

565 del Código penal, no se caracteriza por la infracción de un precepto reglamentario, sino por el tomar alguna precaución, pero no toda la necesaria para prevenir el riesgo (S. 14 octubre). Existe en el hecho de abandonar la guardabarrera un paso a nivel, pero dejando al cuidado del mismo a otra persona (S. 2 noviembre). Y en el aproximar excesivamente un vehículo a la acera, atropellando a quien se encuentra al borde, pues hubo infracción de los artículos 17 y 103 del Código de la Circulación (S. 24 noviembre). Y en el no moderar la marcha o frenar a tiempo, pues se infringió el artículo 17 del Código dicho, al no ser dueño de los movimientos del vehículo (S. 5 noviembre y 19 diciembre). La preferencia de paso no exime de la obligación de moderar la marcha en los cruces, conforme al apartado b) del artículo 17 del Código aludido (S. 2 octubre).

La agravación específica de negligencia profesional, se ha de establecer sobre base propia y distinta de la que sirva para apreciar la imprudencia (Sentencia 3 noviembre). Y no se produce por la mera condición personal del procesado, hasta el extremo de que baste que dedique su actividad a la conducción de vehículos de motor (S. 30 septiembre, 15 octubre, 28 y 31 diciembre). Sino por una típica conducta de impericia o de negligencia indisculpable en un profesional (S. 8 octubre y 16 noviembre).

El artículo 565 del Código penal, descansa en el supuesto de que el hecho constituya delito si se realiza con malicia, y carece de aplicación si lo que constituiría fuese una falta; siendo entonces de aplicación el número 3.º del artículo 586 del Código aludido (S. 19 diciembre).

LEYES PENALES ESPECIALES

45. *Automóviles*.—No excluye de incurrir en el artículo 3.º de la ley de 9 de mayo de 1950, haber realizado anteriormente las pruebas de aptitud con resultado favorable (S. 13 octubre). Pero el artículo 1.º del Código penal es aplicable a todos los delitos, y así, aunque conducía sin permiso, no delinquirá por falta de malicia, pues se dirigía a examinarse en la Delegación de Industria, a donde había sido citado con la prevención de que compareciese con el vehículo (S. 18 noviembre).

Las circunstancias personales no son traslativas, conforme al artículo 60 del Código penal; por lo que la infracción de conducir un vehículo sin licencia, no puede abarcar a quien coopera a esa conducción provisto de autorización para conducir (S. 19 diciembre).

Hubo infracción por conducir con permiso insuficiente; sin que excuse el hecho de no llevar viajeros en el momento de ser sorprendido (S. 10 diciembre).

No hay un tipo delictivo de conducir vehículos en un determinado grado de intoxicación etílica, pues la ley de 9 de mayo de 1950 requiere, además, el reflejo de ese estado objetivo en la capacidad del conductor con riesgo para el tráfico (S. 22 diciembre).

46. *Fronteras*.—Se confirma la sentencia absolutoria; pues el paso de frontera no fué con propósito de perturbar el orden público (S. 22 octubre).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

47. *Cuestiones prejudiciales.*—No hubo infracción de los artículos 3.º y 142 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al dictar el Tribunal sentencia absolutoria creyendo que no tenía elementos de juicio suficientes para definir sobre la cuestión civil de aprovechamiento de aguas, pues la facultad que confiere a los Tribunales el artículo 6.º de esa ley, es potestativa (Sentencia 4 noviembre).

48. *Competencia.*—Se decide la competencia a favor de la Jurisdicción militar, porque una pesquería debe estimarse como zona marítimo-terrestre (A. 21 diciembre).

49. *Infracción de ley.*—Los apotegmas jurídicos cual el de que la duda ha de favorecer al reo, no son materia susceptible de casación (S. 20 octubre). Ni puede el reo interponer recurso para agravar su condena, cual la de que se pronuncie la sentencia sobre la indemnización civil solicitada por el Fiscal, que fué omitida. Y los errores materiales no dan lugar a la casación (S. 21 diciembre). Como procedía el recurso de casación y no el de súplica que fué entablado, la sentencia quedó firme (S. 30 octubre). Y no cabe la casación contra los autos dictados en ejecución de sentencia o en aplicación de indultos (A. 19 noviembre). Y si el procesado se adhirió al recurso, inadmitido éste, falta viabilidad procesal a lo que no nació como autónomo (A. 18 diciembre).

Defecto esencial de no especificar el número del artículo 849 de la Ley Procesal penal que ampara el recurso (A. 29 septiembre). Y de omitir la designación de los particulares del documento auténtico que se invoca para demostrar el error de hecho, lo que no cabe subsanar al interponer el recurso (A. 18 diciembre).

El recurso adolece del defecto de que el documento auténtico aportado, escritura pública de venta, es una diligencia obrante en la pieza de responsabilidad civil, que la priva de aquella cualidad a efectos de casación (A. 29 octubre).

No es documento auténtico el que es cuerpo de delito (S. 29 octubre y A. 14 diciembre).

La sentencia de la Magistratura del Trabajo no es documento auténtico, porque las Jurisdicciones laboral y criminal, actúan y resuelven con entera independencia (S. 5 noviembre).

No son auténticos los libros de los comerciantes (A. 12 diciembre).

Los informes de los Organismos oficiales respecto a la materia de su privativa competencia, son documentos auténticos a efectos de casación (Sentencia 26 noviembre).

50. *Quebrantamiento de forma.*—No se menoscaba derecho alguno de la parte que propuso una prueba, al acordar se practique en forma distinta de la propuesta (S. 14 diciembre). Las diligencias de prueba cuya denegación puede motivar el recurso, son aquéllas que fueron propuestas para el juicio oral, no las denegadas en el sumario, que pudieron ser de nuevo pedidas en el juicio (A. 13 noviembre). Para la suspensión del juicio por incomparecencia de testigos, es menester que el Tribunal considere necesarias las declaraciones (S. 17 noviembre). Pero fué debidamente ejercida la

facultad de denegar la suspensión del juicio, pues la declaración del testigo incompareciente pudo ser suplida mediante lectura de la que en el sumario constaba (S. 16 diciembre).

Hubo quebrantamiento de forma, al no ser oídos los responsables civiles subsidiarios, aunque el pronunciamiento de la Sala no les afectara; pero, en cambio, decretó que la indemnización se hiciera efectiva de la fianza que tenía constituida la Compañía de Seguros, mas sin declarar expresamente quién es el responsable civil subsidiario, no cabe derivar la responsabilidad hacia el que trae causa del que lo fuere, presuntamente ya fallecido (S. 10 octubre).

La contradicción entre el hecho probado y un Considerando, no es admisible (S. 1 diciembre).

Por conceptos jurídicos predeterminados del fallo sólo han de entenderse, aquellas expresiones que entran en el ámbito de la técnica penal (S. 4 noviembre).

La falta de resolución sobre la solicitud del querellante de que se condenara a los procesados y por su insolvencia al responsable civil subsidiario a determinada indemnización, motiva la casación en la forma (S. 30 octubre).

Necesidad de consignar la falta o faltas que se suponen cometidas (A. 27 octubre, 3 y 13 noviembre, 18 diciembre).

La nulidad de actuaciones no tiene cauce legal ante la jurisdicción de casación (S. 16 diciembre).

INDICE ALFABETICO

Aborto, 26.
 Abusos deshonestos, 29.
 Adulterio, 32.
 Alevosía, 10, 25.
 Apropiación indebida, 40.
 Arrebató, 9, 10, 37.
 Asesinato, 25.
 Asociación ilícita, 22.
 Atentado, 20.
 Autenticidad, 49.
 Automóviles, 44, 45.
 Autoría, 15.
 Bigamia, 34.
 Blasfemia, 21.
 Casación, 49, 50.
 Caso fortuito, 5, 44.
 Causalidad, 1.
 Celos, 9.
 Circunstancias, 2.
 Coacción, 36.
 Competencia, 48.
 Conducción, 45.
 Corrupción de menores, 30.
 Cuestiones prejudiciales, 47.
 Daños, 43.

Delito, 1.
 Detención ilegal, 35.
 Embriaguez, 6, 44.
 Enajenación mental, 3.
 Escándalo público, 29, 30.
 Estafa, 39.
 Estupro, 31.
 Falsedad, 23.
 Fronteras, 46.
 Fuerza mayor, 44.
 Hurto, 38.
 Imprenta, 16.
 Imprudencia, 44.
 Infracción de ley, 49.
 Injurias, 33.
 Legítima defensa, 4.
 Lesiones, 27.
 Locura, 3.
 Malversión, 24.
 Multa, 18.
 Nulidad, 50.
 Parentesco, 14, 28.
 Premeditación, 10, 11, 25.
 Prescripción, 19, 32, 34.

