otros. En su sentir todos los países deben adherirse a la anterior convención llegando a la más absoluta creencia de la necesidad de una eficaz labor preventiva y represiva.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Profesor de Derecho penal de la Universidad de Chile y de la Universidad Católica de Santiago: «El proceso de generación del delito. Tentativas y delito imposible». Publicaciones de la Facultad de ciencias jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción (Chile).

De breve curso de Derecho penal dictado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción titula el autor este estudio en el que enfoca los graves problemas de tentativa, frustración, proposición, conspiración, delito imposible, desistimiento y tantas otras cuestiones enlazadas con los anteriores conceptos y que constituyen desde tiempo inmemorial temas de discusión, cuando no de discordia entre los penalistas.

Este trabajo que expone exhaustivamente la doctrina legal y jurisprudencial chilena con referencia a la importante bibliografía y a los proyectos Ortiz-Von-Bohlen y Silva-Labatut, así como el proyecto de reforma de 1945, ofrece para nosotros la importante referencia de autores europeos y, singularmente, de hispanoamericanos que avaloran la exposición y el sostenimiento por el autor de interesantes puntos de vista al tratar especialmente el proceso de realización del hecho delictuoso y el hecho tentado como proceso causal interrumpido.

Caso especial del delito frustrado se estudia en el arrepentimiento activo, como el salvamento por el que se había lanzado al agua a otro para que se ahogara o le suministra un contraveneno que salva la vida al que ya había envenenado.

Estos casos y otros muchos que ilustran el estudio del profesor Novoa Monreal, hacen su trabajo sumamente aleccionador e interesante.

F. C.

PETROELLO-MANTOVANI, Luciano: Responsabilità per fatto altrui. (Ai confini tra Diritto civile e Diritto penale), Milano, Giuffrè, 1962, 65 págs.

Comienza el autor poniendo de manifiesto que toda tendencia o esfuerzo unitario en la problemática del derecho, debe reconducirse a la única base válida, que es la que nos proporciona las exigencias concretas de un particular derecho positivo, advirtiendo de los peligros que puede acarrear la visión deslumbrante de unitariedad, que impide captar las diferentes significaciones que los términos jurídicos han de expresar para servir a distintas construcciones o valoraciones jurídicas en cada rama del derecho. Sentadas estas premisas, analiza el monografista los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno a través de las disposiciones que el Código civil italiano presenta al respecto (daño ocasionado por el incapaz, responsabilidad de los padres, tutores, etc.) y los casos más relevantes que afectan a la materia penal sobre el particular, dejando claro la radical diversidad en el tratamiento de la responsabilidad en ambos planos, civilista y penalístico. La imposibilidad de impedir el hecho, es en la que se centra la exigencia de tal responsabilidad, bastando en lo civil la constatación del comportamiento, que el sujeto haya

actuado, que la conducta sea consciente y voluntaria, mientras en lo penal es requerido en cambio algo más: se precisa la determinación de cómo ha actuado el sujeto en el caso concreto, se requiere, por tanto, la valoración subjetiva, el dato psíquico de actuar contrariamente a lo debido; con lo cual, quedan así contrapuestas las dos formas de responsabilidad, la civil solamente objetiva y la penal subjetivamente orientada. Pone estas situaciones frente a la cuestión procesal de la imprejuzabilidad de la acción civil cuando ha sido declarada la ausencia de culpa por el juez penal. A continuación, examina la interesante cuestión relativa a la responsabilidad de dueños y comitentes por los hechos dañosos de las personas a ellos sometidas, desligando los diversos aspectos y el diferente sentido, cómo viene acogida en ambos terrenos, esta responsabilidad objetiva, pues si el derecho civil, nos hayamos ante una imputación sin culpa y, en todo caso, cualquier reconocimiento es eventual, del lado externo del contenido psíquico del obrar contra el deber en el propio individuo responsable, el cual es exigido en el campo penalístico, dando lugar a los tipos de delito preterintencional o de delitos agravados por el resultado. Así mismo todo el punto más delicadamente cuestionable, de la diferenciación que asume en las dos ramas del ordenamiento jurídico la imputación del propietario por los daños derivantes del defecto en la conservación. Aquí, a pesar de hallarnos en plano coincidentes en el aspecto subjetivo, se ha de constatar la diversidad de inspiración de las reglas que dominan en ambos campos, prevaleciendo el criterio individual y personalístico para el Derecho penal, mientras subsiste el abstratismo del modelo o figura del *pater familias*, a donde reconducir este criterio subjetivo, cuyo carácter predomina en diferenciación con el derecho penal. La pura responsabilidad por el hecho ajeno se admite civilmente también en los hechos del *preposto*, por los vicios de construcción, que en ámbito penal requiere la impronta psíquica del sujeto imputado para afirmarse la responsabilidad penal. Contempla seguidamente el caso de la responsabilidad solidaria del propietario y el conductor de vehículos, que se resuelve también, a diferencia del ámbito civil objetivo, en la perspectiva subjetiva del daño directamente ocasionado por quien conduce el vehículo, en relación con el actuar del *preposto*. Como un último supuesto, y sobre las mismas bases, trata del defecto de conservación y los vicios de construcción en referencia a la responsabilidad del conductor, se exige aquí también la característica psíquica, acompañada del comportamiento omisivo para estructurar la responsabilidad penal, de conocer o reconocer las condiciones de peligro objetivamente constitutivas del deber de impedimento. Como colofón a las interesantes orientaciones dadas por el autor a las consideraciones que se extrae de tan sugestivo problema, nos pone ante la meditación sobre el actual significado de la responsabilidad penal por hecho ajeno y lo que que la inspiración personalística en la responsabilidad y su reconocimiento o no en el derecho positivo pueda significar en el confrontamiento de los distintos ilícitos, entroncada con los problemas de la culpabilidad y sus límites con la antijuricidad.

La aportación indudable, que tanto en el terreno científico como en el de orientación del derecho positivo, constituye la obra de Pettoello-Mantovani, nos sitúa en la postura precisa en que las perspectivas del significado, contenidos y funciones de las diversas ramas del ordenamiento jurídico han de ser

contempladas para poder llegar a estructurar las soluciones positivas más justas a la problemática jurídica, que aunque de fondo radicalmente semejante aparece diversa y hasta contrapuesta en las diferentes exposiciones y en las valoraciones que han de deducirse en una y otra rama del derecho para colmar las propias exigencias de especialidad, que viene dada por la misma razón sociológica y cultural que impone la vigencia de unos principios o valores que han de ser mantenidos o salvaguardados, desde diversos planos y con diferentes aspectos en cada uno de los ámbitos específicos en que se manifiesta lo jurídico. El campo inagotable de lo ilícito es quizá la plasmación más sugestivamente expresiva y característica de cuanto venimos suponiendo, pues desde el meollo de su propia esencia y contenido, a sus manifestaciones plurivalentes en el mundo fenoménico, va abriendo al jurista las mayores y más sugestivos interrogantes, reclamando de él, el *mator tino*, haciéndole afinar la atención del más agudo sentido jurídico. Es en los sectores confinantes de la ilicitud civil y penal donde yacen radicadas las más antitéticas o contradictorias posiciones, al confrontar los aspectos que revisten en uno y otro sector jurídico y la exigencia de la responsabilidad, cuya apoyatura jurídica, encuentra igualmente, diversa configuración en ambos. Pero es también en ambos terrenos jurídicos donde mayor peligro existe de confundirnos en cuanto a la significación del auténtico valor que corresponde a términos o a instrucciones que han sido acogidos en identidad formal, pero que, sin duda, poseen un sentido y están llamados a cumplir una misión propia, específica, que en modo alguno, cabe asimilar, pues con ello, lejos de la deseada uniformidad o armonía, se traería el caos y el desorden a la totalidad del ordenamiento jurídico.

G. L. H.

RESTEN, René: «Caracterología del criminal». Editorial Luis Miracle, Sociedad Anónima. Barcelona, 1963.

I. Plan de la obra

Está dividida en tres partes:

La primera denominada *De la Criminología a la Caracterología* se dedica al estudio de la necesidad de una criminología científica; se detiene a considerar los elementos constitutivos de la predisposición criminal así como los factores mesológicos, y concluye estudiando las bases de la criminología analítica así como la criminología caracterológica.

La segunda parte se titula *Caracterología criminológica*. En ella estudia Resten las bases fundamentales de la caracterología; la aplicación de la caracterología a la criminología y la dinámica criminal desde el punto de vista caracterológico.

Por último, la tercera parte cuyo título es *Clínica de caracterología criminológica*, la dedica el autor a contemplar desde el punto de vista científico siete casos reales dilectivos con objeto de estudiar la personalidad del delincuente.

II. *Primera parte de la Criminología a la Caracterología*

Argumenta Resten en esta parte en favor de una auténtica criminología científica, siendo para ello necesaria una modificación de la mayoría de los textos penales actualmente vigentes; y estudia los elementos constitutivos de la predisposición criminal, así como los factores mesológicos. Entre los primeros señala la raza, el sexo, la edad, las modificaciones lesionales o funcionales del cerebro, la capacidad intelectual, las toxicomanías, la psicosis y la disminución de la función moral. Ni que decir tiene que no concede igual importancia a estos elementos a la hora de determinar la predisposición criminal, sino que hace distinciones con gran rigor científico. Entre los factores mesológicos hace mención del ambiente familiar, el factor trabajo, el cine, la radio, la televisión y los cambios de estaciones. Igual que señalamos más arriba al tratar de los elementos constitutivos de la predisposición criminal, hay que decir que no es igual la importancia concedida por Resten a cada uno de los mencionados factores mesológicos.

III. *Parte segunda: Caracterología criminológica*

Dedica el autor un primer capítulo a estudiar las bases fundamentales de la caracterología y señala como factores constitutivos del carácter, la emotividad, la actividad y la resonancia.

Entre los principios fundamentales de la caracterología enuncia los siguientes: principio del bloque, principio de investidura o encauzamiento y principio de indiferencia energética de las propiedades constitutivas.

Un segundo capítulo tiene por objeto someter a consideración los trabajos realizados destacando el método de examen, el material de estudio y los resultados obtenidos.

Por último, dedica el tercer capítulo al estudio de la dinámica criminal desde el punto de vista caracterológico. Se detiene a contemplar las concepciones psicoanalítica y clásica y dedica una mayor atención a la caracterológica. Dentro de esta última, estudia las condiciones previas a la actividad criminal (móvil, predisposición caracterológica, ocasión y agresiones funcionales), las condiciones del paso al acto y los modos caracterológicos de expresión criminal, dedicando un último apartado a los estados post-críticos.

IV. *Tercera parte: Única de caracterológica criminológica*

En esta última parte Resten interpreta la personalidad de las personas que llevaron a cabo actividades que fueron penadas por los tribunales, y entre ellos, el caso de la Marquesa de Brinvilliers y el de Cary Chessman.

DEL ROSAL, Juan: «Esquema de un anteproyecto de Código penal español». Discurso leído el día 28 de enero de 1964 en su recepción pública en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid, 1964, 91 págs.

Bajo este título tan expresivo, recoge la presente publicación los dos discursos leídos en la solemne sesión inaugural del Curso 1963-64 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación del 28 de enero de 1964. El primero, es el Discurso de Ingreso, como Académico de número del Excmo. Señor Prof. don Juan del Rosal Fernández, y el segundo, la contestación al mismo a cargo del Excmo. Sr. Prof. don Federico Castejón y Martínez de Arizala.

El Discurso de ingreso versó sobre el tema «Esquema de un Anteproyecto del Código penal español». Comienza el profesor Del Rosal destacando la complejidad del tema y la necesidad de elaborar un *esquema* comprensivo de los «principios», en la elaboración de cuyo contenido han presidido aunados, los aspectos teórico y práctico, siendo en todo momento como un instrumento insustituible de ordenación del trabajo en la estructuración de cada parcela del Código penal.

En una segunda parte de su discurso, y para responder a las interrogantes que formula, del *por qué*, *para qué* y *cómo* de la constelación que informa el esquema, trata de desentrañar la clave, en el conocimiento de determinados saberes, cuya carencia imposibilita la creación de un cuerpo legal con sentido pleno de la realidad penal positiva. Destaca en primer lugar, la importancia fundamental e imprescindible función del saber criminológico en toda reforma penal, única vía que considera idónea para el verdadero entendimiento del fenómeno delictivo en un país determinado. Advierte seguidamente de los peligros que trae la llamada inflación actual del Derecho penal, por lo que en la delimitación del estamento punitivo se ha de partir de una concepción restrictiva, dando entrada sólo a aquello que *seriamente* comprometa de forma grave los pilares de la convivencia española. Se hace necesario asimismo revalorizar nuestra rica tradición jurídico-legislativa, contemplando la realidad históricosocial y política, que han de tomarse en consideración a la hora de redactar el esquema, haciendo frente, no obstante, a cualquier intento de *politización* de la realidad penal, que al decir de Ripert, Radbruch, Hippel, entre otros, constituye una crisis del Derecho. Contempla esta visión comprensiva de los saberes que han de alimentar la propia elaboración positiva de las normas penales, la cifra y sentido del derecho, en que pone de relieve cómo la existencia del orden penal viene reclamada por la propia coexistencia humana, la cual no se hace posible sin la función de aquel, que es precisamente, la protección de los valores más preciados y elementales e inexcusables a la vida tanto de la persona como de la comunidad política. De aqu. la función primordial de la tarea formativa del Derecho, para todo lo cual la norma jurídicopenal ha de estar presidida del sentido de lo justo.

En una tercera parte, se adentra el nuevo académico en lo que constituye el meollo del tema, el estudio de los «principios» que han de servir de basamento a la nueva estructura normativa del Código penal español, que divide en varios apartados, para su mejor entendimiento. En un primer apartado referente a los principios de ordenación formal, comienza mostrándonos

cómo un código es antes de nada una ordenación racional de comportamientos humanos, con la mácula prohibitiva o bien con el expreso mandato preceptivo. El esquema ha de seguir una orientación lógica de estructura ordenación formal, evitando el excesivo formalismo que propugnaba Zimmerl. El nuevo Código deberá constar de un título preliminar y sólo dos libros, el primero dedicado a regular el delito, la pena y el delincuente, incorporándose así con esta mención de la persona del delincuente, la exigencia que demandan de continuo los penalistas del grupo católico, de este resalte de la persona humana en el sistema penal. El libro segundo sufrirá sensibles modificaciones en su estructuración sistemática, trayéndose al complejo de las tipologías penales, títulos cuya presencia actual es insoslayable, reformándose otros como son los delitos contra la propiedad. Desaparecerá el libro III dedicado a las faltas, en el buen sentido políticocriminal. En el segundo apartado nos lleva el profesor Del Rosal a la meditación de los valores fundamentales que han de estar en todo momento informando el nuevo cuerpo legal, comenzando por la justicia, que cifrada como un valor absoluto vendrá a ser el quicio donde se fundamente la bóveda del Anteproyecto. Le sigue en importancia la seguridad jurídica que encuentra su plasmación más integral e inmediata en ciertos principios generales y en determinadas pautas que han de observarse en la construcción del estamento penal; como son el principio de legalidad de los delitos y las penas y el arbitrio judicial, con lo cual cobra un doble significado, de valor absoluto junto a la justicia como expresión de lo que es el derecho y de garantía de la persona humana. La equidad que permite el descender del precepto abstractamente considerado el entendimiento humano de la justicia del «caso particular» concreto. La protección de la persona humana que porta la idea de humanización del ordenamiento punitivo que es signo de nuestro tiempo. El arbitrio judicial que sin chocar con una de las características más peculiares del Derecho, su certeza, y desde una orientación que propugna la objetivación del Derecho, vendrá limitado a las materias meramente graduables, sin que sufra la garantía que el ordenamiento representa para la persona humana. La responsabilidad penal, cuyo basamento más sólido está en la propia libertad humana, entendida en el sentido moral y jurídico más exacto. El derecho natural, concebido como principio extralegal, que se proyecte a la vez sobre el derecho positivo.