- | | |
|--------------------------------|-------------------|
| Preterintencionalidad, 7. | Robo, 37. |
| Propaganda ilegal, 22. | Salud pública, 7. |
| Quebrantamiento de forma, 50. | Sexo, 13. |
| Receptación, 42. | Usura, 41. |
| Reincidencia, 12. | Vindicación, 8. |
| Responsabilidad civil, 17, 28. | Violación, 28. |

CRONICAS EXTRANJERAS

Culpabilidad y tipicidad

JAVIER ALBA

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Campeche (Méjico)

La aceptación del tipo como instrumento técnico trae aparejada la necesidad de que cualquier consideración que se haga a propósito del fenómeno llamado delito deba ser hecha teniendo siempre en cuenta la tipicidad entendida como cabal realización de la hipótesis delictiva, y no en la restringida y simplista acepción de adecuación formal de la conducta a la descripción legal; lo anterior aparece bien claro, si se considera que de aceptarse la última de las dos acepciones la privación de la vida justificadamente es típica, pero no delictiva, lo que es bueno explicar al principiante para que distinga entre adecuación formal y antijuridicidad, pero que es un contrasentido si se pretende estudiar el fenómeno penal en una tendencia unificante.

De las muy diversas opiniones mantenidas por los escritores contemporáneos a propósito de lo que es el delito, podemos resumir que, según la opinión dominante, tiene un presupuesto de orden puramente material y que es el comportamiento humano, un dato formal constituido por la previa descripción del comportamiento y un dato axiológico, que cuando tiene como objeto la conducta de su fase externa recibe el nombre de juicio de antijuridicidad y cuando lo valorado es el comportamiento anímico, es conocido como juicio de culpabilidad.

El muy difundido cuadro de Sauer estudiando el delito a base de elementos positivos y negativos, tiene más de ingenioso que de técnico y la afirmación de que el tipo es «descripción de conducta desprovista de valoración», es totalmente inadecuada para construir una teoría unificante del delito. Si algo existe en la Ley que previamente haya sido objeto de una valoración cabal, es el tipo; no cualquier descripción de conducta es tipo, lo es tan sólo aquella que la describe como acreedora de pena y es obvio que para describir una conducta como punible se la valora previamente; esto ya lo asentaba Beling, y lo admirable es que no haya obtenido las conclusiones que lógicamente se imponen, entre ellas la relativa a que conducta típica y conducta punible son expresiones equivalentes y, como a la descripción de un conducta punible se llegó previa una valoración con resultados desprobatorios, debe sostenerse que lo típico es necesariamente antijurídico e ineludiblemente culpable. Todo ello aparece bien sencillo si

en la mente no se tiene un lastre y se la tiene acostumbrada al raciocinio lógico.

En las cuestiones penales es poco aconsejable estructurar doctrinas que no tengan su apoyo en la norma dada, pues en esta rama de las Ciencias Jurídicas no se corre riesgo alguno al afirmar que no hay más derecho que la Ley, y es de la norma misma de donde el estudioso obtiene los datos comunes al fenómeno delictivo, los que debidamente sistematizados vienen a formar la teoría, pero sin que pueda ella agregar dato alguno a los que la norma contiene. El iuspenalista no crea, lo más que puede hacer es descubrir y sistematizar.

Puede opinarse que no se comete grave error al afirmarse que una conducta para ser delictiva lo único que necesita, hablando en términos técnicos, es, tipicidad; ello, porque según quedó apuntado en párrafo anterior, lo típico es punible, y es merecedor de pena porque se lo desaprueba. Reducir la idea de la tipicidad a mera adecuación formal es no ver más allá del principio de exacta aplicación de la Ley Penal, y para ello, no es necesario sostener la existencia de una doctrina penal con un contenido técnico sistematizado; pretender que la tipicidad es una «de esas nebulosidades germanas» es desconocer su contenido y su aptitud unificante.

Debe sostenerse que la unificación de la teoría del delito teniendo como eje la idea de la tipicidad, es algo no solamente deseable por cuestiones de método, sino indispensable por razones de orden técnico. Estudiar el fenómeno no delictivo en su dimensión jurídica, sin subordinación a una idea central exclusivamente jurídica que tenga su fundamento en la norma dada, es un error que, en lo posible, debe ser evitado, pues cuando se procede en forma distinta se explican los diversos momentos del delito con apoyo en teorías francamente contradictorias que llevan a la confusión y al descrédito de los estudios penales. Es frecuente oír la opinión de que quienes se dedican al Derecho penal son gente llenas de ideas románticas a propósito de los delincuentes, pero que quienes, en realidad, son juristas se ocupan de la Teoría de las Nulidades y del estudio de los contratos; en realidad, todas las ramas del Derecho convergen hacia un punto central: la regulación de la convivencia humana en los grupos organizados, y tan importante es una como otra, todas tienen su particular técnica y por eso, nada tiene de extraño que los estudiosos del Derecho penal utilicen una propia y diversa—aun cuando no contradictoria—de la utilizada por quienes cultivan especialmente otras ramas de ese todo que es el Derecho. Pero entremos en materia.

Hay numerosas opiniones sobre lo que es la culpabilidad, son casi tantas como las existentes a propósito de la pena. Es por demás interesante observar cómo los escritores, siguiendo los lineamientos generales de una determinada concepción del delito se apartan, sin embargo, de ella en un punto dado y formulan su propia teoría, sin tener en cuenta que de aceptarse ella tenía que rechazarse todo lo anteriormente asentado y que se tiene como cierto; los ejemplos abundan y resulta innecesario hacerlos resaltar; probablemente se deba ello a que los que cultivamos el Derecho carecemos en una aplastante mayoría de una preparación filosófica medianamente aceptable. Los filósofos han sido mucho más sensatos, cuando

menos desde el punto de vista de la lógica formal, cada uno inventa su propio sistema y hace de lado cualquier otro que se le oponga; los matemáticos tienen también esa peculiaridad y únicamente los sociólogos y los juristas son un poco dados a rechazar determinados puntos de un sistema cuidadosamente entrelazado y hacen un nuevo aporte que puede ser muy meritorio y que, sin embargo, contradice el conjunto dentro del cual se le pretende encajar; al apuntar este hecho, en forma alguna se pretende menospreciar el aporte y no hay ánimo despectivo, es simplemente la constatación de que en materias como la jurídica, la lógica formal rara vez se toma en cuenta, pero debe también hacerse resaltar el hecho de que en la totalidad de las ciencias se avanza a pequeños saltos, lo que no viene a ser sino la confirmación de la teoría del movimiento: alguien viene y descubre algo, vendrá después otro a hacer nuevo descubrimiento y se dará un nuevo paso, en el intervalo, que puede ser breve o largo, se discutirá y se elucubrará alrededor del nuevo aporte sin agregarle nada sustancial, habrá incluso desviaciones de la idea central, pero llegará el momento en que se dé un nuevo paso, algunos creerán en un momento dado que se ha llegado a la perfección, pero un nuevo aporte—un movimiento—se encargará de contradecirlos; nada autoriza la afirmación de que el estado actual de los estudios sobre las ideas centrales del delito haya alcanzado un punto de perfección que haga innecesario un nuevo aporte; quien tal pretenda tiene en contra la Historia y la dinámica de la inteligencia, bien pobre si se quiere, pero inteligencia, al fin, de la especie humana. Una doctrina jurídica, que no es sino un conjunto sistematizado de pequeños descubrimientos que tienen por base la observación de la norma; rara vez puede atribuirse a una sola persona, son muchos quienes dan su aporte, y tal sucede en la moderna doctrina de la culpabilidad.

Resulta ocioso ocuparse de la génesis del concepto culpabilidad, como también de las diversas posiciones que a través del tiempo se han mantenido a propósito de la misma; mejor es ocuparse de la doctrina que se estima correcta y hacer algunas consideraciones al respecto.

Los modernos escritores hablan de dos corrientes fundamentales a propósito de la culpabilidad: Psicologismo y Normativismo; se atribuye por algunos la «creación» del Normativismo a Frank y su sistematización, a Goldschmidt, pero ya Mezger ha dicho que es ocioso discutir sobre quién es el fundador del concepto normativo de la culpabilidad, pues en esto como en la casi totalidad de las cuestiones teóricas, cada quien pone su pequeño aporte; igualmente, el profesor de la Universidad de Munich, se ha encargado de demostrar que un psicologismo puro nunca se ha dado, y pretender que el psicologismo reduce la culpabilidad «al puro hecho psicológico» es calumniar a los psicólogos. No vamos a ocuparnos de la exposición de las corrientes citadas; son conocidas en sus lineamientos generales y semejantes disquisición queda fuera de la finalidad de estas cuartillas; lo que interesa es la consideración de la culpabilidad en su entraña misma, haciendo a un lado el rococó.

Cuando el legislador erigió en tipo la privación de la vida, es decir, cuando describió esa conducta como acreedora de pena, es indudable que lo hizo porque la consideró reprochable. Esto es elemental y no requiere mu-

cha explicación. De la consideración y estudio de las normas que no constituyen tipos, pero que fundamentan lo que se conoce como «Parte General del Derecho penal», se puede obtener una imagen clara de lo que es la antijuricidad y de lo que es la culpabilidad. Si la Ley consigna que una determinada actitud anímica es dolo y otra diversa es culpa, tenemos ahí la base primera y última de los grados de la culpabilidad y llegaremos al concepto de la misma estudiando las causas de exclusión de la pena que tengan por motivo situaciones de carácter anímico del sujeto capaz de Derecho penal. Así planteado el problema, aparece bien sencillo y no hay razón alguna para complicarlo desde su base primigenia.

Si partamos de la base de que el tipo es descripción de conducta como acreedora de pena, y no tan sólo descripción de conducta, para ser congruente debemos de sostener que la afirmación de la tipicidad de una conducta requiere, desde luego, su adecuación formal a la descripción pero es necesario, además, considerar si ese comportamiento que formalmente se adecúa a la previa descripción, realiza el presupuesto legislativo, es decir, si el comportamiento es precisamente el que desaprobó el legislador, y a ese conocimiento se llega estudiando las normas de la Parte General que contienen los Códigos. Constatado el hecho material de la privación de la vida, tenemos una mera adecuación formal, pero no podemos saber con ese solo dato si la conducta es delictiva; es necesario ver las situaciones de carácter objetivo en que la privación de la vida se dió y estudiar el proceso anímico causal de la conducta; así llegaremos al conocimiento del carácter delictivo o no de la conducta estudiada. Se recurre al ejemplo «privación de la vida» por ser el más accesible, pero lo dicho a propósito del mismo vale para cualquier otra descripción, si ella corresponde a lo que doctrinalmente se conoce como tipo «anormal», el problema sigue siendo constatar si el comportamiento realiza la hipótesis punible, y puede suceder, por la estructura misma de la descripción, que los elementos de la creación legislativa están exigiendo explícitamente el carácter antijurídico y culpable de la acción descrita, pero al concepto de la antijuricidad y de la culpabilidad se llega necesariamente a través de la Parte General.

Se dijo al principio de estas cuartillas que el delito tiene un dato de carácter axiológico que al tener por objeto la conducta en su fase externa viene a constituir el llamado juicio de antijuricidad, y al tener por objeto el comportamiento anímico recibe el nombre de juicio de culpabilidad; la aceptación de los llamados elementos subjetivos del injusto, en nada contrarían esta afirmación, pues bien sabido es que la actitud anímica del sujeto cuando es medio para la valoración del comportamiento material, es conocida como elemento subjetivo de la antijuricidad, pero si es el objeto de la valoración, es, sencillamente, materia del juicio de culpabilidad. Ahora bien, el juicio sobre el proceso anímico del delito no puede tener otra base que la norma misma; ella es la que nos dará el fundamento y el límite de la culpabilidad. En el sistema del Distrito Federal los artículos ocho y nueve del Código penal trazan los lineamientos del dolo y de la culpa a los que debe de estarse, no obstante sus imperfecciones de carácter técnico, las que de ninguna las invalidan; si la descripción exige determinadas actitudes anímicas no comprendidas en esas dos disposiciones, el

problema sigue siendo el mismo: los lineamientos generales los dan las normas a que nos venimos refiriendo y si no se entienden ellas, no podrán entenderse los demás.

La norma dada es la base de la culpabilidad; pudo muy bien el legislador tener en cuenta valoraciones de carácter ético o cultural, pero cuando se habla de fundamento jurídico del reproche no puede traspasarse la norma; en este orden de ideas se puede afirmar que una conducta es culpable porque es típica, ya que es típica porque fué desaprobada, y su erección en tipo es la prueba de ese juicio previo con resultados desaprobatarios.

Debe insistirse en que es la Ley la que traza el esquema de la culpabilidad y la única que nos permite conocer cuál es el supuesto legislativo de una conducta descrita como acreedora de pena; a ese conocimiento se llegará mediante la consideración de las normas relativas al dolo y a la culpa y a través del estudio de las causas de exclusión de la pena, que tienen como presupuesto una condición anímica determinada en la Ley, del sujeto imputable. No es que se pretenda insinuar siquiera que las causas de inculpabilidad son «elementos negativos de la culpabilidad», lo que se afirma es que de mediar ellas, la propia Ley está revelando que no hay reprochabilidad y, en consecuencia, la conducta está fuera de la hipótesis creada.

Si la Ley consigna como causa de exclusión de la pena la «inculpable ignorancia», pero afirma, por otra parte, que la presunción de dolo no se destruye, aun cuando el acusado demuestre que erró sobre la persona o cosa, es inconcuso que nos da la pauta para determinar el límite subjetivo de la culpabilidad reduciéndolo al error esencial; si la Ley establece como causa de exclusión de la pena el caso fortuito que se reduce a la presencia de una concausa en conducta atípica, es obvio que está señalando el límite objetivo al reproche; a ello puede llegarse sin necesidad de un gran esfuerzo mental examinando la Ley sin ideas preconcebidas.

Culpabilidad es reprochabilidad, afirma la corriente normativista y no hay motivo alguno para contradecir esa afirmación; la disquisición surge al considerar cuáles son los criterios de esa reprochabilidad, cuándo y cómo sabemos que una conducta es culpable, y aquí, al igual que en todos los casos en que debe hacerse frente a una interrogante, debe de irse a la Ley, y si ella dice que la presunción de dolo subsiste aun cuando se demuestre que había la creencia de que la Ley era injusta o moralmente licito violarla, o que el fin que se buscaba era creído justo, qu'ere ello decir que el único criterio válido es el contenido en la propia Ley y que si ella erige en tipo una conducta está significando que es contradictoria de su escala de valores que pueden o no coincidir con los del grupo, pero que son los únicos jurídicamente válidos. Pretender fundar la culpabilidad en base diversa a la contradicción al deber de comportamiento anímico del sujeto, deber impuesto implícitamente por la norma, es salirse del terreno del Derecho y, como consecuencia, romper con los elementos dictados de la técnica.

Es indudable que el tipo prohíbe un comportamiento determinado y que es precisamente el que describe; sería torpe afirmar que no se prohíbe

una conducta que se sanciona; por ello es que Goldschmidt, ha dicho que la norma es «objetiva de acción y subjetiva de determinación»; ello es, el tipo predica una abstención e impone un comportamiento anímico; la llamada motivación del normativismo debe de entenderse no en la forma simplista de voluntad a virtud de la existencia de motivos, pues en esa forma se dejaría fuera de la culpabilidad el grado culpa; la motivación debe ser entendida como un deber de comportarse anímicamente de acuerdo a los dictados de la Ley; podría enunciarse en nuestro modo latino de expresión que la norma predica una abstención de comportamiento objetivo y un deber de comportamiento subjetivo; la contradicción a la primera fase genera la antijuridicidad, la contravención a la segunda, la culpabilidad.