En el tercer apartado, examina el profesor Del Rosal los principios referentes a los fundamentos dogmáticos del Anteproyecto, principiando con la reflexión que nos depara la imagen del ser humano real, en el ámbito de la concepción católica, resalta en los Mensajes de Su Santidad Pío XII en referencia a los problemas más hondos que el derecho penal plantea. Han de ser evitadas las definiciones legales, puesto que un código es ante todo un libro práctico, con predominio del principio del «hecho» como regla, radicado en el comportamiento externo que es base de la garantía jurisdiccional otorgada a la persona humana, y complementado con el principio de «Autor» cuando así lo requiera la índole del propio comportamiento, radicado en un modo de ser del individuo; el dominio absoluto del principio de legalidad de los delitos y de las penas, como un límite del poder punitivo en pro de la expresión más alta de la persona humana, su libertad y dignidad. Se mantendrá asimismo el principio de *in dubio pro reo*, que goza de gran tradición

en nuestros cuerpos legales. Se declara la vigencia legal del tratamiento del delincuente. Regirá el principio de la culpabilidad, «no hay pena sin culpabilidad». Inspirado en este principio, la pena se adaptará a la culpabilidad del agente; la visión práctica exige una formulación clara del delito y de la acción en sentido amplio. Se mantendrá el dualismo entre penas y medidas de seguridad, obediente a sus dos referencias, la culpabilidad y la peligrosidad, verificándose un entrañable concierto entre medidas preventivas y represivas, resaltando las instituciones de prevención especial en orden a la readaptación del individuo delincuente y siempre que no merme o contradiga la prevención general. El sistema criminológico vendrá a enriquecer como caudal de la experiencia, el abstratismo en que se mueven las categorías penales. Se guardarán como postulados indeclinables, los principios de libertad y dignidad humanas, límites del poder punitivo del Estado. Integrará el precepto penal un sentido de moralidad radical. Se procurará la limitación de las penas privativas de libertad. Habrá de destacarse el principio de peligrosidad en su función propia. La concepción del ordenamiento jurídico-penal se asentará en la responsabilidad, comprensiva del libre albedrío y la imputabilidad moral. Rematará el sistema la oportuna graduación de las penas, medidas de seguridad y prevención.

En el apartado cuarto, referente a los principios de carácter técnico, señaló la exigencia de emplear un lenguaje claro y sencillo, descartando el excesivo tecnicismo, que sólo habrá de usarse en casos muy justificados. En todo caso, la técnica penal deberá adecuarse al pensamiento que expresa, y estar siempre al servicio de la Justicia, determinándose los tipos penales mediante un proceso abstracto-concreto, que evite el casuismo, contrario a la metódica legislativa y que se patentiza en nuestra legislación penal en algunas figuras como la estafa, en las que la entrega al sistema casuístico por parte del legislador le ha llevado a descripciones inútiles y a contradicciones radicales, como en la tan discutida figura analógica del actual artículo 533 (antes 534), infringiendo el principio de legalidad que debe regir como un basamento fundamental inviolable, en el artículo 1.º del Código. La técnica jurídica penal ha de estar orientada hacia exigencias prácticas «pues de nada vale la justicia del precepto en sí, si posteriormente es inaplicable». Resalta en este punto el sentido dinámico del derecho, la concepción de este como acción, «un conjunto de formas paradigmáticas de comportamientos humanos»; fijando a continuación las interesantes funciones que la técnica está llamada a cumplir en la elaboración del estamento legislativo jurídico penal. En el apartado quinto el profesor Del Rosal destacó los principios de carácter *político-criminal*, la visión de utilidad y eficacia del precepto punitivo deben estar integradas en razones morales, el ordenamiento jurídico penal ha de llevar a término la defensa y promoción de valores personales y comunitarios estableciéndose una equilibrada ponderación entre los valores fundamentales. Esta misión ha de cumplirse de cara a la realidad histórico social, en que se tejen los impulsos de la empresa humana personal, y de cooperación al quehacer social, que nos dará la resultante de un Derecho penal vivido, porque mediante él se actúan los valores más caros de la propia convivencia humana!

Los fundamentos políticos-criminales sobre los que se asienta el edificio legislativo penal, reclaman un conocimiento no sólo causal, sino profunda-

mente comprensivo del fenómeno de la delincuencia del modo singular y específico como aparece en una determinada etapa del proceso histórico-político de una colectividad completa.

La idea rectora del «Esquema» de renovación de la Legislación penal, postula el inexcusable conocimiento de la valiosa experiencia jurídico-penal que han aportado los precedentes cuerpos legales, sobre todo en un país como el nuestro en donde aparece tan sumamente rica que no tiene parangón en las legislaciones extranjeras. Trata de llegar a una más estrecha armonía entre la teoría y la práctica, estando las exigencias prácticas de índole penal contenidas por el respeto a la dignidad de la persona humana.

Necesidades de índole político-criminal aconsejan la reducción de los tipos penales dando entrada a una concepción limitativa del ordenamiento jurídico-penal, tanto en los delitos como en la doctrina general, corrigiendo aquellas parcelas que están más necesitadas de ello, como es la redacción simplista y anacrónica que poseen los actuales delitos contra la propiedad. Cabe sintetizar la contemplación sobre este punto en tres consideraciones, tratar de armonizar las corrientes modernas con la peculiaridad de nuestro modo de ser, concepción limitativa del ordenamiento jurídico en términos generales y labor de despeje selectivo de todo cuanto no sea constitutivamente una realidad penal para llevarla a las leyes especiales. Los postulados políticos-criminales de eficacia y defensa exigen sea respetado moderadamente el arbitrio judicial, instalado como fundamental en el *quantum* de las penas, vendrá siempre exigida su fundamentación y explicación razonada de su uso siendo materia de recurso. Si bien jugará un importante papel en materia de atenuantes, jamás quedará en manos de un tribunal la creación de tipologías penales, como sucede en el actual artículo 533, con evidente ataque al sistema consagrado en el artículo 1.º párrafo 1.º del Código. En definitiva, nunca el poder discrecional que se concede mediante el arbitrio judicial, podrá constituir una creación, sino una recreación mediante la decisión judicial. Por último, señaló con vivos resaltes la necesidad de la estrecha cooperación que debe existir entre el orden penal y las ciencias naturales, dada la progresión alcanzada en la búsqueda de su objetivo por estas últimas, que nos esclarece la hondura de la decisión delictiva, facultándose así la empresa que entraña la misión represiva y redentora de la delincuencia.

Da remate a su disertación el nuevo Académico formulando diez conclusiones interesantes en las que sintetiza toda la sustancia de la elaboración del esquema.

En las últimas páginas de esta publicación viene recogido el discurso de contestación que pronunció el Académico de número Excmo. Sr. Profesor Doctor D. Federico Castejón y Martínez de Arizala, en el que, tras de destacar la figura humana y jurídica del nuevo beneficiario, presenta una condensada visión crítica de los aspectos más fundamentales de su meritado estudio, que califica de obra acabada e inspirada en espíritu de generosidad y altas miras y asentada en un profundo conocimiento de la materia penal; todo lo cual constituye el más vivo aliento de la esperanza en el éxito de la nueva obra de codificación que se proyecta emprender. Termina su discurso el Profesor Castejón haciendo referencia al fondo filosófico de la obra del

Profesor del Rosal, a quien honra en sus últimas palabras, como filósofo del Derecho penal.

En síntesis, podríamos llegar a la consecuencia de esta exposición del Profesor Del Rosal, que el Código penal futuro ha de estar inspirado e informado, además de los ineludibles principios técnicos señalados, en un profundo respeto a la persona humana, al ser real con y sobre el que opera, el hombre delincuente.

G. L. H.

SPINELLI, Giuseppe: «I delitti contro la pubblica amministrazione». Milano, Giuffré, 1964, 120 págs.

Esta publicación, que ha visto la luz tras la imprevista muerte de su autor, y que en el más justo, sólito y perenne homenaje a su meritoria labor de jurista, fiel a su profesión como hombre práctico del Derecho y como intelectual, nos muestra un tema por demás sugestivo y lleno de las más abiertas posibilidades de meditación y discurso para el estudioso del Derecho penal. En efecto, a la importancia enorme que va cobrando cada día la función pública en un Estado y frente a una colectividad que padece esa tendencia irrefrenable a aunar sus esfuerzos en el logro de la socialización integral de los estamentos e institutos que regulan sus propias vidas, para un más auténtico bienestar comunitario, no ha corrido igual suerte el tratamiento y defensa penal de los valores que encarna la pública administración y que permite su permanencia y la continuidad normalizada o armónica de su propio y eficaz funcionamiento, que repercutirá en bien de todos los ciudadanos.

Una obra de esta índole, de exposición clara y de acertada sistemática, tiene que ser acogida con entusiasmo, por la aportación indudable que representa en la actual problemática de estos delitos.

Ya desde un principio se destaca lo racionalmente adecuado del plano en que viene presentada la programación de la materia a tratar, que constituye un indudable acierto de sistemática, extremo digno de resalte en la especialidad penal, en la que aparece cada vez de modo más patente, la necesidad de una elaboración metodológica que trate de armonizar los fundamentos de la justicia punitiva y coordinar las características peculiares de los singulares tipos delictivos con las categorías penales de general validez para toda infracción penal. Consciente de esta necesidad de una introducción de tipo general que trate de acercar para su mejor comprensión, lo específico de la infracción concreta, cifrada en la parte especial del Derecho penal, con lo genético de los institutos penales, que ha sido tan clara y agudamente vista por Pisapia en Italia, divide el autor el objeto de su estudio en dos partes. La primera parte, general, la subdivide en dos apartados. Desde el primero de ellos, nos lleva a la meditación del significado y contenido de la pública administración como sujeto de la tutela penal, estudiando los problemas inherentes al bien jurídico protegido, al objeto material en estos delitos, y la bipartición de las tipologías contenidas en el título II, del libro II del Código Penal italiano, que vienen establecidas según la cualidad particular del sujeto, que ha dado lugar a la distinción doctrinal entre delitos propios y delitos

impropios, o más bien *delitos especiales* y *delitos comunes*, terminología esta última, acogida como más exacta por el autor, ya que los primeros son delitos de los funcionarios públicos, mientras que los segundos son contra dichos funcionarios públicos, aun cuando no faltan excepciones o tal división, y desde este elemento subjetivo de distinción matiza la específica razón incriminativa de ambos grupos de injustos, puesto que los primeros responden a la necesidad de la administración de defenderse de la traición a la confianza depositada en aquellos que se hayan investido del carácter especial para y por el ejercicio de la función pública, y de la necesidad de defender asimismo al oficio y las personas de cualquier ataque que proceda del exterior; se detiene en el examen de este punto importante de la cualidad del sujeto activo, descartando la posibilidad de considerarla como una *condición objetiva de punibilidad*, ve ella más bien un *presupuesto* o elemento constitutivo del propio delito o circunstancia agravante, como determina el artículo 360 del Código Penal italiano, se precisa entonces la presencia del nexo causal entre el hecho y el ejercicio de la función y que la cualidad del sujeto sea conocida del culpable al momento de la perpetración del delito, por lo que respecta al segundo grupo de delitos. Diferencia a continuación la posición de este sujeto activo, especificado en el precepto legal y la posición del destinatario de la norma. Si el primero es sujeto determinado y único, el segundo puede ser cualquiera, ya que el mandato legal es general y objetivo en su contenido, y se dirige a todos en principio. Pasa luego a contemplar la posición del sujeto pasivo en estos delitos, en base a lo cual establece la clasificación en delitos contra la administración pública con sujeto pasivo exclusivo y delitos contra la administración pública con varios sujetos pasivos, en los que la pública administración es siempre uno de los sujetos pasivos, mientras el otro puede ser el propio funcionario u otra persona, relacionado en su exacta dependencia el perjudicado y el sujeto pasivo. Termina el estudio del bien protegido con unas breves consideraciones a la legítima defensa y otras causas de exclusión del delito y peculiaridades que la utilización del procedimiento plantea con estas infracciones.

Transmutando el orden establecido por el legislador en el capítulo III de este título II del Código Penal italiano, por la razón antes aludida de lograr una más acertada y eficiente sistemática, estudia en su segundo apartado, las nociones comunes a los delitos de los funcionarios públicos y de las personas privadas contra la administración pública. Comienza por la noción de funcionario público, enfrentando las dos diversas concepciones, subjetiva y objetiva, que se corresponden con la antigua y la nueva legislación, en el vigente Código, la cualidad viene determinada por el ejercicio de la función, por lo que se ha acogido el *criterio objetivo*. Entonces se hace preciso determinar que sea la función pública, viendo en ésta aquella actividad que para ser realizada debe ser desarrollada por el estado o por un sustituto suyo. Fijado así el concepto de función pública, se detiene en la observación de lo que sea el ejercicio de dicha función, analiza las teorías formuladas sobre este punto, y los límites de dicha función y las cualidades o caracteres de la misma, trata a continuación del tan discutido funcionario público *de hecho*, al cual asimila al funcionario de hecho en sentido estricto, que puede ser también el particular que realiza un oficio público sin poseer título alguno, ex-

cluye toda posibilidad de usurpación de la función pública, siempre que se trate de una actividad de defensa del ordenamiento jurídico existente. Versa luego sobre la distinción entre funcionario público y persona encargada de un servicio público, así como de las personas que ejercen un servicio de pública necesidad, y la cesación de dichas cualidades específicas personales.

En la segunda parte, especial, entra de pleno el tratadista en la materia específica de su estudio, analizando los particulares delitos, conforme a la sistemática expuesta en la primera parte de la obra. Entre los delitos especiales de los funcionarios públicos contra la pública administración, destaca, en primer lugar, el denso y atinado estudio sobre la figura del *peculado*, que va desarrollando ordenadamente desde el *nomen iuris* y su esencia delictiva, los presupuestos del hecho y el objeto material, hasta el elemento subjetivo del delito y la pena. Completa esta nutrida exposición las conductas que el Código ha asimilado al peculado propiamente dicho, como son la malversación en daño de particulares y el peculado sobre cosas poseídas por error. No menos interesante resultan las páginas que dedica al delito de concusión (nuestras actuales exacciones ilegales), especialmente por lo que se refiere a la dimensión dinámica de la figura representada por la conducta delictiva, que hace girar sobre el quicio que representa el término *abuso* (de la cualidad o de la función) en la totalidad del tipo, ya que no es otra cosa que el medio de llegar a la comisión del mismo, y al percibir el alcance de los efectos de este abuso, se encuentra con los medios comisivos, que son, precisamente, resultado de aquel mal uso previo, la coerción y la inducción son, pues, los elementos materiales del delito; coerción que no cabe confundir con la violencia física o moral, así como la inducción no significa la inducción en error, o el engaño que caracteriza la estafa.

Construye seguidamente con cuidada técnica el tratamiento de las diversas especies de corrupción: la corrupción pasiva impropia y la corrupción pasiva propia y la corrupción activa (impropia y propia), añadiendo un apartado dedicado a la investigación de la corrupción. A continuación contempla en su dimensión propia y en su contenido específico cada una de las múltiples figuras delictivas que vienen a completar la variedad tipológica de este título y que, dado los reducidos límites de esta nota, sin más comentarios, nos limitamos a enumerar: abuso del cargo en casos no previstos específicamente por la Ley, e intereses privados en actos de oficio, utilización de invenciones o descubrimientos conocidos por razón de la función, revelaciones del secreto de oficio, inducción al desprecio y vilipendio de las instituciones y de las leyes y de los actos de autoridad, omisión o negativa de actos de oficio, negativa o retardo de obediencia cometido por un militar o por un agente de la fuerza pública, abandono colectivo de funciones públicas, empleos, servicios o trabajos, interrupción de un servicio público o de pública necesidad, omisión de deberes de la función en ocasión de abandono de un cargo público o de interrupción de un servicio público, abandono o obstruccionismo individual relativo a cargo o a servicio público o de pública autoridad, sustracción o daño de cosa sometida a prenda o secuestro, violación culposa de los deberes inherentes a la custodia de cosas pignoradas o secuestradas.

Esta visión de conjunto sobre uno de los títulos de los Códigos penales

más necesitado de tratamiento técnico y más teñido de influencias sociológicas y de corrientes ideológicas dentro del total ordenamiento jurídico y el acusado sentido práctico de los valores que aquí intenta la norma proteger, así como las garantías cívicas que se robustecen y defienden en ellos, hace de estos apuntes del desaparecido jurista Spinelli, una obra de gran valor jurídico penal por la acusada actualidad del tema tratado, por la problemática que encierra, y por el acierto en la sistemática, extremo este último que hemos querido destacar desde un principio por ser menos frecuente en los tratadistas, olvidándose con ello que es el método exacto, el camino preciso, lo que nos conduce al feliz puerto donde nos es revelado el sentido último de las realidades sometidas al poder limitado de nuestro entendimiento.

G. L. H.

«Vorentwurf eines Japanischen Strafgesetzbuches» vom. 20 Dezember 1961
(Anteproyecto del Código penal japonés de 20 de diciembre de 1961),
«Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung»,
Nr. 80, Walter de Gruyter & Co., Berlín 1963, VII + 88 págs.

El número 80 de la conocida serie de la Editorial Walter de Gruyter contiene la traducción del Anteproyecto japonés de 1961. Al traductor, el profesor Kinsaku Saito, se debe también la breve introducción que precede al articulado. Se trata de un Anteproyecto oficial, que ha sido publicado en el Japón a fin de que la discusión sobre la reforma del Código Penal vigente no quede limitada al marco de la Comisión. De este Anteproyecto destacó algunos de los puntos más interesantes.