El deber de comportamiento anímico está determinado por la norma misma, y cuando surge el conflicto entre dos bienes protegidos mediante la creación típica, está el sujeto en el deber de motivarse por el de mayor entidad y entonces su proceso anímico no será reprochable; así lo reconoce la Ley al consignar como causa de exclusión de la pena el estado de necesidad, y puede opinarse que dicha excluyente capta únicamente el caso de destrucciones de bienes de igual o menor entidad que el preservado; pretender que si el bien destruido es de mayor entidad hay una inculpabilidad por no exigibilidad de otra conducta y hay justificante cuando es de igual o menor entidad, es contradecir la esencia misma de la tesis normativista y suponer que la destrucción del débil por el fuerte es jurídica lo que es definitivamente inaceptable. Ya en un Anteproyecto de Código penal para el Distrito en el que se ve la mano inconfundible de Porte Petit, se reduce el estado de necesidad a su límite correcto, evitando malas interpretaciones, pero aun con la redacción actual es imposible sostener que la excluyente abarca la destrucción de bienes de mayor entidad, pues al afirmarse ello se está dinamitando la base de la culpabilidad sosteniéndose implícitamente que no obstante motivarse el sujeto por un bien menor que el que destruye, el Derecho no ha sido violado y su motivación es correcta.

Mucho podría seguirse escribiendo a propósito de la culpabilidad; de momento lo que más interesa resaltar es la unidad conceptual que debe existir en el estudio del delito; hacer notar que la noción de tipicidad polariza y explica las instituciones y que toda disquisición que se aparte de la norma resulta carente de validez, en tanto la norma permanezca la misma. Que vengan voces más autorizadas a estudiar los detalles apasionantes del dolo y la culpa; lo que quisimos asentar es que la estructura técnica del delito tiene unidad completa; hay un equilibrio fascinante que tiene indiscutiblemente su belleza; hay en el estudio del delito dentro del terreno jurídico, algo que difícilmente pueden ofrecer otras disciplinas: unidad conceptual en cada uno de sus aspectos; todo él se reduce a una sola idea grávida de sugerencias para el estudioso: Tipicidad.

Esquema del Derecho penal en la práctica italiana del siglo XVI (Julio Claro de Alejandría)

Por MANUEL MARIA ZORRILLA RUIZ

Juez de Primera Instancia e Instrucción

SUMARIO :

- I. LA PRODUCCIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVO-PENALES.
 1. Derecho legal.
 2. El derecho de la doctrina.
 3. El derecho judicial.
 4. El derecho penal de la costumbre.

- II. IDEAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN.
 1. La benignidad.
 2. «Non bis in idem».
 3. Aspecto material.

- III. AUSENCIA DE PRINCIPIOS SOBRE LA INTERTEMPORALIDAD DE LAS NORMAS.

- IV. LA LEY PENAL Y LAS PERSONAS.
 1. Esquema de privilegios.
 2. El privilegio personal del Derecho canónico.

- V. EL DELINCUENTE.

- VI. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y SOCIAL. (En general, y con relación a la delincuencia multitudinaria.)

- VII. CLASIFICACIÓN CUANTITATIVA DE LOS DELITOS.

- VIII. LA NOMINACIÓN COMO ÍNDICE CLASIFICADOR.

- IX. EL TEMA DE LA DISTINCIÓN POR EL RESULTADO CRIMINAL.

- X. LA PERSEGUIBILIDAD. DELITOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. (Consideraciones sobre la accionabilidad.)

- XI. TRATAMIENTO DE LOS DELITOS POR SU COMPROBACIÓN Y DIFUSIÓN. (La flagrancia y la notoriedad.)

- XII. DELITOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN.

- XIII. LOS DELITOS POR RAZÓN DEL FUERO EN SU ENJUICIAMIENTO. (Competencia secular y canónica.)

- XIV. EL DELITO CONTINUADO.

LA PRODUCCIÓN DE LAS NORMAS SUSTANTIVO-PENALES

La indole de la obra del Práctico criminalista revela que las cuestiones estudiadas en ella, lo son a la luz de la entonces vigente filosofía jurídica, o sea el fundamento romano-canónico que el *ius utrumque* imponía a la especulación de los juristas. No otra cosa quiere reflejar con la reiterada apelación a la *communis opinio* para fortalecer el sentido en que se orienta la solución de las cuestiones. Pero junto a ellos figura la base estatutaria, núcleo de los problemas penales suscitados por la simplicidad del texto escrito; en numerosas ocasiones se refuerzan las directrices teóricas con el precedente de resoluciones judiciales acerca del problema enjuiciado; en último término, se destacada el rango material y formal del Derecho penal consuetudinario. En prueba de la validez de estas fuentes, merecen citarse las referencias siguientes:

1. *Derecho legal*.—El derecho escrito, representado por los *statuta civitatis*, declaraba la sanción de conductas de esquema elemental y problemática ausente del texto de la ley. Junto a las alusiones que en la serie alfabética de delitos acusan la eficacia penal de los Estatutos—sirva de ejemplo el diverso tratamiento de la infracción por razón de la condición de los sujetos—, reproduce Julio Claro en su *Practica Criminalis* (q. 82), la escala legal de las penas estatutarias. sin dejar de tener presente que el vigor de este Derecho escrito se constreñía a las ciudades que lo poseían en calidad de excepción a la omnivigencia del saber criminal romano-canónico.

2. *El derecho de la doctrina*.—De hecho, los criterios científicos son el recurso más a menudo aprovechado y—dentro de cada tema—invocados más concienzuda y profusamente. Las locuciones *conclusio frequentiori Doctorum calculo probata* y *...est communis opinio*, son prueba de que la autoridad de los juristas dispensa de reincidir sobre un extremo por ellos dilucidado, bastando con incorporar su solución a la incógnita suscitada. Junto a soluciones, de solución más o menos unilateral, se alinean otras de enorme aptitud polémica. En ellas Claro no recata su juicio, que en ocasiones ilustra con precedentes judiciales de particulares decisiones. Abundan las alusiones a los maestros de la Glosa (Juan Andrés, Bartolo de Sasoferrato, Baldó de Ubaldis, por reseñar los de más frecuente invocación) y a los Prácticos contemporáneos (Tiraquellus, Antonio Gómez), debiendo consignarse que los criterios de Covarrubias merecen, por parte de Julio Claro, una singular estimación.

3. *El Derecho judicial*.—En última instancia, la doctrina juridico-criminal de Claro afirmaba—con criterio de universalidad—las bases del pensamiento romanista, y ya se previno (1), acerca de la primera edición de sus «*Recepta Sententia*» (aparecida en Francfort), que su bien su pensamiento conectaba con el esquema penal del Estatuto de Milán, era susceptible en generalización, atendiendo a su clasicismo especulativo y al rango científico de sus consideraciones. Con

(1) Es el criterio de COLASSE en su trabajo acerca de los Prácticos.

con ello, deja de limitarse la aportación jurisprudencial y aparecen, indistintamente invocadas, resoluciones contemporáneas junto a supuestos de Derecho romano. Este derecho judicial no goza de calidad interpretativa y su producto es una norma libre que—al dilucidar el régimen de una situación no prevista—perdura sucesivamente. De hecho, bien pudiera ser el germen de la fuente *consuetudo generalis*, precedente, sin duda, de un acto autoritario de tutela penal.

4. *El Derecho penal de la costumbre*.—A la hora de calificar o condenar una figura o una conducta discutida, no es extraño que surja la vocación de eficacia formal de la costumbre. Entresacadas arbitrariamente son notables—entre las muy copiosas—las remisiones siguientes:

A) A la pena acostumbrada (*imponenda est poena consuetata*) para sancionar la falsedad.

B) La imposición de la pena capital por el tercer robo (...*de generali consuetudine pro tribus furtis fueres laqueo suspenduntur*), cuya corrección se imputó al Derecho de los Prácticos, atribuyéndoles la indulgente construcción del delito continuado, idea, desde luego, no compartida por la concepción penal de Julio Claro.

C) La eliminación consuetudinaria de la *restitutio in quadruplum* (*Poena autem quadrupli... non est in consuetudine*) y de la domesticidad como atenuante (...*haec excusatio de consuetudine non servatur*).

Por estimar el aspecto material de la costumbre más congruente con la función interpretativa de la misma, reseñamos en su lugar el trato que le fué discernido.

IDEAS ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN

La escasez y dispersión de las normas de interpretación permite recoger como directivas, entre otras:

1. *La benignidad*.—El principio afluye a una advertencia dirigida al juez (n. 45, L. 5, *Falsum*) para excluir la falsedad reduciendo a concordia la discordante apariencia de las declaraciones testificales—*ut dicta testimonium contraria deponentium ad concordiam reducat* (n. 45, L., 5 § *Falsum*)—y valorando equitativamente el documento con idéntico propósito—*instrumentum iurare debet omni interpretatione et distinctione, ne falsum iudicetur* (n. 45, L. 5, § *Falsum*).