El delito de comisión por omisión se regula en el § 11; se castiga igual que el delito de acción; según esta disposición, habrá comisión por omisión cuando el agente está obligado jurídicamente a impedir el resultado o cuando haya provocado con su anterior actuación el peligro de producción del resultado. En el § 16 se niega toda relevancia para excluir o atenuar la pena a las acciones *libera in causa*. En la regulación del error se adopta la teoría de la culpabilidad (§§ 19 y 20). La forma de comisión culposa sólo será punible en aquellos delitos en los que la ley lo determine expresamente (§ 18). En el § 21 se dispone que en los delitos calificados por el resultado es presupuesto de la punición la previsibilidad del resultado. La tentativa inidónea se regula así en el § 23: «Cuando por su misma naturaleza sea absolutamente imposible que una acción produzca el resultado, no será castigada como tentativa». Entre las penas del Anteproyecto figura la de muerte a ejecutar en la horca. En el § 47 se establece que la pena ha de corresponder a la culpabilidad del autor. Existe una definición legal del delito continuado en el § 71.

En la protección jurídico-penal del sentimiento religioso no se establece ninguna discriminación entre las distintas religiones. El asesinato no se regula separadamente, sino que se establece un amplio margen de penalidad, que va de los cinco años de reclusión a la pena de muerte, para el delito doloso de ocasionamiento de muerte, sin especificarse, ni siquiera a modo de ejemplo, de qué circunstancias ha de depender que se imponga una mayor o

menor penalidad. En el § 269 se establece un tipo privilegiado que regula el homicidio a petición de la víctima o con su consentimiento, así como la inducción y el auxilio al suicidio. El duelo es objeto de especial regulación. Ni la homosexualidad ni la bestialidad se consideran delito. En los delitos contra el honor, perseguibles únicamente a instancia de parte, se admite sólo muy restringidamente la *exceptio veritatis*.

La perfección técnica del Anteproyecto es una prueba más del alto grado de desarrollo alcanzado por la ciencia penal japonesa.

E. G.

REVISTA DE REVISTAS

ALEMANIA

Neue Juristische Wochenschrift

1963-1964

KOHLHAAS, Max: «Die rechtfertigende Einwilligung bei Körperverletzungstatbeständen». (El consentimiento justificante en tipos de lesiones corporales). *Neue Juristische Wochenschrift* 1963. Pags. 2348-2351.

Al autor le preocupa que en muchos casos de intervenciones médico-quirúrgicas el médico no sepa, hasta que no lo decide un Tribunal, si el consentimiento de la persona intervenida justificó o no su acción. Pues, según el Derecho alemán, este consentimiento sólo tiene relevancia jurídico-penal si el hecho no infringe las buenas costumbres. Y qué es lo que infringe las buenas costumbres lo decide el juez. Kohlhaas reconoce que existen casos —por ejemplo, decidir si una obra literaria se mantiene o no dentro de los límites de la moral— en los que no hay más remedio que encomendar al juez la solución definitiva. Pero cree que, en interés de la seguridad jurídica, es preciso llegar a una regulación distinta en la mayoría de los casos en que los médicos ignoran actualmente si el consentimiento del sujeto pasivo excluye o no la antijuridicidad de la intervención; pues las opiniones sobre la moralidad de estas intervenciones son tan dispares —según que el que opine sea católico o protestante, cristiano-demócrata o socialista, etcétera— que se impone una decisión terminante por parte del legislador.

¿Es lícita la castración de un padre de familia, si éste consiente en ella para eliminar su tendencia a cometer delitos sexuales? ¿Contradice tal intervención, a pesar del consentimiento, las «buenas costumbres»? Un psiquiatra llamaría la atención sobre el gran número de familias que han vuelto a recobrar la felicidad después de la castración del padre, y que ya no tienen que echarse a temblar cada vez que se retrasa más de diez minutos en volver a casa; sobre la confianza en sí mismo, tanto en el plano profesional como familiar, recobrada por el que se sometió a la intervención. ¿Es punible la esterilización de una mujer a la que está dejando continuamente embarazada un marido borracho y que si no fuese por dicha esterilización acudiría, tal vez, al aborto? Se conocen casos de hombres que se sienten mujeres, se visten como mujeres y adoptan incluso una profesión femenina, pero que viven en el constante temor de ser descubiertos. ¿Le es lícito al médico actuar y eliminar quirúrgicamente aquellas características físicas que pueden llevar al descubrimiento de que la supuesta mujer es un hombre? ¿Es moral que un médico «juegue a ser creador», es punible su comportamiento?

En opinión de Kohlhaas, no es el juez el llamado a decidir a posteriori sobre la moralidad o inmoralidad —y consiguiente antijuridicidad— de estas

intervenciones quirúrgicas, sino que el cirujano debe poder informarse antes de actuar, en base a la Ley, si tal comportamiento es punible o no. Y debe ser la Ley la que le informe, concluye el autor, porque cuando, como en estos casos, el Derecho natural no da una respuesta clara, debe regir el principio: «; El positivismo ha muerto, viva el positivismo!»

WOESNER, Horst: «Strafrechtlicher und sittlicher Schuldvorwurf». (Reproche de culpabilidad jurídico-penal y moral). *Neue Juristische Wochenschrift* 1964. Págs. 1-5.

El autor combate la extendida opinión de que siempre que existe un reproche jurídico-penal existe también uno moral. Esto no es así, entre otras razones, porque el Estado, dentro del campo de sus tareas administrativas, puede perseguir el cumplimiento de normas neutrales al valor con la amenaza de una pena. En Derecho de la circulación y en las leyes especiales existen muchas reglas de comportamiento que no encuentran correspondencia en ningún mandato ético: el que haya que comportarse así no lo determina una máxima ética, sino el ordenamiento estatal que, en base a consideraciones de oportunidad, quiere proteger determinados objetos.

Los Tribunales deben evitar en lo posible, escribe Woesner, tomar partido por algunas de las diversas concepciones éticas que existen en una comunidad determinada en un momento determinado. Las verdaderas dificultades se presentan cuando el legislador ha convertido la ley moral en parte integrante de la Ley; así por ejemplo, en el § 226 a StGB («infracción de las buenas costumbres») y en el § 170 d StGB («poner en peligro la salud moral de un niño»): en tales casos, para que haya reproche jurídico-penal tiene que haber también reproche moral. El gran peligro es que el juez declare entonces su ideología moral —que, en realidad, sólo puede pretender ser la de un grupo determinado— parte integrante del Derecho. Woesner opina que un médico que esterilice por indicación eugenésica o social no debería ser condenado: hacerlo supone imponer la ideología moral de una cierta mayoría sobre la ideología del médico —que, de momento, es sólo la de una minoría, pero que tal vez en un futuro próximo se convierta en la dominante.

Distinta es la cuestión que plantea el delincuente por convicción. En tal caso no se trata de aplicar un tipo jurídico-penal referido a valores morales, sino normas estatales de comportamiento. La culpabilidad penal consiste aquí en la rebelión consciente contra la norma positiva, sin que ello quiera decir que el comportamiento del delincuente por convicción sea también moralmente reprochable.

Juristenzeitung

1963 y 1964

KAUFMANN, Arthur: «*Bemerkungen zum Irrtum beim unechten Unterlassungsdelikt*». (Observaciones sobre el error en el delito de comisión por omisión). *Juristenzeitung* 1963. Págs. 504-506.

El artículo es un comentario a una importante sentencia del Tribunal Supremo Federal de 29-v-1961 en la que se establece que el error sobre el deber de impedir el resultado constituye en los delitos de comisión por omisión un error sobre la prohibición y no uno sobre el tipo. Es error sobre el tipo, en cambio, el error sobre los presupuestos fácticos que fundamentan el deber de garantía. Ilustremos esto con un ejemplo: Si el profesor de natación ignora que el que se está ahogando es la persona con la que ha celebrado un contrato de servicios (circunstancia fáctica que fundamenta un deber de impedir el resultado) habrá error sobre el tipo. Si el profesor de natación, sabiendo que el que se ahoga es su discípulo, no interviene por creer que no está obligado a hacerlo (error sobre su deber de evitar el resultado), habrá un error sobre la prohibición. Consecuencias prácticas en Derecho alemán: El error sobre el tipo excluye la culpabilidad dolosa: el autor podrá ser castigado a lo sumo —si su error no fue inexcusable y si el ordenamiento positivo castiga también, excepcionalmente, la forma culpable de realización del delito— por delito imprudente. El error sobre la prohibición no excluye la culpabilidad dolosa; si el error no fue invencible, al autor se le aplicará la pena del delito doloso, atenuada en determinadas circunstancias, en base al párrafo II del § 51 StGB. La doctrina defendida en esta sentencia está fundamentada, evidentemente, en la teoría de los caracteres negativos del tipo; como Arthur Kaufman ha sido siempre partidario de ella, no puede extrañar que acoja calurosamente la decisión jurisprudencial.

LACKNER, Karl: «*Der Allgemeine Teil des künftigen Strafgesetzbuches in der Auseinandersetzung. Ein kritischer Beitrag zum Gegenentwurf Baumann*». (La Parte General del futuro Código Penal objeto de polémica. Una contribución crítica al Contraproyecto Baumann). *Juristenzeitung* 1963. Págs. 617-624.

El artículo se ocupa del Contraproyecto publicado por el profesor Jürgen Baumann como alternativa a la Parte General del Proyecto alemán del Código penal de 1962. Lackner comienza citando una frase de Eberhard Schmidt, en la que se resume la opinión de este penalista sobre el Contraproyecto Baumann: «no sólo no puede ser considerado como ayuda para alcanzar el fin de la reforma, sino que ha de ser estimado, por su carácter político-criminal retrógrado y por su insatisfactorio contenido jurídico, un obstáculo.» La crítica de Lackner al Contraproyecto Baumann, si bien no es tan feroz en la forma, sí lo es en el fondo. Recogemos algunos de sus puntos.

La disposición del Contraproyecto que suprime la obligación de trabajo

en las prisiones, no representa, en opinión del articulista, ninguna nueva idea político-criminal y está en contradicción con las experiencias, no sólo alemanas, sino del mundo entero, en el campo de la ejecución de las penas.

El articulista califica de «utópica» la pretensión del Contraproyecto de sustituir la condena y la libertad condicionales, así como las penas cortas de privación de libertad, por la multa.

Para alcanzar una mayor seguridad jurídica y reducir el campo de libre arbitrio del juez, el Contraproyecto Baumann dispone que la tentativa y la complicidad se castiguen con una pena que sea la mitad de la «pena normal», y que al delincuente reincidente se le imponga una pena doble a la normal. Con ello, escribe Lackner, no se alcanza la mayor seguridad jurídica que Baumann persigue, pues, para averiguar cuál sería la pena normal, el juez tendría que determinar antes, en base a consideraciones hipotéticas, qué pena le hubiera correspondido al cómplice si en vez de cómplice hubiera sido autor, o cómo habría sido el hecho si la acción no hubiera quedado detenida en el estadio de la tentativa. Por otra parte, prosigue Lackner, no es justo que la pena por tentativa de delito sea siempre la mitad del castigo normal: no es lo mismo que el asesinato no tenga lugar porque la víctima elegida no pasa por el sitio donde le acecha el delincuente que no que la muerte no se produzca porque la bala pasó a pocos milímetros de la cabeza de la persona a quien se quería asesinar. En base a parecidas consideraciones —el no tener en cuenta las circunstancias del caso concreto—, Lackner rechaza que al delincuente reincidente se le haya de imponer siempre una pena que represente el doble de la normal.

Para que no todo sea negativo, el autor concluye dando las gracias a Baumann por su Contraproyecto, ya que ha tenido el efecto de iniciar el debate público sobre el Proyecto oficial.

GEILEN, Gerd: «*Strafrechtliches Verschulden im Zivilrecht?*» (¿Culpabilidad jurídico-penal en el Derecho civil?). *Juristenzeitung* 1964. Páginas 6-13.

Mientras que en Derecho penal es necesario tener en cuenta al individuo concreto para pronunciar el juicio de culpabilidad, en Derecho civil es doctrina científica unánime que para decidir sobre la culpabilidad basta acudir a criterios objetivos: al agente no le disculpan, opinan los autores en manuales y comentarios, circunstancias meramente personales como dotes, conocimientos y experiencias insuficientes o de defectos físicos. Lange habla, por ello, de una «responsabilidad civil por el resultado para aquellas personas cuyo nivel no alcanza el del hombre normal». El articulista acude a Stoll-Felgentraeger para ilustrar esta diferencia entre la culpabilidad civil y penal con un ejemplo. Si un ciclista, al que le falta una pierna, ocasiona un accidente porque le falla el freno de mano y no puede detener la bicicleta con su pierna artificial, responderá por los perjuicios causados, pues, medido con el criterio del hombre normal, es decir, del que no tiene ninguna pierna artificial, ha habido negligencia. En Derecho penal habrá que acudir, en cambio, para determinar la responsabilidad del autor, al origen del

comportamiento, examinando si el ciclista no lesionaba un deber de diligencia ya circulando a pesar de tener una pierna artificial, o si, por lo menos, no debería haber instalado un segundo freno de mano.

Sin embargo, y a pesar de la unánime doctrina mantenida por los autores, los Tribunales civiles vienen siguiendo el mismo criterio que los penales para determinar la responsabilidad en los casos en que un defecto físico condiciona un accidente de la circulación —casos muy frecuentes en Alemania, indica el articulista, debido al gran número de mutilados de guerra—. Según la doctrina científica dominante bastaría que a un conductor miope se le cayesen las gafas originando un accidente para hacerle responsable civilmente por el perjuicio causado, pues la culpabilidad civil se determina en base al hombre normal prescindiendo de las peculiaridades del sujeto; sin embargo, en este caso al Tribunal Supremo alemán no le pareció suficiente este dato, sino que acudió, para fundamentar la obligación de indemnizar del conductor miope, a que el motivo de que se le cayesen las gafas fue que la patilla estaba dañada. Del mismo modo, el ciego que provoca un accidente sin percibir que se aproxima un automóvil, responde civilmente sólo si se prueba que descuidó ponerse un brazalete amarillo para indicar a los conductores su ceguera. No basta tampoco, opina la Sala de lo civil del Supremo alemán, demostrar que el ciclista no oyó el «claxon» por ser sordo: se le hace responder sólo porque se consideró que debería haber instalado un espejo retrovisor. Ante este paralelismo que existe entre la Jurisprudencia civil y la penal, Geilen niega terminantemente que se pueda hablar en el campo de la responsabilidad civil de una responsabilidad por el resultado del sujeto que no alcanza el nivel del hombre normal.

VON WEBER, Hellmuth: «Zum Begriff des Staatsgeheimnisses». (Sobre el concepto del secreto de Estado). *Juristenzeitung*, 1964. Págs. 127-129

En este breve artículo, y por lo que se refiere a las materias que pueden constituir un secreto de Estado, von Weber llama la atención sobre la interpretación restrictiva que hace la Jurisprudencia alemana del concepto de secreto de Estado, los Tribunales penales alemanes entienden que sólo pueden ser secreto de Estado secretos militares o políticos. Tales secretos pueden consistir, por supuesto, en conocimientos o hechos científicos o económicos: para que haya traición no basta, sin embargo, la revelación de un secreto que daña a la economía, la ciencia o la industria y que sólo «indirectamente», mediante un rodeo, afecta al bien de la República Federal de Alemania.

El profesor de Bonn concluye su artículo con unas interesantes observaciones sobre el error. Si el autor comunica a un Gobierno extranjero hechos que aquél, debido a una falsa valoración de dichos hechos, considera que constituyen un secreto de Estado, pero que en realidad no lo son, el comportamiento no es punible: hay sólo un delito putativo, pues el autor ha partido de una idea correcta de las circunstancias que pertenecen al tipo, es decir, de la significación científica de lo que ha revelado; lo que pasa es que, equivocadamente, las ha valorado como secreto de Estado, creyendo, por ello, que su comportamiento, en realidad impune, constituía delito. En el

caso opuesto —comunica hechos que no cree que ponen en peligro el bien de la República Federal, cuando en realidad sí lo ponen—, habrá un error sobre la prohibición; sólo si este error fue excusable podrá absolverse al agente. Distinta es la situación cuando el autor supone que los hechos constituyen secreto de Estado, por creer, equivocadamente, que el Gobierno extranjero no los conoce; aquí está admitiendo circunstancias que si se diesen realmente convertirían su acción en un delito de traición; por ello, el sujeto debe ser castigado por tentativa. En el caso opuesto, su error será un error sobre el tipo que excluirá el dolo.

ENRIQUE GIMBERNAT

Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Tomo 75, 1963, fascículo tercero.

Comienza este fascículo con una nota necrológica de la Redacción con motivo del fallecimiento del profesor Coenders.

BOCKELMANN, Paul: Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit (Libre albedrío e imputabilidad).

Se trata de una conferencia pronunciada por el profesor Bockelmann en el XLI Congreso de la Sociedad alemana de medicina legal y social. Se dirige a psiquiatras, psicólogos y pedagogos para exponer lo que el jurista —en este caso el profesor Bockelmann— entiende por imputabilidad. Su opinión no coincide con la dominante en la doctrina alemana y con la mantenida por la Gran Comisión de Reforma del Derecho penal.

El problema de la imputabilidad, tal como lo plantea el Derecho penal, puede ser resuelto, según Bockelmann, sin rozar siquiera la cuestión del libre albedrío. La doctrina jurídica de la acción considera que la conducta humana tiene una estructura final y que el hombre es el único ser capaz de orientar su conducta en contenidos espirituales, pero ésto no implica una aceptación del libre albedrío.

De la diferencia entre la determinación causal y la determinación final se deriva, sin embargo, el principio para resolver el problema de la imputabilidad. Pues la dirección final conforme a sentido, tiene también sus leyes y cuando aparece destruida o notablemente perturbada en un individuo, se niega la responsabilidad penal. Esta distinción entre individuos perturbados y no perturbados no debe ser interpretada, sin embargo, en el sentido de que los primeros, a diferencia de los segundos, no pueden actuar libremente.

Los inimputables serían, pues, los anormales, los perturbados, en el sentido mencionado. No es preciso, según Bockelmann, para la afirmación de la imputabilidad que el acto aparezca en relación, con la anormalidad, es decir, como expresión característica de la misma. Basta la comprobación de la anormalidad.

Al grupo de los anormales o perturbados pertenecen, en primer lugar, los que padecen una psicosis, es decir, una enfermedad mental. Este es el criterio del Derecho positivo y del Proyecto del nuevo Código penal (P. 1962). Para la exclusión de la imputabilidad no basta, sin embargo, la presencia de la enfermedad mental, sino que, de acuerdo con el método biológico-psicológico que sigue el Código en el artículo 51 y el P. 1962 en el artículo 24, es preciso que el autor a causa de su enfermedad fuera incapaz de comprender lo injusto de su conducta o de actuar conforme a ese conocimiento. A este requisito es al que se refería Kurt Schneider al decir que ningún ser humano es capaz de hacer una afirmación sobre esta capacidad o incapacidad. Esta crítica estaría justificada, dice Bockelmann, si este requisito implicase que el legislador había adoptado la tesis indeterminista y partía, por tanto, de la consideración de que el hombre mentalmente sano puede actuar libremente y las enfermedades mentales consisten esencialmente en una supresión de la libertad de elección. Pero esto no es así, según Bockelmann, La actual redacción del artículo 51 (equivalente a la del art. 24 del P. 1962), procede de la Ley del delincuente habitual peligroso de 1933 por la que se suprimió de la redacción anterior del artículo 51 la referencia a la exclusión de la libre determinación de la voluntad. Por otra parte, el legislador quiso subrayar con esta reforma, que las perturbaciones que determinan la inimputabilidad no tienen que consistir necesariamente en un defecto de inteligencia, sino que pueden afectar también a la vida instintiva o afectiva.

En todo caso, es cierto, sin embargo, que según el tenor literal y la voluntad de la Ley no basta la constatación de la enfermedad mental para excluir la imputabilidad. Al elemento «biológico» de la enfermedad tiene que añadirse el «psicológico» de la incapacidad de comprensión o inhibición. ¿Qué puede ser, sin embargo, este plus, si no es la posibilidad de actuar de otro modo?

Bockelmann cree que con ello se exige únicamente que la enfermedad mental ha de tener una cierta gravedad para que pueda excluir la imputabilidad. Esto es necesario, sin duda, pero, ¿es éste todo el alcance del requisito psicológico del artículo 51? ¿Qué debemos hacer en los casos en que el sujeto es un enfermo mental —grave, si se quiere—, pero la enfermedad afecta sólo a determinadas zonas de su conducta, es decir, afecta a la dirección final de su conducta en una sola dirección? Bockelmann cree que la Ley debe ser interpretada en el sentido de que no reconoce una inimputabilidad parcial. Es decir, debe negarse la imputabilidad aunque la acción concreta del sujeto quede fuera, no esté afectada, por la perturbación mental. De lo contrario se sustituiría el criterio —que propugna Bockelmann— de la simple anormalidad del sujeto por el de la libertad de elección. ¿Pero es que con la exigencia de que el autor, como consecuencia de la enfermedad mental, no pueda comprender lo injusto de su conducta o no pueda obrar conforme a ese conocimiento, no se rebasa el simple criterio de la anormalidad?

No se hace referencia —aun que pueda considerarse inoportuno— a la posibilidad de obrar de otro modo en el caso concreto?

Las mismas dificultades se plantean en las psicopatías (al menos en el Derecho vigente, pues el Proyecto 1962, no permite excluir la imputabilidad en las psicopatías).

Es cierto, como dice Bockelmann, que el indeterminismo no permite fundamentar el reproche de la culpabilidad, pues impide reconducir la acción a su autor y considerarla como su obra.

El sujeto es un puro instrumento —objeto— de una voluntad misteriosa que surge de la nada y adopta, sin fundamento, decisiones en un sentido o en otro. El indeterminismo tradicional destruye la identidad del sujeto (Welzel), pero no cabe decir lo mismo, a mi juicio, de aquella explicación de la libertad como resultado de la intersección de dos formas de determinación: la causal por los instintos, apetitos, intereses de la capa profunda y la final por el sentido, la verdad y el valor. La libertad consiste entonces en un acto, en el acto de liberación de la presión causal de los instintos para una autodeterminación conforme a sentido (véase, en este sentido Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* 8.ª ed. 1963, págs 128 y ss.). Aquí la identidad del sujeto no se destruye. Si éste realiza una acción delictiva, es decir, queda preso, es arrastrado por los apetitos de la capa profunda, la acción realizada es obra suya y la culpabilidad puede fundamentarse en la posibilidad —si existe— de dirección de los impulsos de la capa profunda con arreglo a los criterios del sentido, de la verdad y del valor.

El que el problema de la libertad no haya sido totalmente resuelto —o no sea totalmente soluble— no quiere decir, como subraya el mismo Bockelmann, que el Derecho penal deba basarse en la hipótesis determinista. Esta es tan insostenible como la indeterminista, pues no permite fundamentar un Derecho penal consecuente. Sólo si se admite una especie de armonía preestablecida, dice Bockelmann, puede esperarse de la confluencia de las conductas, determinadas, del delincuente y las conductas igualmente determinadas del juez, pedagogo o médico, la readaptación social del sujeto. No cabe aducir tampoco, dice Bockelmann, que, aunque la fundamentación teórica del Derecho penal preventivo sea tan frágil como la del Derecho penal de culpabilidad, deba dársele preferencia, al menos, por su mayor utilidad. No es imaginable una reeducación o readaptación social que renuncie a despertar en el sujeto el sentido de responsabilidad por sus actos, es decir, sin que se remita a los conceptos de culpabilidad y pena. No es posible, por otra parte, desde un punto de vista político-criminal, orientar exclusivamente el Derecho penal en el criterio de la prevención especial (delincuentes que han cometido delitos graves y no están necesitados de reeducación; delincuentes ocasionales; autores de delitos de bagatela que necesitan un tratamiento psicológico de reeducación etc.).

WAGNER, Walter: «*Staatschutz*». «*Staatsraison*». «*Rechtsstaat*». (Protección del Estado. Razón de Estado. Estado de Derecho).

Walter Wagner (fiscal federal), estudia los problemas que plantea en el ámbito de la tutela del Estado el contraste —posible siempre— entre la razón de Estado y el Estado de Derecho.

En la República Federal Alemana la razón de Estado no puede anteponerse a la independencia judicial. El artículo 1.º de la Ley orgánica de los Tribunales, según el cual el poder judicial es ejercido por jueces indepen-

dientes sometidos únicamente a la Ley, ha encontrado sanción en el párrafo 1.º del artículo 97 de la Constitución (Ley fundamental para la República Federal Alemana de 23 de mayo de 1949). El juez está sometido únicamente a la Ley y el Derecho (párrafo 3.º, art. 20 de la Constitución). El juez sólo puede prestar atención a la razón de Estado en la medida en que haya encontrado expresión en leyes que sean conformes al orden constitucional. La República Federal Alemana es un Estado de Derecho. Este se caracteriza no sólo porque los procesos —cualquiera que sea su índole— se desarrollan con las debidas garantías para el procesado y de acuerdo con las reglas legales preestablecidas. No basta la legalidad del procedimiento. Esta se da —a veces— en los Estados totalitarios o autoritarios. Son elementos esenciales del Estado de Derecho, la división de poderes, el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana, la independencia judicial, la seguridad jurídica. Si el legislador hubiera prestado excesiva atención a la razón de Estado, en contradicción a los principios constitucionales, todo juez, según el artículo 100 de la Ley fundamental puede reclamar del Tribunal Federal Constitucional el examen de la constitucionalidad de la Ley. También puede hacerlo cualquier ciudadano por medio de la queja constitucional.

Wagner considera, sin embargo, que incluso en un Estado democrático existe siempre el peligro de que la Administración de justicia preste atención a la razón de Estado fuera de los límites debidos. Este peligro se da, sobre todo, en algunos puntos de contacto de la razón de Estado y la práctica judicial. El primero de esos puntos es el tratamiento de la revelación de secretos de Estado ilegales; es decir, la determinación de si la revelación de secretos de Estado ilegales constituye o no traición. El problema tuvo gran actualidad en Alemania durante la República de Weimar por la violación repetida de las disposiciones del Tratado de Versalles relativas a la limitación de armamentos.

Mucho más actual es el problema del principio de oportunidad. Constantemente se alzan voces, dice Wagner, en favor de la adopción de este principio para la persecución de los delitos contra la seguridad del Estado. Su adopción sería perniciosa, sin embargo, por permitir la influencia de factores extraños en la Administración de justicia y poner en grave peligro la confianza en su objetividad. Se vería expuesta, en seguida, al reproche de partidismo, arbitrariedad y parcialidad política. Critica, por ello, Wagner la extensión del principio de oportunidad en el Proyecto de 1962 del nuevo Código penal alemán (art. 395) a la revelación dolosa de secretos de Estado por parte de funcionarios o encargados (párrafo 1.º del art. 100 C. del Código vigente). Hasta ahora la autorización del Gobierno sólo era necesaria para la persecución de la revelación culposa de los secretos de Estado por las personas mencionadas (párrafo 2.º del art. 100 c). Rechaza igualmente Wagner los argumentos en favor de la introducción o práctica del principio de oportunidad, de que el orden constitucional alemán esté ya tan sólidamente asentado que no sea necesario el principio de legalidad; o de que el Estado, en su condición de sujeto pasivo, pueda determinar por sí mismo los enemigos que desea castigar. El principio de oportunidad supone una infracción del principio de igualdad. Según el párrafo 1.º del artículo 3.º de la

Ley fundamental todos los hombres son iguales ante la Ley. Este principio constitucional fundamental vincula no sólo al legislador —que debe establecer las mismas leyes para todos—, sino a los otros poderes, y, por tanto, al judicial que no debe establecer diferencias donde el legislador no las ha establecido.

Por último Wagner cree incompatible la vinculación del fiscal a las órdenes del Gobierno con el principio de la independencia judicial y la concepción del tercer poder que se refleja en la Ley fundamental. Por esta vía la Administración de justicia se ve expuesta a la influencia de la razón de Estado. El derecho a dar órdenes a los fiscales debería corresponder únicamente a órganos pertenecientes al poder judicial.

WIMMER, August: «Ambivalenze der verkehrsrichtigen Gefahrhandlung».
(Bivalencia de la conducta peligrosa adecuada al tráfico).

Wimmer plantea de nuevo el problema de la significación jurídica de la conducta peligrosa adecuada al tráfico (entendiendo la palabra tráfico en sentido amplio, comprensivo de todos los sectores de la conducta humana en sociedad). Le mueve a ello su preocupación con el hecho de que una muerte causada por una conducta adecuada al tráfico sea tan jurídica como la ejecución de un delincuente condenado a muerte conforme a Derecho; y por la circunstancia de que la persona agredida por una conducta que responda al cuidado objetivamente debido no pueda ejercer la legítima defensa.

La discusión en torno a este problema se reavivó en Alemania a raíz de la sentencia del Tribunal federal (en relación con el artículo 331 del Código civil) de 4 de marzo de 1954. De sus considerandos se deduce, claramente, que el Tribunal federal considera típica la lesión producida por una conducta que responde al cuidado objetivamente debido; la antijuricidad queda excluida, sin embargo, por la causa de justificación de la conducta adecuada al tráfico. En una sentencia posterior (N. J. W. 1962, pág. 484) el Tribunal federal no habla ya de causa de justificación al afirmar que el que realiza una conducta adecuada al tráfico no actúa anti-jurídicamente. Weitnauer (N. J. W. 1962, pág. 1190) quiere deducir de la comparación de ambas sentencias que el Tribunal federal quiere excluir anora, incluso, la tipicidad de la conducta.

Wimmer realiza una síntesis de las diversas posiciones doctrinales en torno a la inserción correcta en el sistema de la teoría jurídica del delito de la observancia del cuidado objetivamente debido. Forma cuatro grupos de opiniones: causa de exclusión de la culpabilidad (antigua doctrina); juricidad de la conducta o causa de justificación; exclusión de la tipicidad y en un último grupo incluye una serie de posiciones recientes que son difíciles de encajar en los grupos anteriores. Subraya Wimmer la inseguridad que reina aún en esta materia, puesta de relieve por los frecuentes cambios de opinión de varios autores.

Al abordar el problema, Wimmer muestra su conformidad con la impunidad de la conducta peligrosa adecuada al tráfico aunque de ella se haya

derivado la lesión de un bien jurídico protegido. Por otra parte, cree necesario asegurar la posibilidad de legítima defensa a la víctima de la agresión no dolosa que responda al cuidado objetivamente debido. No sigue para ello, sin embargo, la vía de la antigua doctrina, según la cual la infracción del cuidado objetivamente debido era un elemento —objetivo— de la culpa, como elemento, forma o grado de la culpabilidad. La observancia de la diligencia objetivamente debida funcionaba, pues, como una mera causa de exclusión de la culpabilidad. Al ser la acción antijurídica podía ejercer la víctima la legítima defensa. Wimmer considera, con razón, que de este modo se resuelve sólo el problema de un modo aparente, formal, manteniéndose la contradicción de fondo. Al observar el autor el cuidado objetivamente debido falta la base para poder formular el juicio de reproche de la culpa. La solución propuesta por Wimmer decepciona, sin embargo. Se esfuerza en distinguir junto a lo antijurídico una zona de lo no jurídico o no conforme a Derecho. Lo antijurídico representaría sólo el caso extremo de lo no jurídico. Junto a lo jurídico o conforme a Derecho distingue la esfera de lo no antijurídico. Lo jurídico sería sólo el caso extremo de lo no antijurídico. Todo ello dentro de las conductas relevantes para el Derecho; es decir al margen de lo neutral —indiferente— para el Derecho. La conducta peligrosa adecuada al tráfico no sería jurídica, es decir conforme a Derecho, sino simplemente no antijurídica. Frente a ella sería posible, pues, la legítima defensa (interpretando el adjetivo «antijurídico» de los arts. 53 del Código penal y 227 del Código civil alemanes en el sentido de comprender el ataque no jurídico). La lesión del bien jurídico que se deriva de una conducta realizada con el cuidado objetivamente debido no sería antijurídica, sino simplemente no jurídica.

Esta construcción, que según Wimmer tiene en cuenta el carácter bivalente —desde el punto de vista social y jurídico— de la conducta peligrosa adecuada al tráfico de la cual se deriva la lesión de un bien jurídico protegido, es sin duda, artificiosa. Lo no jurídico, si no es neutral o indiferente para el Derecho es antijurídico. Lo no antijurídico o es conforme o indiferente al Derecho.

V. HIPPEL, Reinhard: «Vorsatzprobleme der Strassenverkehrsgefährdung de lege ferenda». (Problemas del dolo en el peligro del tráfico de lege ferenda).