Junto a esta función de interpretación—acaso de alcance secundario—no cabe desconocer el sentido procesal de este mandato que conmina a un acto de virtuosismo judicial, antes bien, excita al descubrimiento de la verdad material, impidiendo que el descontrol de las probanzas otorgue apariencia de delito a lo que no es tal.

2. «*Non bis in idem*».—La fórmula—tal vez confusa con el efecto prejudicial de la *res iudicata*—es acogida, siempre que el delito sobre el que se vuelve haya sido penado con corrección—*Si... fuit punitus ea poena quam requirebat qualitas delicti, nulla est difficultas...* (n. 12.

q. 17)—o no se trata de *crimina atrocissima*, con lo cual son dos las hipótesis en que la pena se reitera.

1.º Defectuosa aplicación de la penalidad, acaecida por conducta dolosa o fraudulenta—...*nisi ex parte iudicis qui minorem poenam imposuit intercesisset aliqua fraus vel collusio* (n. 12, q. 57).

2.º *Delicta atrocissima* en que se puede penar de nuevo la conducta—...*non obstante punitione per unum iudicem illata, potest etiam per alium iudicem puniri* (n. 15, q. 57)—sin que lo impida un pronunciamiento precedente.

También respecto del *tertium furtum*, si se castigaron los precedentes sólo fundan una circunstancia de agravación del tercero—...*illa enim duo furta non computantur ad ea puniendum sed ad agravandum tertium furtum* (n. 13, L. 5, § *Furtum*)—y nunca se computan en orden a la condena capital que el Derecho estatutario prescribía, caso de quedar impunes las dos primeras infracciones.

3. *Aspecto material*.—La asistencia sustancial de la costumbre a la teoría de la interpretación, queda reflejada en:

1.º La interpretación extensiva del alcance gramatical de las palabras de la Ley—...*si...statutum dicat quod possit impune offendi, nunquid hoc casu potuerit etiam impune occidi?* (número 55, L. 5, § *Homicidium*)—, englobando la producción del homicidio como ofensa causada al desterrado y exenta de castigo.

2.º La alegación del efecto material de la costumbre—...*ita videmus servari de consuetudine quae est optima legum interpres* (n. 6, L. 5, § *Fornicatio*)—se practica en la polémica acerca de la prohibición del concubinato. Aquí se afecta la costumbre a su genuino destino interpretativo, dado que la dicción—procedente del Digesto—es la versión clásica de la norma de cultura que Mayer dirige hacia el esclarecimiento penal del alcance de la ley.

AUSENCIA DE PRINCIPIOS SOBRE LA INTERTEMPORALIDAD DE LAS NORMAS

Julio Claro se construye una teoría de la colisión intertemporal normativa y ello, por dos razones: a) La ausencia de un estricto rigor derogatorio en preceptos casi siempre vitalizados por opiniones doctrinalmente evolutivas, pero, en el fondo, alojadas dentro de los esquemas del romanismo. b) El casuismo abusivo de los penalistas, que da nombre a la época.

LA LEY PENAL Y LAS PERSONAS

El Derecho penal de los Prácticos acogió un sinnúmero de privilegios personales y el muy singular de los sujetos del Derecho eclesiástico.

1. *Esquemas de privilegios*.—Hay una pluralidad de situaciones político-sociales explicativas de dicho desnivel.

A) La desfavorable condición de los judíos conducente a la agravación en la punibilidad del adulterio—...*nam coitus Judaei christiano... est punibilis* (n. 8, L. 5 § *Adulterium*)—y a la sumisión alternativa a los ordenamientos secular y canónico para el caso de negligencia en el actuar de los jueces laicos—...*si iudex saecularis esset negligens... potest iudex ecclesiasticus de ipsa blasphemía cognoscere* (n. 5, L. 5, § *Blasphemie*).

B) El castigo del fuego para el siervo que tuviese trato inmoral con su señora—...*servus cum domina coiens flammis est comburendus...* (n. 19, L. 5, § *Fornicatio*).

C) El privilegio papal que sólo quiebra en virtud de la acusación por herejía—...*licet Papa non potest pro aliquo crimine accusari... potest tamen pro crimine haeresis accusari...* (n. 22, L. 5, § *Haeresis*)—a pesar de que una corriente—a la que Claro cuida de no adscribirse—extendía la punibilidad al supuesto de incorregibilidad del Pontífice, una vez amonestado por delito de alguna relevancia—...*crimine notorio et ex quo scandalizatur ecclesia potest Papa accusari, si admonitus sit incorregibilis* (p. 2 y 3, q. 35).

D) El beneficio en la penalidad, cuando el sujeto pasivo del delito es extranjero. Recoge Julio Claro un ejemplo del Estatuto de Peruggia, si bien es justo aclarar, que a la opinión vigente (n. 19, L. 5, § *Homicidium*) repugnaba la diversidad de tratamiento dominante en la legislación estatutaria.

E) Análoga era la situación del desterrado, al que perjudicaba una causa de impunidad por las ofensas recibidas—...*allegando quod offensus erat bannitus et ideo potuit impune offendi* (n. 52, L. 5, § *Homicidium*)—, incluso extensible a la ofensa homicida. En el «*Libellus de Maleficiis*», de Gandino, hay conclusiones favorables a la exención, en base al vigor de la *consuetudo generalis*, cuya condición de fuente material facilita la ampliación de tal impunidad.

F) A causa de la índole infamante de las penas corporales—...*in ipsis poenis corporabilis imponendis magis ignominioso mortis genere puniuntur plebei, quam nobiles* (n. 24, q. 60)—, se sustraía a los nobles al padecimiento de algunas de aquéllas, a saber, las penas viles que, según Baldó, eran también inaplicables a los militares, para la práctica de cuyo suplicio capital, la pena de decapitación sustituía a la de horca.

G) También se acusa el desigual trato de los *honestiores* y *humiliores* en lo concerniente a la penalidad del estrupo—...*sed humiliores in metallum damnantur, honestiores vero in insulam relegantur* (n. 9, L. 5, § *Struprum*)—y en cuanto el sujeto pasivo del homicidio *in rebus veneris* (n. 49, L. 5, § *Homicidium*) ostentase o no condición de *vilis persona*, pues la eficacia de la excusa absolutoria operaba sólo cuando el muerto era de la peor de dichas condiciones.

H) Para el caso de que se aprehendiese el cuerpo del delito en el domicilio de una persona, jugaba en contra suya una presunción de autoría si era de mala condición—...*si est persona malae famae praesumitur fur; secus autem si esset persona bonae famae et conditionis* (n. 5, L. 5, § *Furtum*)—, aunque indicio tan desfavorable sólo era título para la prueba de tortura, y ello, si concurría con otra semiprueba—...*nisi cum ea concurrat aliquod aliud adminiculum nunquam ex sola fama procedatur ad torturam* (n. 1, q. 21)—o había conducta reincidente o habitual.

2. *El privilegio personal del Derecho canónico.*—Por Derecho Divino—*concessum a iure divino* (n. 2, q. 36)—, la ley penal de la Iglesia desplaza a los derechos locales en la punición de delitos cometidos por clérigos, si bien la *particularis consuetudo* legitimó el castigo secular de los clérigos menores. Los caracteres convergentes en la exención de los sujetos canónicos al imperio laico de la ley son resumibles así:

1.º Indole jurídico-divina del privilegio, si bien problemática cuando se refiere a los aún no ordenados *in sacris*—...*quae tamen conclusio non transit sine difficultate*... (n. 2, q. 36)—, situación para la que acaso tenga virtud derogatoria la costumbre favorable al emplazamiento ante los Tribunales Ordinarios.

2.º Irrenunciabilidad del mismo—...*quod non possunt clerici huic privilegio tacite vel expresse renunciare*... (n. 2, q. 36).

3.º La vinculación del reo al rito y las penas de la Iglesia es de tan privilegiado arraigo que ni siquiera se exige su alegación, por lo que—procesalmente—su examen es de la incumbencia del juez—...*non teneatur clericus... comparere et exceptionem clericatus proponere* (n. 4, q. 36).

El beneficio ampara a los sujetos siguientes:

A) Los ordenados *in sacris* incondicionalmente, incluso los ilegítimos—...*habet etiam locum haec conclusio quamvis clericus sit illegitimus*... (n. 7, q. 36).

B) Los clérigos menores, siempre que la *particularis consuetudo* rija en contra del privilegio, cuya titularidad *ex iure divino* es indiscutible por lo que hace a ellos—...*et aliqui clerici, puta in minoribus constituti possint puniri a iudice seculari* (n. 2, q. 36).