Con motivo de la aprobación por el Gobierno alemán del proyecto de una segunda Ley para la seguridad del tráfico, el autor examina una serie de problemas que plantean las figuras delictivas introducidas en el Código penal a raíz de la promulgación de la Ley anterior (19 de diciembre de 1952); entre esas figuras destacan por su importancia los delitos de *peligro* para la seguridad del tráfico de los arts. 315a y 316, 2. Dedicó especial atención a los problemas del dolo en estas figuras porque cree que es el castigo de las conductas dolosas el único medio de contribuir a crear la conciencia de que los delitos de tráfico no son «delitos de caballeros», sino conductas sumamente reprochables desde el punto de vista ético-social. En

las conductas culposas el reproche ético-social es menor y las pequeñas penas pecuniarias o la condena condicional en las penas cortas de privación de libertad producen más bien la reacción de «me he librado otra vez».

La estadística pone de manifiesto, sin embargo, que el número de condenas por delitos dolosos de peligro del tráfico ha descendido constantemente, de un modo considerable, en los últimos años. La causa de este descenso no es una conversión ético-social de las masas —como atestiguan la experiencia diaria y la estadística—, sino la jurisprudencia sobre el problema del dolo. El tipo de la acción del artículo 315a no plantea dificultades especiales para el dolo. Los problemas surgen por que se exige también el dolo en relación con el peligro concreto.

En primer término es preciso aclarar, según el Autor, que peligro doloso no es lo mismo que tentativa de lesión. Al dolo de peligro va unida en general la convicción o la esperanza de poder dominarlo y evitar, por consiguiente, la lesión. Es decir, aún siendo el peligro doloso, la lesión puede ser culposa. La jurisprudencia, sin embargo, sólo admite, en general, el peligro doloso cuando concurre dolo de lesión. Son muy escasas, por ello, las condenas por delito doloso, peligro del tráfico y peligro culposo del tráfico han pasado a ser casi sinónimos. El artículo 315a ha pasado a ser una especie de precepto auxiliar y complementario del artículo 316, 2.º (que castiga el peligro culposo del tráfico).

Como consecuencia de la falsa interpretación del dolo de peligro por la jurisprudencia se plantean también problemas en el número 4.º del apartado 1.º del artículo 315a en relación con el término «sin consideración» (rücksichtslos). El autor se muestra partidario, por ello, de suprimir estas palabras (como propuso ya Voll en el seno de la Gran comisión de Derecho penal) del precepto mencionado y del número 2.º, apartado I del artículo 315c del Proyecto de Ley para la seguridad del tráfico.

El desconocimiento del dolo de peligro por la jurisprudencia, se debe también, según el Autor, a que parte de un concepto puramente naturalístico de peligro. El peligro es un concepto normativo, *jurídico*, cuya significación está en función de la estructura del tipo y puede ser, por tanto, diversa en los diferentes tipos delictivos. En la figura de delito del artículo 315a nos encontramos primero con la enumeración de una serie de conductas que son causas típicas de accidentes (tipo de la acción). Aquí nos encontramos ya con el concepto de peligro. Estas conductas producen en general, con frecuencia, accidentes. El peligro es aquí sólo el motivo del establecimiento de la norma; es un peligro abstracto. El legislador trata de proteger la seguridad del tráfico. El objeto de protección es también relevante para determinar lo injusto material en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.º del Código de la circulación. El ordenamiento jurídico permite la participación en el tráfico no sólo bajo la condición de observar las normas establecidas, sino que exige además que se tenga siempre presente la seguridad del tráfico. Esto se advierte en la jurisprudencia sobre el principio de la confianza (por ej. en la prohibición de imponer el derecho de preferencia de paso), en la admisión de un deber general de evitar accidentes y ha encontrado expresión reciente e inexacta en el concepto

del «conducir defensivo». Este deber activo de protección es tan importante para lo injusto porque rebasa la mera prohibición de lesión.

La seguridad del tráfico no es, sin embargo, el bien jurídico protegido en este delito, sino únicamente el motivo de la norma y el contenido del deber.

Con la referencia al peligro concreto (peligro común, art. 315,3) se introduce en el tipo una nueva dimensión. El peligro (estadístico, abstracto) creado por la acción contraria a deber se traslada al plano de la realidad al concurrir uno de los objetos concretos de ataque, es decir uno de los bienes jurídicos protegidos (vida, integridad corporal, propiedad). El peligro concreto cualifica lo injusto simplemente administrativo en injusto criminal. El desvalor del resultado (peligro concreto) es sólo un aspecto del desvalor de la acción (infracción del deber de protección). No cabe hablar, por tanto, de una responsabilidad por el azar. El peligro desempeña dentro del tipo una función de restricción de la punibilidad. Por otra parte, siendo dolosa la acción contraria a deber el peligro concreto puede ser doloso o culposo. El autor cree que es aplicable aquí, por ello, el artículo 56. Esta tesis me parece discutible, sin embargo. El peligro concreto es elemento constitutivo de lo injusto del delito del artículo 315a. Por otra parte, se desplazan de este modo al artículo 315a supuestos que encajan más bien en el artículo 316, párrafo 2.º, en el que se castigan las conductas culposas con menor pena.

HADDENBROCK, Siegfried: «Die juristisch-psychiatrische Kompetenzgrenze bei Beurteilung der Zurechnungsfähigkeit im Lichte der neueren Rechtsprechung». (El límite de competencia jurídico-psiquiátrica en el enjuiciamiento de la imputabilidad a la luz de la jurisprudencia más reciente).

Handdenbrock, psiquiatra, se ocupa del problema metodológico fundamental para el Derecho penal de culpabilidad de deslindar la competencia del jurista y del psiquiatra en el enjuiciamiento de la imputabilidad. Realiza para ello previamente un examen crítico de los criterios seguidos por el Tribunal federal en la jurisprudencia de los últimos diez años en el examen de la imputabilidad.

El Tribunal federal considera, en primer lugar, que se debe partir de un concepto jurídico de enfermedad; es decir de un concepto más amplio que el médico-psiquiátrico. Comprendería «toda perturbación de la actividad del entendimiento, de la vida afectiva e instintiva». Solo quedarían excluidas de este concepto las psicopatías que consistan únicamente en anomalías de carácter que den lugar a una disposición criminal, la debilidad moral y la debilidad de la voluntad. Este concepto jurídico de enfermedad es tan amplio que comprende casi todos los delincuentes habituales, que suelen presentar graves anomalías del espíritu y especialmente al delincuente peligroso de grave criminalidad. Es posible subsumir aquí también la mayor parte de los delincuentes sexuales y pasionales. Este concepto jurídico de enfermedad, dada su excesiva amplitud,

carece de valor, según Haddenbrock, para servir de criterio independiente para medir la imputabilidad.

Al carecer de valor este concepto, es preciso conceder mayor relieve al otro criterio general que utiliza el Tribunal federal para el examen de la imputabilidad. Es la capacidad para dominar el impulso delictivo, es decir la capacidad de inhibición conforme a sentido en el momento de la acción y en la situación concreta. Con ello se plantea, sin embargo, el problema de determinar el grado de libertad o de determinación en el momento del hecho. Este problema no es empíricamente soluble, según Haddenbrock, que invoca también a este respecto la opinión del juez federal Sarstedt. El psiquiatra solo puede examinar, en un análisis reconstructorio, la *estructura* de determinación —susceptible de aclaración empírica— sana o enferma, normal o anormal.

Una delimitación clara de la competencia juridico-psiquiátrica es posible, según Haddenbrock y debe realizarse de acuerdo con el criterio propuesto por Sarstedt. El psiquiatra, dados sus conocimientos del estado anímico del autor en el momento del hecho, además de exponer su diagnóstico, puede realizar afirmaciones sobre el modo y el grado en que una determinada anomalía disminuía en el momento del hecho la capacidad de comprensión y de dominio del autor. El ámbito de competencia del psiquiatra es, pues, más amplio que el que estiman pertinente Kurt Schneider, de Boor y Eb. Schmidt. Los dos primeros consideran que una estimación de la disminución de la capacidad de comprensión o inhibición no es científicamente posible. Eb. Schmidt señala que una afirmación en este sentido pondría en peligro la independencia y la responsabilidad judicial exclusiva por todos los problemas jurídicos. El psiquiatra, dice Haddenbrock, no puede sin embargo, (como exigen el jurista Kohihaas y el psiquiatra v. Baeyer) formular un juicio sobre la capacidad de dirección, como *tal*, que le quedaba al autor, es decir sobre su grado de libertad, su capacidad de dominio, sobre la evitabilidad de la conducta delictiva. Una afirmaciones en este sentido carecería de base en las ciencias antropológicas empíricas.

Haddenbrock reconoce —contestando a una objeción de Württemberg— que la moderna Antropología ha abandonado la posición determinista (ante todo de la Psiquiatría científico-natural y psicoanalítica), pero señala que no ha vuelto al indeterminismo sino a una posición agnóstica. Esta antropología podría servir hoy de base a un Derecho penal que evitara tanto los escollos de un determinismo amoral como de un indeterminismo farisaico.

Por último el Autor, rebasado conscientemente el límite de su competencia propone unos criterios *normativos* para la distinción de imputables e inimputables.

En primer lugar considera que el concepto jurídico de enfermedad, en el sentido del artículo 51 del Código penal alemán, debería ser vinculado más estrechamente al concepto medico-psiquiátrico de enfermedad.

Las enfermedades psíquicas, las psicosis, se basan solo en parte en enfermedades corporales (en último término, perturbaciones del funcionamiento del cerebro), o al menos, en el estado actual de la ciencia, no

se puede demostrar esa correlación en todos los casos. Pero los criterios *psico-patológicos* permiten trazar una línea divisoria relativamente clara y aceptada en el diagnóstico, con pocas variaciones, por psiquiatras de las diversas escuelas, entre unos estados morbosos auténticos, de anormalidad *cuantitativa*, que no pueden ser explicados psicológicamente por medio de la comprensión y el sentimiento (como, por ej. en la esquizofrenia y la psicosis maniaco-depresiva), las reacciones vivenciales *cuantitativamente* anormales y explicables psicológicamente (neurosis, en sentido amplio) y por último, las constituciones psíquicas *cuantitativamente* anormales (psicopatía, debilidad mental). Esta distinción debe ser decisiva, en principio, para la distinción jurídica, propuesta por Sarstedt, entre una delincuencia condicionada por la enfermedad y una delincuencia condicionada por el carácter. Al neurótico y al psicópata no debería negársele, por tanto, la dignidad jurídica de la imputabilidad. Tampoco debería negársele al débil mental en la medida en que fuera consciente —o pudiera serlo— de que realizaba una acción delictiva. Solo en la medición de la pena y en la aplicación de las medidas de seguridad deberían tenerse en cuenta estas anomalías no morbosas, con fines preventivos.

Por otra parte, en lugar de la pregunta en torno a la capacidad de inhibición conforme a sentido —que desemboca siempre, en último término, en la pregunta por la libertad— como criterio de mediación de la imputabilidad, o de otros conceptos análogos como «la libre determinación de la voluntad», «la capacidad de dirección», «la capacidad de auto-determinación», etc., debe examinarse la *capacidad de responsabilidad* (quizá también la capacidad de expiación).

La debilidad de la tesis de Haddenbrock estriba, a mi juicio, en la dificultad de deslindar siempre claramente la capacidad de responsabilidad de posibilidad de obrar de otro modo. Es cierto que el autor se remite a un futuro estudio, pero las preguntas que a modo de ejemplo formula no permiten siempre una clara distinción. Dice, por ejemplo, que el juez debería examinar si el delincuente es capaz de comprender y sentir debidamente el reproche de la culpabilidad por el hecho y de dar cuenta de su conducta después de haber tomado posición personal sobre ella.

GOSSWEINER-SAIKO, Theodor C.: «Die kriminalistische Bedeutung des kaufmännischen Rechnungswesens». (La significación criminalística del cálculo comercial).

El esclarecimiento de los delitos del Derecho penal económico plantea a veces muchas dificultades por falta de conocimientos de cálculo comercial en el jurista. El Autor cree necesario, por ello, un estudio, aunque sea somero, de la esencia del cálculo comercial, de sus leyes y de la significación criminalística de sus fundamentos y problemas principales.

El Derecho penal económico no ha evolucionado al mismo ritmo que el cálculo comercial. En el ámbito del cálculo comercial y empresarial nos encontramos con disposiciones contradictorias sobre la valoración, que es preciso someter a revisión. Es preciso desbrozar también la selva inextri-

ca de conceptos y disposiciones. Los conceptos jurídicos y económicos no coinciden.

Con frecuencia varias disposiciones penales sancionan el mismo hecho de la falsa descripción del patrimonio en los balances y en los libros. Es necesario llevar a cabo, por ello, urgentemente una tarea de ordenación sistemática de los conceptos y disposiciones que han de constituir el fundamento y la estructura del futuro edificio doctrinal del Derecho penal económico.

En las disposiciones vigentes del Derecho mercantil y el Derecho penal no se obliga al comerciante a aplicar un determinado método de contabilidad, ni a llevar un libro determinado. Esto dificulta la coincidencia entre el pensamiento jurídico y económico.

El Autor realiza un estudio de los conceptos de contabilidad ordenada, inventario y balance y pone de relieve su significación criminalística.

Considera, por último, el Autor que requieren aún estudio detenido, especialmente desde el punto de vista criminalístico, los siguientes problemas: 1, la falta de coincidencia entre los conceptos fundamentales, económicos y jurídicos y la presencia de un mismo tipo en varias disposiciones penales; la dispersión de las disposiciones del Derecho penal económico hace necesaria una compilación; 2, la falta de comprensión de la significación y alcance del cálculo comercial, debida a una información insuficiente; 3, la redacción inconsecuente de disposiciones importantes y la insuficiente regulación de la cancelación y la valoración; 4, la falta de datos importantes en los esquemas de balances obligatorios de los artículos 132 y 133 de la Ley de sociedades anónimas; 5, la posibilidad de formulación simultánea de balances de empresas asociadas y la amplia posibilidad de elección del momento del balance; y 6, la falta de una regulación unitaria de las formas de culpabilidad exigidas por el legislador para el lado subjetivo del hecho delictivo, especialmente importante en este ámbito.

La enumeración de estos graves defectos permite apreciar las dificultades con que tropieza el criminalista en el esclarecimiento de los delitos económicos. No obstante hay que tener en cuenta también el progreso de la técnica de revisión. Con el fin de facilitar el trabajo se divide hoy el campo a investigar en diversos sectores. Para examinarlos, del modo más exhaustivo posible, en busca de errores y deformaciones se clasifican los diversos métodos en tres grupos principales: comparación, operaciones de cálculo y valoración crítica.

Las posibilidades que tienen hoy los órganos de investigación, gracias a los modernos métodos de revisión, en el esclarecimiento de los delitos económicos son tan elevadas que pueden suministrar, con seguridad, la base de la prueba y de las conclusiones jurídicas en la formulación de la sentencia.

En la sección de Derecho comparado se publica un artículo de Mangakis, *Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit* (sobre la relación de culpabilidad penal y libre albedrío).

E S P A Ñ A**Revista de Derecho de la Circulación**

Año I, número 1, enero 1964.

FERRER SAMA, Antonio: «Consideraciones sobre la figura delictiva establecida por el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964»; págs. 11 a 15.

Se concreta el autor en su trabajo al comentario del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 24 de diciembre de 1964 y más exactamente a los caracteres del delito en orden a la acción y a la culpabilidad.

De la expresión «temeridad manifiesta» infiere que para punir el hecho no es necesario que se produzca un daño, basta con que se coloque un bien jurídico en peligro. Contrasta esta concepción del delito culposo con la del 565 del CP ya que en éste se requiere que se produzca un daño efectivo. Ello es de alabar dado el incremento de la circulación rodada y los peligros consiguientes.

Señala Ferrer Sama las diferencias esenciales entre los delitos materiales y formales, y de peligro concreto y abstracto, para llegar a la conclusión de que en la figura estudiada, estamos a presencia de un delito formal, o de mera actividad, y de peligro concreto. El carácter formal se desprende de que nadie podría establecer un distingo cronológico entre la conducta misma y el riesgo que lleva aparejado. La naturaleza de la infracción como peligro concreto aparece en la redacción del tipo, es decir, conducción temeraria que ponga «en concreto e inminente peligro la seguridad de la circulación, y la vida de las personas, su integridad o sus bienes».

¿Cabe admitir la culpa con representación y el dolo eventual en este delito? El autor afirma que no solo serán frecuentes estas figuras sino que no debe excluirse la posibilidad del dolo directo.

En esta misma Revista, y en el número 1.º también se publica en la sección doctrinal un trabajo de Olivencia Ruiz (Manuel) titulado «Sentido de la obligatoriedad en el seguro de automóviles», páginas 3 a 11.