C) Los clérigos casados, en tanto conserven la tonsura y el hábito talar—...*dummodo... et habitum clericalem tonruranque deferat*... (n. 8, q. 36)—si bien, la imprevisión de las fuentes, se ha estarse a las costumbres del lugar—...*sit attendanda consuetudo regionis*... (n. 14, q. 36).

Una vez muerta la mujer y al producirse el rescate por el clérigo del beneficio de los célibes—...*ea mortus recuperat omnia privilegia quae competunt clericis non conjugatis* (n. 18, q. 36)—, siempre que hubiese contraído un solo matrimonio.

D) Los clérigos al servicio del príncipe, incluso por delitos cometidos en su destino político—...*clericus admissus... ad aliquod officium seculare et in ipso officio delinquit, nunquid poterit ab ipso principe puniri* (n. 25, q. 36)—, si bien, la práctica francesa—...*haec conclusio in Gallia non servatur in practica* (n. 25, q. 36)—representaba una excepción a los derechos de entonces.

E) Los clérigos cuyo delito tiene asignada pena de degradación (herejía, falsificación de letras apóstolicas y conspiración contra el Obispo propio)—...*clericus non est degradandus nisi propter... haeresis, falsi commissi in litteris Apostolicis conspirationis in proprium episcopum...* (n. 36, q. 36)—, y sólo para el caso de que a la degradación subsigiera la relajación al brazo secular—...*requiritur ultra degradationem quod sit trahendus curiae seculari...* (n. 37, q. 36).

F) Los sujetos seculares cuya codelincuencia con clérigos exigía la indivisión de la contienda de la causa (n. 46, q. 36).

EL DELINCUENTE

Dos aspectos acusa el tratamiento del autor en la práctica italiana, a saber:

A) De un lado, las nociones acerca de la personalidad criminal que se destacan.

a) En el criterio de un sector de los criminalistas—repudiado por Julio Claro—para quienes la penalidad del asesinato sólo debía observarse en punto a los profesionales de la delincuencia—...*habeat locum solummodo in certo genere hominum qui appellantur assassino* (n. 1, I. 5, § *Assassinium*).

b) En la aportación del concepto de ladrón habitual, reflejado en la noción del *fur famosus*—*Fur enim qui furari consuevit dicitur famosus latro* (n. 8, I. 5, *Furtum*).

c) En la referencia sociocriminológica a un tipo de agentes—los «caupones»—como propensos a especialidades delictivas—...*nam... huiusmodi genus hominum est furacissimum...* (n. 27, I. 5, § *Furtum*).

d) En la precisión del *usurarius manifestus* como tipo normativo de autor, en virtud de la práctica pública y abierta de su especialidad—...*usurarius manifestus dicitur ille qui famam et publice foeneraticiam artem exercet, ita ut ipsa facti evidentia excusari non possit...* (n. 15, I. 5).

e) En la polémica acerca de si la mera habitualidad y los malos antecedentes bastaban—sin otros juicios—para proceder a la tortura (n. 10, q. 63) y obtener la confesión.

f) En la valoración del concepto de habitualidad o mala fama como indicio que permite proceder a la tortura cuando patentiza en el sujeto un desfavorable crédito delictivo—...*de quo agitur solet reus tormentis subitici modo illa fama sit in eadem gener delicti* (n. 1, q. 21).

B) Respecto de la índole del sujeto activo del delito, se precisa tal condición de los difuntos, al ser dirigible contra ellos el rito inquisitivo de la Iglesia—...*de crimine haeresis potest inquiri etiam post mortem...* (n. 21, L. 5 § *Haeresis*)—, aparejando la *damnatio memoriae*—...*et aius memoria damnatur...* (n. 21, L. 5, § *Haeresis*)—cuando no sanciones más violentas al modo de la quema de cadáveres que prescribía el Derecho francés de la época—...*de consuetudine Regni Franciae... per brachium seculare comburitur* (n. 21, L. 5, § *Haeresis*). Al difunto así enjuiciado, incluso se le proveía de procurador, nombrado por sus parientes o herederos (n. 15, q. 32).

LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA Y SOCIAL

El tema de las personas morales delincuentes aparece tratado con ocasión de su aptitud, para ser acusadas y defenderse *comuniter* tal posibilidad y su punibilidad—...*universitas, collegium sive capitulum possint... delinquere et consequenter puniri...* (n. 7, q. 16)—sin olvidar el curioso ejemplo de la *poena interdicti*—transferida al vigente Código de Derecho canónico—que alcanzaba a la comunidad que atentaba de cualquier modo contra el Obispo—...*aliquid comitens contra Aeaiscopum suum...* (n. 2, q. 38)—o exigía de alguien.

—...*exigens pedagía de aliquo pro rebus suis* (n. 3, q. 38)—o exigía de alguien.

Dos eran los requisitos de que dependía tal responsabilidad.

1.º Una conducta colectiva—...*quod totus populus vel omnes de collegio aliquid faciant...* (n. 8, q. 16).

2.º Una conducta colectiva—...*quod precesserit ad id, consilii publici convocatio...* (n. 8, q. 16)—, sin la cual sólo hay lugar a la incriminación individual de los que delinquieron—...*si omnes... non praevia consilii deliberatione committerent aliquod delictum... puni (un) tur... qui delinquerunt tamquam singuli* (n. 8, q. 16).

Hay una penalidad social que afecta a la entidad moral sujeto activo—...*aliquando punitur in ademptione privilegiorum et iurim suorum* (n. 9, q. 16)—, sin que la sanción impuesta a la persona jurídica—así desprovista de privilegios y prerrogativas—impida el castigo de quienes pusieron en marcha el mecanismo delictivo de la *universitas*—...*in omnem casum, non evadent poenam rectores et gubernatores civitatum qui consilium et madatum dederunt* (n. 9, q. 16)—. Con ello el pensamiento de Julio Claro se asocia a la tradición criminalista de la Glosa que por conducto de la doctrina de Baldo, y descansando en la *fictio iuris*, admitía la responsabilidad social.

En concepto de aportación histórica, citase un testimonio de Antonio Gómez que—tal vez referido al alzamiento español de las comunidades—muestra cómo en la rebelión contra el Emperador se venó a los cabecillas—...*fuertunt etiam puniti personae singulares...*

rectores et gubernatores culpabiles—y a las entidades rebeldes—...licet cum consilio delinquerent.

El tema del delito multitudinario es aprovechado para estudiar la posible atenuación del castigo individual—...*quod propter multitudinem reorum non est maleficium severe puniendum* (n. 30, q. 60)—y la inaccesibilidad del ser moral a la sanción de la *excommunicatio*. La responsabilidad se subdiariza, en virtud de una remisión, a la disciplina de los Estatutos que obligan a las ciudades por los delitos cometidos en su recinto bajo una doble condición.

1.º Ignorancia de la identidad del causante del daño—...*ignoratur quis dederit damnum...* (n. 1, q. 32, *Statutum Primum*)—o certidumbre de que no ha de responder de su acción—...*vel scitur sed non est solvendus...* (loc. cit.).

2.º Posibilidad de haber prevenido el daño por parte de la colectividad llamada a responder—...*et villa potuit eum prohibere et non prohibuit...* (n. 1, q. 28, *Statutum primum*).

A pesar de asumir este extremo, el rango de una excepción a la generalidad de la regla que hace intransmisible la responsabilidad penal, su fundamento consiste en la confusión de dicha responsabilidad con las resultas civiles, con lo cual el deber que incumbe a la colectividad, se cifra mejor en la figura de la responsabilidad civil subsidiaria. Lo apoya el hecho de que la ciudad o la villa se obligan secundariamente respecto de prestaciones pecuniarias, dado que la voz *solvere* se utiliza sin precisar otra índole de sanciones, en cuyo cumplimiento sería más difícil de lograr la subrogación de la comunidad responsable. También—respecto de quienes entraban en religión tras delinquir—se imputó a los Monasterios análoga obligación de responder—...*tenebitur ipsum Monasterium quatenus ad eum pervenit* (n. 45, q. 36).