GERARDO ENTRENA CUESTA

Año I, número 2, febrero 1964

COLONDRON ALVAREZ: «El conductor de vehículos automóviles. Determinación de su capacidad»; págs. 84 a 86.

Es necesario, dice el autor que se someta a un examen médico más riguroso a las personas que van a obtener el carnet de conducir. Dado el actual sistema de expedición de certificados médicos, se puede poner en evidencia al perito que lo libró ya que no es fácil determinar con un sim-

ple reconocimiento si la persona que va a conducir un vehículo padece epilepsia o cualquier otra enfermedad grave. El reconocimiento de los signos objetivos que permitirían establecer la sospecha de la existencia de epilepsia solo es posible en contadas ocasiones. Esto mismo se puede afirmar generalmente de las «otras enfermedades graves del sistema nervioso central o periférico» (Código Circulación art. 274). Urge sustituir el concepto gravedad por otro más adecuado (capacidad funcional y evolutividad de la enfermedad).

Es necesario, pues, llevar a cabo un reconocimiento más a fondo del futuro conductor, así como observar al mismo periódicamente. Ello, naturalmente choca con el inconveniente del incremento de los gastos, sin embargo se impone de una manera ineludible.

En el mismo número se publica en la sección doctrinal un trabajo de Sánchez Calero (Fernando) cuyo título es «La colisión de vehículos con daños recíprocos en el artículo 39 de la Ley de 1962».

G. E. C.

Año I, número 3, marzo 1964.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido: «Las fuentes de la obligación civil de reparar el mal causado, en la Ley de 24 de diciembre de 1962»; páginas 145 a 159.

Introducción

El autor se plantea el problema de si el artículo 39 de la Ley de 24-XII-62, es o no compatible con las otras fuentes que la Ley común originan la obligación de indemnizar los daños causados por dolo o culpa.

1. Planteamiento del problema, la responsabilidad objetiva y la unidad o pluralidad de fuentes de la obligación de indemnizar.

En el ordenamiento patrio la responsabilidad tenía su origen en el dolo o la culpa: Pero a partir de la Ley de 1962 se introduce la responsabilidad objetiva, la cual nace por el hecho de existir relación material de causalidad, sin que exija nexo subjetivo alguno. Ya no se trata de una cuestión de responsabilidad, sino de riesgo. Existe pues responsabilidad *ex delicto*, *ex quasi delicto* y objetiva, que obliga a reparar todos los daños causados ¿son compatibles las tres formas, o las dos primeras son subsidiarias de la tercera?

2. El Proyecto de la Ley de 24 de diciembre de 1962 y las posturas favorables a la multiplicidad de vías y fuentes de la responsabilidad civil.

El Proyecto en sus artículos 43 y 44 declaraba la compatibilidad de las tres formas, sin embargo el texto definitivo omite la referencia a las dos primeras.

El autor dice que parece clara la subsistencia de la responsabilidad civil *ex delicto*, pero no lo es tanto la subsistencia de acciones civiles nacidas de hechos en que intervenga culpa o negligencia.

3. Las opiniones contrarias y defensoras de una única fuente de la obligación civil regulada en el texto definitivo de la Ley.

Frente a Aragonese, Díaz Valcárcel, Carretero y Pera Verdaguer, Hernández Gil y Guijarro mantienen que la compatibilidad objetiva es incompatible con la derivada de culpa o negligencia. El autor afirma que dicha postura no puede mantenerse radicalmente.

4. Planteamiento del problema en el terreno de los principios de aplicación de las normas: las fuentes de la obligación civil de reparar el mal causado en el sistema de la Ley.

Estamos en presencia de un conflicto de normas; el artículo 1.902 del Código civil y el 39 de la Ley de 1962. Pero el artículo 39 representa frente al 1902 una norma especial, no solo por estar aquel contenido dentro de una Ley extravagante, sino además, porque el supuesto de aplicación del artículo 1.902, el artículo 39 acota una serie de hechos para regularlos específicamente. En principio, pues habrá que aplicar el artículo 39 pero el artículo 1.902 y sus concordantes entrarán en juego en el supuesto que no esté específicamente regulado en el artículo 39.

Existen dos fuentes fundamentales, pues, y una supletoria. Fundamentales: la producción de un daño como consecuencia de un acto ilícito penal definido en el título I de la Ley; y la mera causación de un daño por un conductor de un vehículo de motor, con motivo de la circulación haya intervenido culpa o no. Fuente supletoria es la causación de un daño por culpa o negligencia en los supuestos no previstos en el artículo 39 de la Ley y a los que se refieren los artículos 1.902 y 1.903 de C. C.

5. Los supuestos de responsabilidad civil que exceden del ámbito del artículo 39.

El autor hace un estudio de los actos no delictivos excluidos de la Ley distinguiendo que lo sean por falta del requisito subjetivo: responsabilidad civil de los no conductores o por falta de un requisito objetivo: responsabilidad civil por los daños provocados por vehículos de motor ajenos al tráfico.

En la sección doctrinal de la misma Revista aparece un artículo de S. Calvillo titulado «El Derecho de la circulación en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo». Páginas 159 a 163.

G. E. C.

Año I, número 4, abril 1964.

RODRIGUEZ RAMOS, Luis: «Sobre la autonomía del Derecho de la Circulación»; págs. 217 a 222.

Como Derecho se puede definir diciendo que se trata de «el conjunto de normas, instituciones y decisiones administrativas y judiciales que tienen como objeto material el tráfico rodado y todos los actos con él relacionados».

Al estudiar la autonomía distingue Rodríguez Ramos entre la formal y material. Formalmente es difícil mantener la autonomía del Derecho de

circulación. Sin embargo, cosa distinta ocurre si acudimos al aspecto material. Cuantitativamente las relaciones se multiplican dentro del ámbito del Derecho de la circulación. Numerosos congresos y convenciones desde el punto de vista internacional, aseveran lo mantenido. Relaciones con el Derecho Administrativo, Mercantil, Procesal, etc., señalan su conexión con estas disciplinas.

Desde el punto de vista cualitativo se precisa «que la luz del Derecho, tenga un ángulo peculiar de refracción al incidir en el bloque o temario de la circulación, distinto a como se produce en otras relaciones sociales». Esta peculiaridad se produce en tres vertientes: extensión nacional e internacional notable; un riesgo inminente para las personas y las cosas; y una compleja conexión de problemas técnicos, psicológicos, morales, naturales, etc.

Se puede hablar de autonomía, pues, del Derecho de la Circulación.

G. E. C.

Año I, número 4, abril 1964.

RUIZ VADILLO, Enrique: «Algunos problemas relativos a la determinación de las responsabilidades civiles procedentes de delito»; págs. 222 a 231.

I. Principio General.

Entiende el autor que la responsabilidad civil como consecuencia de los hechos delictivos cometidos con ocasión de circulación de los vehículos de motor se regirá por el Código penal y en su caso por la ley de Enjuiciamiento Criminal.

II. Contenido de la responsabilidad.

La responsabilidad civil comprende la restitución, reparación e indemnización.

El problema más importante se presenta a la hora de fijar la reparación. Ruiz Vadillo afirma que «sería mejor prescindir del perito en la mayor parte de los casos en que el fiscal y la Sala puedan discrecionalmente hacer la valoración con más probabilidades de acierto.» Se decide ampliamente por la necesidad del arbitrio judicial para fijar el «quantum».

Ensayo un esquema en el que se establecen normas generales de valoración de la vida humana y de las incapacidades, diciendo, a su vez, que la violación de tales normas por los Tribunales podría dar lugar a recurso de casación por infracción de Ley.

III. Perjudicados.

Puede serlo el agraviado, sus familiares o un tercero, pero es necesario que exista una relación de causalidad entre el delito y el perjuicio.

IV. *Determinación de las indemnizaciones, especialmente en los casos de pluralidad de responsabilidades.*

1. *En general.*

El Tribunal debe fijar a quienes se debe indemnizar, por quienes y en qué cuantía. Debe conocer y resolver todos los problemas penales y civiles que traigan causa del delito, en función del principio de unidad del proceso y economía procesal.

2. *Pluralidad de responsables directos o subsidiarios.*

El Tribunal, tratándose de responsables directos solidarios deberá fijar la cuota que a cada uno corresponde y si no lo hace, se entiende que el total ha de dividirse en partes iguales.

La responsabilidad subsidiaria también es solidaria, dice el autor, la sustitución se produce, no en el débito, sino en la responsabilidad.

3. *Daños recíprocos.*

Parece conveniente que en este caso el Tribunal considerando la intensidad de la culpa de cada uno, el riesgo que cada vehículo represente, etcétera señale, sin limitaciones, la cuota de cada uno.

En este mismo número, y en la sección doctrinal, se inserta un trabajo de Miguel López-Muñiz Goñi, cuyo título es «Investigación de accidentes. El caso del «camionero inocente». Páginas 231 a 237.

G. E. C.

Revista Española de Derecho Militar

Núm. 16. Julio-diciembre 1963

ALBERTO RAMAYO, Raúl: «Las sentencias firmes de los Consejos de Guerra argentinos y la cosa juzgada»; págs. 27 a 42.

El problema planteado es el de si por ser el Presidente de la Nación Argentina el Comandante en Jefe de todas las Fuerzas de Mar y Tierra de la nación, según precepto constitucional, puede variar las sanciones acordadas por los Tribunales Militares o Consejos de Guerra de aquel país, ya que para ser firmes necesitan el cúmplase de tan alto magistrado, al que corresponde también el derecho de indulto.

Tras de marcar la distinción entre las jurisdicciones penal militar y disciplinaria y un prolijo examen de los textos legales de aquel país, llega a la conclusión de ser irreformables para el Presidente de la nación las resoluciones de los Consejos de Guerra en la jurisdicción penal, si bien puede indultar y conmutar la pena aplicada y en jurisdicción gubernativa, sustituir, disminuir o perdonar la sanción disciplinaria que se hubiese impuesto, e imponer sanción de esta clase en caso de absolución por los Tribunales.

LOPEZ LASTRA, Emilio: «La teoría jurídica del delito, en la dogmática penal militar»; págs. 43 a 58.

En dos grandes partes divide su autor este trabajo. La primera, dedicada a la aparición de la teoría jurídica del delito y a la dura lucha que para su recepción en la Argentina hubieron de librar Soler y Jiménez-Asúa, contra el positivismo allí imperante. La segunda, que es el trabajo mismo, la médula y fin de él, versa sobre la aplicación de esta teoría al Derecho militar destacando los aspectos negativos de ella en la Legislación Penal Militar, en lo que él llama los siete momentos lógicos de dicha teoría, es decir, oponiendo a la acción la ausencia de ella, a la tipicidad también su ausencia, a la antijuridicidad las causas de justificación, a la imputabilidad las causas de inimputabilidad, a la culpabilidad las de inculpabilidad, las condiciones objetivas de punibilidad su falta y a la pena la excusa absoluta.

HIPPCHEN, Leonard J.: «La idea de «comunidad terapéutica» puesta en práctica por las Fuerza Aérea en el tratamiento de ciertos delincuentes militares»; págs. 83 a 102.

Este artículo es una información de primera mano, como hecha por quien pertenece al equipo, del sistema de corrección de delincuentes por la «terapia de grupo» o tratamiento en grupo a que hoy se orienta la curiosidad de los penitenciarios europeos, especialmente italianos y franceses, y que parece, según el autor, es sólo uno de los aspectos de operar en ésta «comunidad terapéutica» cuyo origen y funcionamiento describe. A ella son destinados los individuos de las Fuerzas Armadas Aéreas de los Estados Unidos condenados por delito cometido durante su permanencia en filas, que mediante una selección realizada por la determinación de su personalidad ofrecen esperanzas de que corregidos o educados puedan reintegrarse al servicio activo de su Ejército o readaptarse a la vida civil.

El tratamiento está a cargo de un equipo de 150 personas psiquiátricas, capellanes, psicólogos y sociólogos y actúa sobre grupos de 250, se realiza en un establecimiento anexo a la base de Amarillo, dura de uno a seis meses y comprende seis periodos en régimen que podríamos llamar progresivo, desde el primero en que se atiende, sobre todo, a su adaptación al grupo, hasta el último en que provisto de confianza en sí mismo, se les lanza hacia la conquista del futuro.

DOMINGO TERUEL CARRALERO

F R A N C I A**Revue Penitenciaire et de Droit Pénal**

Enero marzo 1964.

MARCHAIS: «*Inmaturation affective et delinquance*»; págs. 61 a 65.

Este artículo en la acostumbrada Crónica de Criminología Clínica, esta vez a cargo de uno de los médicos del Centro Nacional de Orientación, de Fresnes, que empieza recordando la frecuencia con que los delincuentes presentan una inmadurez afectiva.

El origen de ella —continúa— es muy discutible pues si hay casos en que se puede invocar una etiología de tipo biológico, nivel mental mediocre, fondo de desequilibrio caracterial constitucional, etc., otras está en la ausencia de un freno educativo que deja libre los impulsos instintivos, o a la inversa en un exceso de protección a los niños, sobre todo, por parte de la madre en los casos en que el padre se desentiende de su función de educador.

El paso a la delincuencia de estos inmaduros puede seguir diferentes procesos; individuos que, de carácter mal estructurado, se dejan dominar por el ambiente, no encontrando en sí mismos la resistencia suficiente para oponerse al impulso emocional; otros, por el contrario, que, mal preparados para la lucha por la existencia, reaccionan contra la sociedad a la que culpan de su inadaptación, formando asociaciones o bandas que comenten delitos sin motivo aparente, los que, por negarse su inmadurez, bajo el influjo de sus camaradas entre los que quieren sostener su prestigio llega a cometer delitos en un proceso de cada vez mayor degradación moral; y, finalmente, otros que, como en un juego, por no tener frenos que los aparten de fáciles sensaciones cometen, sobre todo, estafas.

Sería excesivo querer encontrar un tipo de delito más propio de la inmadurez efectiva que los demás. Sin embargo, es entre los ladrones y los estafadores entre los que se encuentran en mayor número. La inmadurez es sólo un factor, junto con otros, de los que llevan a la delincuencia. En los delitos sexuales se encuentra, sobre todo, empederastras y homosexuales, entre los que atentan contra el pudor de las muchachitas se hallan individuos muy tímidos con las mujeres.

En la criminogenesis es donde ha de dársele un valor importante. Constituye una enfermedad psicológica indudable respecto a la que conviene tomar medidas terapéuticas, de sicoterapia, que sería tardío aplicar en un medio penitenciario, pero que pueden ser muy eficaces aplicadas en la infancia y en la adolescencia, que han de entrar en el cuadro de la «*Siquiatría Social*».

Termina advirtiendo que noción secundaria y aparentemente limitada en Criminología es en realidad una noción compleja que no se pretende resolver con estas consideraciones, con las que sólo se trata de proponer un problema tanto con datos individuales como sociales.

KA-LOGEROPOULOS, Dimitri: «La Crise de la "Preventive detention»»; páginas 99 a 127.

Este trabajo abre las páginas de lo que en la revista es «Boletín de la Unión de Sociedades de Patronatos de Francia», advirtiendo por nota la redacción que lo acoge en sus páginas por tratarse de una Institución que se corresponde un poco con la relegación del Derecho francés. Nosotros llamamos la atención sobre él, aunque trate problemas resueltos y superados de otra manera en nuestro país, por su indudable valor desde el punto de vista del Derecho comparado.

* * *

La información sobre las sesiones de la Société Generale des Prisons versa sobre las celebradas en 18 de mayo y 26 de octubre de 1963, las dos preparatorias de la reunión de la Asociación Internacional de Derecho penal de agosto del presente año de La Haya. Para la primera, sirvió de ponencia la del profesor Savey-Casard sobre «En qué medida la política seguida en materia penal puede explicarse por hechos sociales tales como la separación de la Iglesia y el Estado y la preponderancia de ciertas tradiciones religiosas y morales» y la segunda, de Gendrel, sobre «Las infracciones contra la familia y la moralidad sexual desde el punto de vista de los atentados a las costumbres entre los miembros de la misma familia», en la que con los datos facilitados por el Centro de Orientación Nacional, de Fresnes, que ya escandalizaron a este recepcionista, tan curado de espantos, cuando hace tres años los conoció, expone en toda su objetiva crudeza el aterrador problema que supone su insospechada frecuencia.

Como crónica extranjera sólo la finlandesa, a cargo, como otras anteriores, de Valentín Soine, Director General de la Administración Penitenciaria de aquél país.

D. T. C.

Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé

Número I, enero-marzo 1964.

VITU, A.: «Une nouvelle juridiction d'exception: la Cour de sûreté de L'Etat»; páginas 1 a 53.

Como es sabido, el régimen del general De Gaulle, ha creado, a título permanente, un Tribunal de seguridad del Estado. Las anteriores jurisdicciones, de índole circunstancial, fueron suprimidas. La excepción, la situación de alarma, etc., han sido, en consecuencia, institucionalizadas. La anterior fue llevado a cabo mediante las leyes 63-22 y 63-23, de 15 de enero de 1964. Su finalidad, eminentemente política: reprimir las infracciones dirigidas contra la seguridad o contra la autoridad del Estado.

Vitu realiza un extenso estudio y pone de manifiesto los antecedentes

histórico-legales y la génesis de ambas leyes. Se detiene, específica y fundamentalmente, en consideraciones y cuestiones de naturaleza procesal, estudiando diferentes hipótesis de interés en la técnica del nuevo procedimiento.

A su juicio, es «cosa difícil» opinar sobre el valor de las leyes de 15 de enero de 1963. Si bien pudieran significar un paso hacia el Derecho procesal común, en otro sentido, como reconoce Vitu, suponen, sin duda, una clara regresión. Los ejemplos apuntados por Vitu son suficientemente alocutores: se quebrantan garantías individuales, en favor de la seguridad estatal, haciendo difícil una opinión favorable. Aunque circunstancias histórico-políticas hayan permitido, e incluso aconsejado, su instauración, su carácter *permanente* abre amplio campo para la crítica.

GRAVEN, Jean: «Organisation et fonction du ministère public en Suisse»; páginas 53 a 91.

Este estudio fue presentado como «rapport» al Congreso celebrado en Méjico sobre el Ministerio público en julio de 1963. Se recogen las diferentes particularidades que ofrece la situación legislativa suiza. Se trata, por tanto, de un tema de organización de la administración de justicia, y del que sólo damos noticia en esta reseña.

* * *

Además de la sección doctrinal, se acompañan las siguientes:

a) *Varietés*: De interés los informes de la señora Beeby y J. Verin sobre «el tratamiento de los jóvenes delincuentes en Nueva Zelanda», y la nota de Petroff sobre la estadística criminal en el problema de la delincuencia juvenil. Contiene también un trabajo de R. Mexle (De Zola a Lombroso), y otro de P. Cannat («Reflexión au sujet des hold up»).

b) *Crónicas*: De jurisprudencia, legislativa, penitenciaria, criminología, de policía, de defensa social, etc., a cargo de los habituales colaboradores de la revista.

c) *Información*: Se publica la noticia necrológica del profesor Cuello Calón, realizada por el profesor Juan del Rosal, así como distintos informes. Igualmente, contiene la sección bibliográfica acostumbrada.

MANUEL COBO

I T A L I A

Archivo Penale

Volume diciannovesimo. Fasc. IX-X. Septiembre-octubre 1963.

TESTI, Carlo Adriano: «Questioni varie in tema di furto»; págs. 336 a 352.

I. *Consumación.*

La característica del hurto, y que le diferencia de la estafa y de la apropiación indebida, estriba en que el acto de ejecución del delito está intimamente ligado al de posesión de la cosa. El autor se apoya en el proyecto del Código penal, el cual dice que se considerará perfeccionada la posesión de la cosa cuando el detentador de la misma haya perdido el poder de disposición sin que sea necesario que sea trasladada del lugar en que se encontraba, ni puesta fuera de la esfera de vigilancia del sujeto pasivo.

Es necesaria, pues, para la consumación que se extinga una posesión y nazca otra.

II. *El Concurso de la circunstancia, agravante de los párrafos 2.º y 7.º del artículo 265 del Código penal.*

Distingue en este apartado el autor entre dos casos de hurto. En el primero la cosa objeto del delito se encuentra efectivamente vigilada por el que la detenta, mientras que en el segundo estudia el delito cometido apoderándose de un objeto que no se encuentra actualmente bajo la vigilancia de su poseedor. Este último caso puede ser, dice el autor, el del hurto de un vehículo estacionado en la vía pública.

III. *Cosa destinada al servicio público.*

Afirma que para poder aplicar la agravante contenida en el número 7 del artículo 625, será necesario que la cosa objeto del delito esté necesariamente destinada al servicio público mediante autorización administrativa, y que lo esté en el momento de producirse el delito.

IV. *El concurso de la agravante contenida en el mismo artículo 625.*

En materia de hurto, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo debe mantenerse que las circunstancias alternativas previstas en el artículo 625, número 2, deben aplicarse conjuntamente, bien entendido que el elemento constitutivo de cada una de ellas representa una manifestación de un distinto aspecto de criminalidad, constituyendo una figura particular y autónoma que trata de una modalidad de una única circunstancia.

En el mismo número de esta revista y en su sección doctrinal se incluyen

los siguientes trabajos: «La sentenza della Corte Costituzionale», número 110 de 7 giugno 1963 ed i poteri di avocazione del procuratore general. Giannantonio (Luigi), páginas 333 a 336; «La violazione dei sigilli aposti della dogana può costituire reato ai sensi dell. art. 349, Código penal. Lanzi (Oscar), páginas 352 a 358, y «Un anno di censura cinematografica». Loschiaro (Giuseppe Guido), páginas 356 a 374.

G. E. C.

Volume Diciannovesimo. Fasc. XI-XII. Noviembre-diciembre 1963.

GERIN, Cesare: PANNAIN, Remo: «Anomalie psichiche e imputabilità»; páginas 405 a 425.

Se dice que el Derecho penal es el dictado para el hombre capaz, para el que tiene plena libertad para obedecer o no la norma. Pero es imprescindible distinguir la capacidad de la imputabilidad. El artículo 85 del Código penal aclara esta distinción al decir que es imputable «quien tiene capacidad para entender y querer».

Capacidad de entender significa el poder valorar la acción o el hecho de un punto de vista moral o jurídico.

El concepto de imputabilidad se puede asimilar, a juicio de los autores, al de inteligencia, y señala las cuatro fases que se dan en el acto inteligente.

Tiene capacidad de querer quien tiene voluntad, es decir, posibilidad de controlar sus actos y sus impulsos.

Estudiar los autores el concepto de anomalía psíquica, y entienden que se trata del estado intermedio entre la normalidad y la enfermedad mental. Este estado es difícil de determinar pese a los adelantos de la técnica moderna. Será necesario llevar a cabo un meticuloso examen médico del delincuente para determinar el grado de capacidad del mismo, así como la colaboración de psicólogos y técnicos especializados que puedan esclarecer la verdadera personalidad a veces oculta, y que hace manifestarse a un individuo en ocasiones como auténtico enfermo mental cuando, en realidad, no lo es.

G. E. C.

ANTONIONI, Filippo: «Tutela penale del processo e cronaca giudiziaria»; páginas 425 a 438.

Tiene por objeto este trabajo estudiar el problema del límite legal del Derecho de imprenta en general, y más específicamente del derecho de crónica judicial. Define el autor lo que es el derecho de imprenta así como el de crónica, diciendo de éste último que es el derecho de narrar al público los hechos que acaecen cotidianamente.

Señala Antonioni cómo está reñido en ocasiones el interés público y el

privado en esta parcela del derecho. Así el interés y derecho a ser informado puede estar en contraposición al interés particular que desea no se den a conocer ciertos pormenores que personalmente le afectan. De aquí que el ordenamiento jurídico tenga que establecer unos límites a la libertad de información y más cuando se trata de informar sobre cualquier actividad de un proceso penal, materia tan delicada que aireándola en ocasiones podría producir graves daños a personas que luego resultarían inocentes. El objeto de la tutela penal, dice Antonioni, no es tanto la administración de justicia, o el Estado administrador de justicia, cuanto el mismo proceso.

GERARDO ENTRENA CUESTA.

VALLETA, Alfonso: «Le Forze Armate Come Soggetto Passivo Dei Reati Di Vilipendio e di Diffamazione»; págs. 445 a 464.

Tiene por objeto este trabajo estudiar la responsabilidad que puede nacer como consecuencia de la difamación de las fuerzas armadas consideradas en su conjunto.

Si bien se establece en el artículo 21 de la Constitución italiana que todas las personas podrán libremente expresar sus ideas de palabra o por escrito, el honor, las buenas costumbres, la corrección y la ética deben imponer un freno para ejercitar desorbitadamente aquel derecho, y si se traspassa determinado límite, entonces ya estaremos en presencia de lo ilícito y entramos en la órbita del Derecho penal.

Distingue el autor la ofensa pública de la privada, así como la grave de la menos grave, y estudia la figura del vilipendio. Dice que es la «offesa sanguinosa», que provoca vergüenza, desprecio y profanación al sujeto pasivo queriéndole hacer pasar por vil y pronunciada en público o dada a conocer al mismo por medio de la imprenta.

Ahora bien, Valletta insiste en que no incurre en vilipendio a la fuerza armada aquel que menosprecia a determinados individuos de la misma, sino que ha de ofenderse a la misma *in totu*. Acude en apoyo de su tesis a dos sentencias, una de 2 de diciembre de 1955, del Tribunal Supremo militar que condenó al que había pronunciado «maledetta divisa! quando ce la tolgono sarà sempre tardi», y a la de 12 de junio de 1951 del Tribunal de apelación de Nápoles que sancionó igualmente por decir: «Forse una esatta statistica potrà essere fatta solo attraverso gli archivi dei tribunali e delle assise; tribunali ed assise che quotidianamente si lasciano a gente del genere brevetti del genere». En ambos casos observamos cómo se menospreció a todo el instituto y no a individuos o fuerzas aisladas del mismo.

En definitiva, para determinar si estamos en presencia de un auténtico vilipendio, dice el autor, habrá que investigar las palabras pronunciadas y la intención con que se hizo, como asimismo podrá ser un índice la filiación política de la persona que las pronunció.

Cuando la ofensa ha sido hecha en lugar no considerado como público y

no ha tenido trascendencia al exterior, estaremos en presencia de la difamación y no del vilipendio.

Se plantea el autor el problema de si una colectividad puede ser o no sujeto pasivo del delito de difamación. Cita la doctrina más autorizada, así como la jurisprudencia sobre el particular, y apoyándose en el artículo 595, último párrafo del Código penal, resuelve la cuestión afirmativamente.

Afirma Valletta que faltando la autorización del Ministro de Justicia para proceder, se degradará el delito de vilipendio y podría configurarse como de difamación agravada. Estamos a presencia, pues, de un delito complejo.

En este mismo número de *Archivio Penale* se publica un trabajo de Civallo (Castrense) titulado «La gran luce» di Giuseppe Maggiore; páginas 438 a 445.

G. E. C.

Volume Ventesimo I-II. Enero-febrero 1964

En este número se contienen en la parte doctrinal los siguientes trabajos: «L'apertura del dibattito» (Gaetano Foschini), «Configurabilità del reato continuato trafatti oggetto di cosa giudicata e fatti precedenti ancora da giudicare» (Alfonso Valletta), «Brevi note su di un caso di ravvedimento attuoso nel dilitto di calunnia» (Gaetano Contento) y «La motivazione del mandato di cattura» (Luciano Bracci). Por ser su contenido específicamente procesal no pasamos a comentarlos.

G. E. C.

Quaderni di Criminologia Clinica

Julio-septiembre 1963

DE VINCENTIS, G.: CARBELLA, A.: «Aspetti medico-legali e criminologici della superstizione»; págs. 267 a. 294.

Este dilatado trabajo de título tan prometedor puede decirse que está dividido en tres partes, aunque esta división no corresponda claramente con diversos aspectos de la cuestión y sólo está marcada en el texto con asteriscos.

En la primera parte, al tratar de diferenciar las supersticiones de las religiones examina la irracionalidad de las premisas en que se fundan aquéllas, el ser la creencia del grupo minoritario, la diversa valoración jurídico social de unas y otras, criterios que son insuficientes, pues no pueden mostrar la psicogénesis del fenómeno en examen al que se ha tratado de dar una explicación psicoanalítica, que los autores dicen rechazar por lo falso de las premisas en que se asienta, y otra existencial en la que se detienen.

Plantea en la segunda, desde el punto de vista médico-legal, la cuestión de si la conducta supersticiosa es compatible con la capacidad de entender y de querer, es decir, su valor excluyente o atenuante de la responsabilidad criminal.

Finalmente la última parte del trabajo es la exposición de dos casos, como ejemplarización, de dos campesinos. Uno sin antecedentes ni penales ni familiares neuro-psiquiátricos, de salud y vida normal, que contrae una blenorragia para cuya curación el hechicero le recomienda el ayuntamiento con una mujer virgen, realizándolo a pesar de la repugnancia que siente por ello, con su propia hija. Otro, también sin antecedentes de particular interés que se siente hechizado por un vecino, endeudándose para pagar servicios de «magos que lo deshechizen» y anunciando su propósito de matar al hechizador si no lo conseguía, por lo que fue internado en un hospital psiquiátrico.

BAZZI, T.: «Considerazioni sul valore crinogenetico di alcuni quadri schizofrenici»; «Le esperienze deliranti ed imperative»; págs. 295 a 312.

Son bien dispares, empieza diciendo, las opiniones de los autores sobre las relaciones entre esquizofrenia y criminalidad, pues mientras unos sostienen la escasa influencia de la primera sobre la segunda, otros ponen de relieve la influencia de aquella sobre esta. Lo mismo ocurre respecto a las conclusiones a que llegan con los datos estadísticos manejados que oscilan entre un 11 a 50 por 100 de esquizofrénicos criminales, diferencia que se encuentra igual entre las estadísticas de los diversos países. Esto es debido a las diferentes metodologías de estudio y la no fácil discriminación entre factores crimino-genéticos esquizofrénicos y extra-esquizofrénicos.

Esto es porque no todo en el esquizofrénico es esquizofrenia y este término no quiere decir otra cosa que un criterio fenomenológico, cuyo substrato es hasta ahora desconocido, por lo que dada la vastedad del estudio ha de reducirse a algunos aspectos de él, que han de ser las conductas criminales como modalidad reactiva a la experiencia delirante esquizofrénica y como expresión de experiencias esquizofrénicas imperativas o impulsos esquizofrénicos.

Al hacer el resumen de sus conclusiones sienta la de ser sobremanera compleja las relaciones entre esquizofrenia y criminalidad, no prestándose los resultados conseguidos a ser resumidos en fórmulas simples por la dificultad de discriminar lo que es propiamente esquizofrénico de lo que no lo es, si bien es acertado el afirmar la gran peligrosidad de la fase po-drómica de la enfermedad; el poder contraponer dos experiencias esquizofrénicas, la comprobación de conductas criminales conexas con el delirio, como la agresión al presunto persecutor y el impulso imperativo a la acción, modalidad del impulso esquizofrénico, independiente de cualquier fenómeno delirante o alucinatorio.

ROSENBAUM, G.: «Misuradizioni dell'impulsività basate sulla generalizzazione dello stimolo»; págs. 313 a 326.

El título indica claramente no sólo el fin del trabajo sino el medio seguido para lograr la experiencia. Elegidos en Redibbia a donde la investigación se realizó, diez condenados por homicidio, otros diez por robo y diez agentes de vigilancia de análoga edad y cociente intelectual como grupos de confrontación, se les hizo apollar un dedo sobre una manivela de telégrafo debiendo levantarlo cuando cantase la cigarra y no estuviese encendida una cruz roja. La frecuencia de las contestaciones por cada intervalo de tiempo fueron tomadas como medidas de generalización.

El resultado fue una mayor frecuencia en los homicidas que en los ladrones, y la de éstos más lentas que las del grupo de confrontación, lo que se ha interpretado como una demostración de que la impulsividad en los homicidas es atribuida a la incapacidad de mediación de las reacciones.

RAGOZZINO, D.: «Sulle finalita dell'istituto delle licenze nel regime della esecuzione delle misure di sicurezza di tipo psichiatrico»; págs. 327 a 347.

El reglamento penitenciario italiano autoriza la concesión de licencias a los internados en los Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios en caso de algún grave suceso familiar del interno, como premio a su buena conducta, o como prueba antes de acordar el cese de la medida de internamiento. Como se ha propuesto la abolición de esta posibilidad de concesión, el autor expone diversos casos en que fue muy beneficiosa y estudia el problema a la vista de éstos, para llegar a la conclusión de lo improcedente de la suspensión.

GARAVAGILA G. PONTI, G.: «Inmigrazione o criminalità»; págs. 347 a 360.

El trabajo es el informe presentado al Congreso Internacional de Inmigración, Trabajo y Patología Mental celebrado en Milán en marzo de 1963. La materia está reducida al estudio de la inmigración interior italiana, y más concretamente a Milán, aunque sea valedero para lo que se llama el triángulo industrial italiano y no se extienda a los hijos de los inmigrantes. Los autores concluyen afirmando: que el fenómeno no tiene relevancia delictuencial salvo para los menores; que las manifestaciones delictuenciales están, sobre todo, en relación con el ambiente de origen; que el cambio de ambiente aparece sólo como concausal y que no son por tanto de indicar medidas profilácticas especiales.