CLASIFICACIÓN CUANTITATIVA DE LOS DELITOS

Se proponen varios índices conforme a los que se gradúa la magnitud de la infracción y que son:

A) El arbitrio de los jueces—...*aliqui dicunt standum esse arbitrio iudicis...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

B) La dimensión de la pena sancionadora—...*gravius delictum iudicari debet quanto gravior poena...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

C) El criterio cualificado de un organismo público—...*Senatus noster interrogatus a Serenissimo rege quae viderentur delicta atrocita...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

Frente a estas concepciones—alguna de ellas, como la de la magnitud propugnada por Bartolo—se fija en la pena capital el límite de las categorías estudiadas, haciéndose notar.

A) Que son delitos leves los conminados con una pena distinta de la de muerte.

B) Que la privación de la vida o la muerte civil se asigna a los *delicta atrocia*—...*omnia delicta pro quibus... imponitur... poena mortis naturalis vel civilis... dicuntur gravia et atrocia* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

C) Que para los *delicta traocissima* la ejecución de la pena de muerte ofrece un aspecto más ejemplarizador y gravoso—...*lex vel statutum imponit poenam graviolem quam simplicis in ipso genere...* (n. 9, L. 5, § *Primus*).

Jiménez de Asúa hace arrancar del mismo Claro la preferencia por la clasificación que, más tarde, trasciende a la Práctica Penal de Sajonia. También Carpzovius se sirve de esta distinción, perdurable incluso en el *Codex Bavarici Criminalis* y en la *Constitutio Criminalis Theresiana* austríaca, llamados por Hippeí los últimos vestigios del rigor criminal del *ius utramque* (2).

LA NOMINACIÓN COMO ÍNDICE CLASIFICADOR

Los delitos nominados estaban dotados de una designación legal—...*a lege habent particulare nomen iuris...* (n. 8, L. 5, § *Primus*)—al paso que los innominados ostentan una identificación de hecho—...*sed tantomodo facti...* (n. 8, L. 5, § *Primus*)—. Junto a este criterio formal se hacía residir la distinción en la condición de *maleficium* que indefectiblemente acompañaba a los *delicta nominata*—...*ea quae sunt nominata sunt maleficia* (n. 8, L. 5, § *Primus*)—. La misma noción del maleficio presenta en las escuelas de la época una extensión variable—...*ex quo maleficium dicitur a male faciendo...* (n. 11, L. 5, § *Primus*)—ora ceñida *stricto sensu* a las conductas de exteriorización física, tal como figura en la «Práctica» de Blancus (3), ora abarcando la expresión oral y la forma escrita, sentido en el que se decide Julio Claro—...*haec opinio mihi magis placet* (n. 11, L. 5, § *Primus*)—y que también se delinea en la tesis amplia del mismo Blancus—...*omne necale gestum sive fiat resive verbis...*—y Bonifacio de Vitalinis (4), para quien *dicitur... maleficium esse reale factum*.

La concurrencia de *maleficium* no se exige para los *delicta innominata* susceptibles, no obstante, de comisión dolosa—...*quandoque vero fiunt cum crimine...* (n. 8, L. 5 § *Primus*)—, pues en la práctica contemporánea la voz «crimen» se correspondía con el dolo del autor—el *animus ad delictum committendum* de Blancus—o con lo que de reprochabilidad moral—el *peccatum accusatione et correctione dignissimum*, de Vitalinis—había en su obra.

(2) MEZGER: "Derecho Penal". Traducción española de RODRÍGUEZ MUÑOZ. T. I, pág. 53.

(3) BLANCUS: "Practica Criminalis". Venetiis 1555, pág. 47.

(4) VITALINIS: "Tractus".

EL TEMA DE LA DISTINCIÓN POR EL RESULTADO CRIMINAL

Quisiéramos apuntar que la precedente clasificación, quizá no diste mucho de la ya superada distinción entre delitos de resultado y sin él. Efectuada la imputación del nombre, según un sistema de representación conceptual, su atribución sólo se ha hecho posible en las figuras que reducen a realidad perdurable y plástica una conducta de autor y—por el contrario—tiene lugar cuando la concreción sensible permanece ausente y por ello no puede ser denominada. De todos modos, no es con relación a la referida distinción, con la que se toca el tema del delito por razón del resultado, sino con vistas al procedimiento criminal—y en apoyo de lo más arriba aventurado—ofrece *servta distantia* una sensible coincidencia con los *delicta nominata e innominata*, si bien es una alusión incidental acerca de la constancia preprocesal de un delito cualquiera—...*quomodo dicatur constare delictum ad effectum prosedendi*... (n. 2, q. 3)—. La clasificación era, pues, a tenor del aludido esquema procesal,

A) Delitos de perfección espiritual—*quod solo animo perficitur*—(limitado supuesto reducido al crimen de herejía), las más de las veces constituidos por un hecho desprovisto de consecuencias tangibles—...*licet facto committatur, eius tamen facti nulla solente remanere vestigis*... (n. 3, q. 3).

B) Delitos cuya comisión gana constancia a través de algún rastro—...*cuius scilicet certa remanent vestigia*... (n. 4, q. 3).

Como en el pensamiento de Julio Claro esta precisión no está concebida con rigor clasificatorio, sino a modo de operación procesalmente instrumental—e. tema del *corpus delicti*, que es al Derecho procesal lo que la cuestión del resultado al penal sustantivo—, resulta también inoportuno el buscar exactitud en ella, si bien—de los ejemplos aducidos en la «*Practica Criminalis*» y de la selección de figuras censuradas como *nominata* o *innominata*— resulta una superposición muy acusada.

En última instancia—siquiera en embrión y desconectada de la idea de daño a que fué vinculada por Carrara (5)—, es defendible con alguna validez la vigencia de este esquema en la obra de Julio Claro y en la práctica penal italiana de su tiempo.

LA PERSEGUIBILIDAD: DELITOS PÚBLICOS Y PRIVADOS

Aparacen como delitos públicos los procesalmente perseguibles por cualquier ciudadano, como fórmula general—...*quorum accusatio et persecutio permessa est cuilibet de populo* (n. 1, L. 5, § *Primus*)—, junto a los que se enumera una solución de casos dudosos, sustentada en el prestigio doctrinal de Antonio Gómez (6).

A) Los delitos que primordialmente implican una ofensa a la

(5) CARRARA: *Progama*”, § 50.

(6) ANTONIO GÓMEZ: “*Commentarium varciarunque resolutionum iuris, communis et regii*”. Tomus tertius. De delictis. n. 1, Cap. I.

Divinidad—...*illud enim quod est in offensam Dei ad omnium offensam pertinere videtur...* (n. 2, L. 5, § *Primus*).

B) Las ofensas delictivas al Príncipe, que se estiman dirigidas al pueblo sometido a él—...*merito eius offensa etiam ad omnes eius subditos pertinet* (n. 3, L. 5, § *Primus*).

C) La falsedad documental—censurada de *delictum privatum*, en virtud de una opinión de matiz romanista—es trasladada a los delitos públicos y retenida en su grupo por el vigor teórico de la *caussi opinio* (doctrinas de Bartolo y Azón de Bolonia). La calificación de delito público se reitera más adelante por circunstancias de política penal legislativa—...*propter eius frequentia solet a legibus et statutis graviter puniri et connumeratur inter publica delicta* (n. 1, L. 5, § *Falsum*)—que aconsejan tal inclusión.

Tratándose de delitos privados la acusación y la persecución sólo son ejercitables y dirigibles por la parte perjudicada—...*nisi parti lesae* (n. 5, L. 5, § *Primus*)—y la condena no apareja la nota de infamia que comportaban los *publica delicta*. Derogatoria de esta distinción era la técnica del procedimiento, que permitía indistintamente la inquisición de ambas especies—...*pro quolibet crimine privato posset procedi etiam ex officio* (n. 6, L. 5, § *Primus*)—aparte de que la pluralidad de modos de enjuiciar exige el que la clasificación se funde en las fuentes locales—...*adhaerere statuto vel consuetudine...* (n. 6, L. 5, § *Primus*)—como último criterio de decisión—...*et secundum illam declarare quae dicant privata et quae publica delicta...* (n. 6, L. 5, § *Primus*).

Era viable la acción popular, aun tratándose de delitos privados, si éstos aparejaban una pena pecuniaria afectada al Tesoro público—...*si pro aliquo delicto privato... imponeretur poena pecuniaria quae veniret applicanda Fisco...* (n. 3, q. 17)—, e inclusive era dable la *punitio extra ordinem ex officio* en algunos de ellos; la usura, por ejemplo—...*ut ego vidi quandoque servari in crimine usurarum...* (n. 4, q. 17).