D. T. C.

La Scuola Positiva (Rivista di Criminologia e Diritto Criminale)

Fascículo II, 1964

RANIERI, Silvio: «Il problema della colpevolezza a l'avvenire del Diritto penale»; págs. 169 a 188.

El presente estudio de Ranieri es el texto de la conferencia que pronunció en la Universidad de Roma. Simultáneamente ha aparecido la versión española de su discípulo M. Barbero Santos, con el título «El problema de la culpabilidad y el futuro del Derecho penal», Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1964, 25 páginas. La traducción del profesor Barbero es por demás correcta, y nadie como él para captar perfectamente el pensamiento de su maestro.

Ranieri insiste, una vez más, en su tesis acerca de la culpabilidad. Esta, a su juicio, es culpabilidad por el *carácter* del sujeto: existe tanto en relación a una acción concreta, como en relación al carácter de su autor. Cabe, por tanto, afirmar la proposición siguiente: la culpabilidad no puede atribuirse a una acción concreta, sino que, al mismo tiempo se atribuye también al carácter de su autor, y viceversa. Es, pues, grave incongruencia —continúa Ranieri— escindir, de forma radical, la culpabilidad por el hecho de la culpabilidad por la situación objetiva del autor. La culpabilidad por el hecho, precisamente por serlo, es culpabilidad por la personalidad del sujeto.

En el derecho positivo italiano, razona Ranieri, la culpabilidad parte del hecho concreto, pero no se agota solamente en él. Tiene un significado nuevo y más profundo: la *aptitud* para cometer hechos delictivos, que el autor ha revelado. Mediante un examen de diferentes preceptos Ranieri concluye afirmando que la concepción *caracterológica* de la culpabilidad se fundamenta también en el Código, a pesar de que se insista por otros autores en la tesis contraria.

Finaliza diciendo que «el porvenir del Derecho penal se encuentra en este camino».

GRAVEN, Jean: «Il profano dinanzi alla giustizia»; págs. 189 a 211.

Se trata de un interesante trabajo en el que se pone de manifiesto la distinta repercusión que en el «hombre de la calle» ocasiona la justicia y su verificación. No se fundamenta tan sólo en una pura especulación, sino que ha tenido presente el resultado de la encuesta organizada por el periódico de Ginebra *La vida protestante*, de la que es «síntesis final».

Las diferentes perspectivas que ofrece la justicia son expuestas, por Graven: tanto la representación como cuerpo de la administración de la misma, hasta la actitud del defensor, de la acusación, de los jurados, e incluso de los peritos.

La traducción italiana, clara y precisa, ha sido hecha por Ranieri.

LEVASSEUR, Georges: «La delinquenza degli anormali»; págs. 212 a 237.

Se publica ahora, en versión italiana de Ranieri, la relación general presentada por Levasseur al «Coloquio sobre delincuentes anormales mentales», celebrado en Bellagio en abril de 1963.

El estudio de Levasseur es completo y profundo. Se parten de unas premisas generales, que invariablemente conducen a las conclusiones defendidas por el autor. En el momento actual, afirma Levasseur, la reacción social contra el delito debe dirigirse con orientación fundada en concepciones más realistas y en las recientes aportaciones de las ciencias del hombre. En el caso de los delincuentes anormales, en consecuencia, se exige un examen especialmente atento y detenido de su personalidad. Debiera propugnarse, dentro de esa misma línea, por la *revisión* del régimen que hasta ahora se ha seguido en los diferentes países para que se acomode más a la realidad y al estado actual del saber.

Levasseur se reafirma en las conclusiones mantenidas por la Sociedad Internacional de Defensa Social, y llama la atención sobre las siguientes proposiciones: a) Necesidad de un servicio de observación que verifique un examen sumario de *todos* los delincuentes; b) del resultado que proporcione, posibilidad de observación y de examen más detenido; c) si, definitivamente, aparece la anormalidad, previos determinados trámites, aplicación de una medida de tratamientos; d) el tratamiento puede hacerse en una institución, o incluso mejor, en libertad; e) ha de acompañarse de algunas medidas de protección social (por ejemplo, interdicción profesional); f) la práctica del tratamiento debe ser controlada por un magistrado, aconsejado por un equipo de técnicos; g) para todos los incidentes que surjan debe dotarse de agilidad a la defensa, existiendo al respecto una regulación procesal elástica.

El número reseñado consta, también en la sección doctrinal, de dos trabajos de Derecho procesal penal: «Considerazioni in torno all'art. 477 c. p. p.» (de Giuseppe de Luca), «Il patrocinio penale del praticante procuratore» (de Achille Melchionda). Igualmente se publica la sección jurisprudencial, legislativa, y bibliografía (a cargo esta última de Ranieri, Santoro y Siegert), así como el acostumbrado noticiario.

M. C.

NOTICARIO

NECROLOGIA

EL PRESIDENTE DE LA FUNDACION INTERNACIONAL PENAL Y PENITENCIARIA, MONSIEUR CHARLES GERMAIN

Ha fallecido el 15 de agosto último en su residencia de París el Presidente de la Fundación internacional penal y penitenciaria M. Charles Germain, ilustre hombre de ciencia que ha dirigido la Fundación referida con acierto, dedicación, inteligencia y eficacia verdaderamente elogiable de igual modo que ejerció sus cargos de Abogado general de la Corte de Casación y en la Justicia militar, en la Administración penitenciaria, etc.

Su última intervención científica registrada en este ANUARIO (Tomo 15, número de enero-abril de 1962, pág. 230), fue la presidencia del coloquio celebrado en Bruselas del 26 al 31 de marzo de 1962, en que expuso la preparación del tema relativo a los nuevos tratamientos penitenciarios y los fines de la reunión.

La próxima intervención, ya anunciada en el último número del ANUARIO, habría de tener lugar en el V Congreso Internacional de Criminología, convocado para los días 29 de agosto al 3 de septiembre de 1965, en Montreal, en que sería Presidente del tema primero, dedicado al tratamiento de los delincuentes jóvenes y adultos, singularmente a su profilaxis y tratamiento, y en el que nuestro colega el Profesor Del Rosal tenía la ponencia general relativa al tratamiento de la predelincuencia adulta.

Entre sus obras destaca la que se ha considerado últimamente como hito en los estudios penitenciaristas titulada *Elements de Science Penitentiaire*, publicada en París en 1959, y que, sin duda, resume los estudios y actividades fecundas del ilustre extinto como Director de la Administración Penitenciaria en Francia desde 1948 hasta 1954.

Jurista de renombre en Europa, criminólogo bien conocido en los medios científicos internacionales y propulsor de los estudios penales y penitenciarios, su muerte ha sido sentida profundamente entre los cultivadores de nuestras disciplinas.

CREACION DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGIA DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID

Por el Ministerio de Educación Nacional ha sido creado el Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid. Su creación ha obedecido a un proyecto presentado en su día por el profesor Juan del Rosal, que tras diferentes modificaciones e informes de distintos organismos, ha sido aprobado en agosto de 1964. En el *Boletín Oficial del Estado* de ese mes, se recoge el texto articulado de sus estatutos y disposición ministerial pertinente. Por

el Ministro de Educación Nacional ha sido nombrado Director del mismo el profesor J. Del Rosal. El Instituto, que tiene su sede en los locales que le han sido asignados por la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, desarrollará tanto una labor docente como científica en el campo criminológico.

La primera consistirá en la organización de un curso elemental y un curso superior, y posteriormente, de cursos monográficos para conseguir el título de Graduado en Ciencias Criminológicas. La segunda se concretará en la realización de trabajos científicos, y su correspondiente publicación, así como en la aparición de la *Revista de Criminología*, cuyo primer número se anuncia en los estatutos.

Según se nos informa, el plazo de inscripción en los anteriores cursos se abrirá a primeros de diciembre, para dar comienzo las actividades docentes a mediados de enero, según los requisitos y demás circunstancias que se fijarán en su momento en la convocatoria.

Para información y correspondencia deben dirigirse a: Instituto de Criminología, Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, Madrid (España).

REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACION

Ha tomado posesión de su plaza de académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Profesor Juan Del Rosal. El nuevo académico pronunció su discurso sobre el tema «Esquema de un Anteproyecto de Código penal español». Le contestó el académico de número don Federico Castejón. En la sección de Revista de libros de este ANUARIO, se publica un resumen de ambos discursos.

INDICE GENERAL

TOMO XVII

Fascículo II

	Páginas
SECCION DOCTRINAL	
Las medidas de seguridad no son sanciones, por SEBASTIÁN SOLER	215
Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado, por CÉSAR CARMARGO HERNÁNDEZ	229
Revisión del problema del consentimiento en las lesiones en el Código Penal, por MANUEL COBO	243
SECCION LEGISLATIVA	
Ley orgánica de la jurisdicción tutelar de menores de Costa Rica, de 20 de diciembre de 1963 (Gaceta de 9 de enero de 1964), por JOAQUÍN BASTERO ARCHANCO	269
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
Del parricidio culposo, por JUAN DEL ROSAL	273
Jurisprudencia criminal correspondiente a los meses de enero y febrero de 1963, por FERNANDO ALAMILLO CANILLAS	277
Jurisprudencia procesal penal, tercer cuatrimestre de 1963, por FERNANDO GISBERT CALABUIG	286
CRONICAS EXTRANJERAS	
Bicentenario de Beccaria y XII Jornadas de Defensa Social, por A. BÉRISTAIN, S. J.	309
REVISTA DE LIBROS	
ACHARD, José: "Legislación atinente a menores en las Américas", por Joaquín Bastero	313
D'ANGELILLO, Antonio: "Le Frodi fiscali", por Gerardo López Hernández.	314
BECCARI, Giovanni: "La conseguenza non voluta", por Manuel Cobo ...	316
BUENO ARÚS, Francisco: "La reforma del Código penal español de 1963", por Domingo Teruel Carralero	318
BROMBERG, Walter: "Crisol del Crimen. Estudio psiquiátrico del homicidio", por Manuel Cobo	319

	Páginas
COMISIÓN PARA LA CODIFICACIÓN PENAL BOLIVIANA: "Bases para la redacción del anteproyecto del Código penal boliviano, por <i>Pedro Albácar López</i>	321
CALVIMONTES, Raúl: "Antecedentes históricos legislativos del Código penal boliviano", por <i>Pedro Albácar López</i>	321
CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE.—GIORNATE FIURIDICHE ITALO-JUGOSLAVE, por <i>Gerardo López Hernández</i>	322
"Das Portugiesische Strafgesetzbuch vom 16. September 1886 (El Código penal portugués de 16 de septiembre de 1886)", por <i>Enrique Gimbernat</i> .	324
GARCÍA-PUENTE LLAMAS, José: "Los delitos de huelgas", por <i>Gerardo López Hernández</i>	324
KAUFFMANN, Arthur: "Das Schuldprinzip", por <i>Manuel Cobo</i>	326
MENDOZA T., José Rafael: "Estudios varios", por <i>Federico Castejón</i> ...	328
MANCINI, Juan Gabriel: "Prostitution et proxénétisme", por <i>Manuel Cobo</i> .	329
NOVOA MONREAL, Eduardo: "El proceso de generación del delito. Tentativas y delito imposible", por <i>Federico Castejón</i>	331
PETROELLO MANTOVANI, Luciano: "Responsabilità per fatto altrui", por <i>Gerardo López Hernández</i>	331
RESTEN, René: "Caracterología del criminal", por <i>Gerardo Estrena Cuesta</i> .	333
ROSAL, Juan del: "Esquema de un anteproyecto de Código penal español", por <i>Gerardo López Hernández</i>	335
SPINELLI, Giuseppe: "I delitti contro la pubblica amministrazione", por <i>Gerardo López Hernández</i>	339
"Vorentwurf eines Japanischen Strafgesetzbuches" (Anteproyecto del Código penal japonés de 20 de diciembre de 1961), por <i>Enrique Gimbernat</i> .	342

REVISTA DE REVISTAS

Alemania

NEUE JURISTISCHE WOCHENSCHRIFT.—1963-1964, por <i>Enrique Gimbernat</i>	344
JURISTENZEITUNG.—1963 y 1964, por <i>Enrique Gimbernat</i>	346
ZEITSCHRIFT FUR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT.—Fasc. 3.º, 1963, por <i>José Cerezo Mir</i>	349

España

REVISTA DE DERECHO DE LA CIRCULACION.—Enero, febrero, marzo, abril 1964, por <i>Gerardo Estrena Cuesta</i>	360
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR.—Julio-diciembre 1963, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	364

Francia

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Enero-marzo 1964, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	366
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARÉ.—Enero-marzo 1964, por <i>Manuel Cobo</i>	367

Indice general

Páginas

Italia

ARCHIVIO PENALE.—Septiembre-octubre, Noviembre-diciembre 1963, enero febrero 1964, por <i>Gerardo Entrena Cuesta</i>	369
QUADERNI DI CRIMINOLOGIA CLINICA.—Julio-septiembre 1963, por <i>Domingo Teruel Carralero</i>	372
LA SCUOLA POSITIVA.—Fasc. II, 1964, por <i>Manuel Cobo</i>	375
NOTICIARIO	377

Revista de libros 323

ACHARD, José: "Legislación atinente a menores en las Américas", por *Joaquín Bastero*; D'ANGELILLO, Antonio: "Le Frodi fiscali", por *Gerardo López Hernández*; BECCARI, Giovanni: "La conseguenza non voluta", por *Manuel Cobo*; BUENO ARUS, Francisco: "La reforma del Código penal español, de 1963", por *Domingo Teruel Carralero*; BROMBERG, Walter: "Crisol del Crimen. Estudio psiquiátrico del homicidio", por *Manuel Cobo*; COMISIÓN PARA LA CODIFICACIÓN PENAL BOLIVIANA. "Bases para la redacción del anteproyecto del Código penal boliviano", por *Pedro Albácar López*; CALVIMONTES, Raúl: "Antecedentes históricos legislativos del Código penal boliviano", por *Pedro Albácar López*; CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE.—GIORNATE FIURIDICHE ITALO-JUGOSLAVE, por *Gerardo López Hernández*; Das Portugiesische Strafgesetzbuch vom 16. September 1886 ("El Código penal portugués de 16 de septiembre de 1886"), por *Enrique Gimbernat*; GARCÍA-PUENTE LLAMAS, José: "Los delitos de huelgas", por *Gerardo López Hernández*; KAUFFMANN, Arthur: "Das Schuldprinzip", por *Manuel Cobo*; MENDOZA, T., José Rafael: "Estudios varios", por *Federico Castejón*; MANCINI, Juan Gabriel: "Prostitution et proxénétisme", por *Manuel Cobo*; NOVOA MONREAL, Eduardo: "El proceso de generación del delito. Tentativas y delito imposible", por *Federico Castejón*; PETROELLO-MANTOVANI, Luciano: "Responsabilità per fatto altrui", por *Gerardo López Hernández*; RESTEN, René: "Caracterología del criminal", por *Gerardo Entrena Cuesta*; ROSAL, Juan del: "Esquema de un anteproyecto de Código penal español", por *Gerardo López Hernández*; SPINELLI, Giuseppe: "I delitti contro la pubblica amministrazione", por *Gerardo López Hernández*; "Vorentwurf eines japanischen Strafgesetzbuches" (Anteproyecto del Código penal japonés de 20 de diciembre de 1961), por *Enrique Gimbernat*.

Revista de Revistas 344

Alemania: *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963-1964, por *Enrique Gimbernat*; *Juristenzeitung*, 1963 y 1964, por *Enrique Gimbernat*; *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, fasc. 3.º, 1963, por *José Cerezo Mir*; España: *Revista de Derecho de la Circulación*, enero, febrero, marzo, abril, 1964, por *Gerardo Entrena Cuesta*; *Revista Española de Derecho Militar*, julio-diciembre 1963, por *Domingo Teruel Carralero*; Francia: *Revue Pénitentiaire et de Droit Penal*, enero-marzo 1964, por *Domingo Teruel Carralero*; *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, enero-marzo 1964, por *Manuel Cobo*; Italia: *Archivio Penale*, septiembre-octubre, noviembre-diciembre 1963, enero-febrero 1964, por *Gerardo Entrena Cuesta*; *Quaderni di Criminologia Clinica*, julio-septiembre 1963, por *Domingo Teruel Carralero*; *La Scuola Positiva*, fasc. II, 1964, por *Manuel Cobo*.

Noticario 877

Suscripción anual: España, 170,— pesetas
Extranjero, 275,— pesetas
Número suelto: España, 80,— pesetas
Extranjero, 100,— pesetas