En punto al adulterio, pugnan su inclusión entre los delitos públicos (n. 1, L. 5, § *Primus*) con el carácter de privado que debe prevalecer; por cuanto Julio Claro apunta con certeza los problemas de legitimación y declara que, por ceñirse a determinadas personas la legitimidad para acusar—...*nisi nisi certis personis eius accusatio permittitur* (n. 4, L. 5, § *Adulterium*)—no se trataba de una especie susceptible de acusación popular. En apoyo de tal postura se cuenta con la enumeración de los modos de accionar, a saber:

1.º Querrela del marido contra la mujer—...*maritus accusat uxorem de adulterio* (n. 1, L. 5, § *Adulterium*).

2.º Querrela de la mujer contra el marido—...*exconverso uxor accusat virum de adulterio* (n. 1, L. 5, § *Primus*).

3.º Querrela del marido contra los correos—...*maritus accusat uxorem et adulterum...* (n. 1, L. 5, § *Adulterium*)—sin imposición de la titularidad pasiva litisconsorcial al modo del derecho actual (7).

(7) Código Penal; artículo 450.

4.º Ejercicio de una acción de índole civil—...*mulier agit ad separationem thori...* (n. 1, L. 5, § *Adulterium*).

TRATAMIENTO DE LOS DELITOS POR SU COMPROBACIÓN Y DIFUSIÓN

El descubrimiento del sujeto en delito flagrante—...*si delinquens est in flagranti crimine repertus...* (n. 1, q. 8)—determina una sumariedad procesal que dispensa del rito del *ordo sollemnis*. La idea de flagrancia que rigió en Roma para impunizar la muerte causada al *fur deprthensus*, goza:

A) De una estimación *in genere* con el indicado alcance procesal.

B) Desconsideraciones análogas a las del antiguo Derecho, ya que—...*in fure nocturno facienda est conclusio ut licet eum impune occidere...* (n. 47, L. 5, § *Homicidium*)—se reiteran las mismas razones.

La impunidad—esgrimida también por Covarrubias)—se amplía a situaciones de cuasiflagrancia cual la sorpresa subsiguiente a la lesión penal del patrimonio—...*reperitur a domino exportare res suas et cum illis aufugere...* (n. 47, L. 5, § *Homicidium*).

C) De una excusa absoluta por homicidio de la mujer o la hija adúltera que requiere la sorpresa en flagrancia—...*quod illum deprehendat in ipsa turpitudine*. (n. 48, L. 5, § *Homicidium*)—, para que dicho beneficio favorezca al homicida.

También se consigna una categoría de delitos—los notorios—que provocan sumariedad procesal—...*ut possit etiam usque executionem procedere iuris ordine non servato...* (n. 1, q. 9)—y son ellos tan ostensibles a la comunidad—...*quod illud dicitur crimen notorium quod aliqua tergiversatione celari non potest, ut illud quod sit coram populo vel maiore parti populi...* (n. 1, q. 9)—que en modo alguno pueden encubrirse, con tal que junto a la notoriedad del hecho en sí figure la notoriedad de sus circunstancias—...*nisi etiam sint notorias qualitates ipsius facti...* (n. 2, q. 9)—, para mejor valorar una conducta manifiesta.

DELITOS DE ACCIÓN Y DE OMISIÓN

La posibilidad de que se delinca activa o pasivamente es contemplada al dotar a los delitos de acción de una gravedad superior a los de omisión—...*semper gravius reputatur delictum quod committitur faciendo quam illud quod committitur omittendo* (n. 10, L. 5, § *Primus*)—, tesis secundada por Farinaccio y Carpzovio y combatida más tarde por Bohemero, para quien era deseable la igualdad de trato (8).

LOS DELITOS POR RAZÓN DEL FUERO EN SU ENJUICIAMIENTO

Correspondían a la *cognitio* penal de los Tribunales eclesiásticos.

A) Los delitos simplemente eclesiásticos, cuyo conocimiento se de-

(8) COVARRUBIAS: "In clem. Cons. "si furiosus". Fil. 327. Versiculus primus. Tit. "De homicidio".

defería a sus Tribunales—...*quorum cognitio reservata est iudicibus ecclesiasticis...* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—, sin consideración a la calidad del delincuente—...*etiamsi commissa sin per laicos...* (n. 7, L. 5, § *Primus*).

B) Los delitos cometidos por eclesiásticos, aunque afecten al orden jurídico secular.

C) Los delitos comunes cometidos por sujetos laicos—...*si a laicis committantur* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—a causa de que la posibilidad de conocimiento indistinto—...*uterque iudex cognoscere potest...* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—hace competente a cualquiera de ambos poderes. Esta última posibilidad—referida a la sodomía, el adulterio y demás enumerados más adelante—es un atisbo de la soberanía eclesiástica sobre las *res mixtae* o intereses jurídico-sociales, cuya protección *ratione peccati* también incumbe al Poder espiritual.

Congruentemente, la jurisdicción civil es competente en dos supuestos.

A) La comisión por laicos—...*si a laicis committantur soli iudices saeculares cognoscunt* (n. 7, L. 5, § *Primus*)—de los delitos simplemente seculares, como el hurto y el homicidio.

B) El enjuiciamiento de delitos comunes cometidos por sujetos civiles; eran dichos delitos comunes.

a) El adulterio, cuya vindicación no es privativa de ninguna de ambas jurisdicciones—...*merito eius vindicta non minus pertinet ad iudicem ecclesiasticum quam ad laicum* (n. 3, q. 37).

b) El concubinato, habida cuenta de que junto al castigo canónico—*Aliqui dicunt quod de hoc crimine iudex ecclesiasticus cognoscit cum sit mere ecclesiasticum...* (n. 4, q. 37) la prohibición civil permitía su castigo por el juez común—...*sed tenendo quod etiam de iure civili concubinatus sit prohibitus... fatendum esset quod etiam iudex secularis... possit... procedere* (n. 4, q. 37).

c) La sodomía, así censurada por la *communis opinio* (n. 5, q. 37).

d) El sacrilegio, por idéntico motivo, si bien, algunos derechos nacionales lo trataban de *delictum saeculare* (n. 6, q. 37).

e) El *crimen sortilegi*, cuando no es constitutivo de herejía (n. 7, q. 37) (n. 25, L. 5, § *Haeresis*).

EL DELITO CONTINUADO

Dos puntos merecen acusarse en la tesis de Claro, por lo que hace al delito continuado.

A) Primeramente—en mérito a opiniones que han presentado el concepto como un producto del derecho de los Prácticos— ha de anotarse la repudiación por Julio Claro de la pretendida tesis del delito continuado con relación a los *tria furta*, lo que se infiere de la extensa disquisición acerca de la imposición de la pena de muerte por el tercer robo (n. 10, 11 y 12, L. 5, § *Haeresis*). Sin embargo, los requisitos de individualización parecen abrir una brecha que no es imposible

arrojase alguna luz sobre la laxitud y transigencia del derecho ulterior. Para que se diesen tres robos era necesario que operasen sobre cosas distintas y mediando un lapso de tiempo—...*debent esse distincta non solum re sed etiam tempore* (n. 14, L. 5, § *Furtum*)—, con lo cual, si la noción de *res* se ciñe a los cuerpos ciertos, el robo de género es *furtum ipsisu re* y la marginación de tiempo se concentra si—con unidad de propósito—se consuman las conductas parciales en breves intervalos, todo lo cual bien podía conducir a la conclusión de que la sustracción de cosa genérica o cantidad en cortos lapsos—presididos por un propósito unitario—, es una sola figura que escapa a la individualización requerida en la locución *distincta non solum re sed etiam tempore*. Si bien tal concepción no se formula explícitamente en Julio Claro, bien pudo su doctrina ser acogida con amplia interpretación, cuando los Prácticos relajaron la rigidez del principio de individualidad penal de las acciones, y eliminaron la idea de la *furandi consuetudo* si se daban algunos índices que unificasen la infracción.

B) El mismo Claro señala cómo ya en la doctrina de los Glosadores se prescribía un castigo único para tales especies de robo, y cita los pareceres de Bartolo y Covarrubias.

Estas aseveraciones del maestro de los Prácticos, perfilando los matices del delito continuado, se hacen en contemplación al adulterio—...*si aliquis cum uxore alterius pluries rem carnalem habuerit etiam ex intervallo...* (n. 10, L. P. *Adulterium*)—, conceptualizado como infracción única a los efectos de su punición—...*non tamen debet puniri nisi pro unico adulterio*.