

¿Cómo reprime el derecho suizo las infracciones por negligencia?

JEAN GRAVEN

Juez del Tribunal de Casación de Ginebra, ex-rector de la Universidad
Presidente de la Asociación Internacional de Derecho penal

Traducción del Dr. RUPERTO NUÑEZ BARBERO

Profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad de Salamanca

I. LAS BASES HISTÓRICAS DEL SISTEMA SUIZO (1)

Al poner en estudio el problema de la negligencia y su tratamiento en Derecho penal, la Asociación Internacional de Derecho penal en su 8.º Congreso Internacional celebrado en Lisboa en septiembre de 1961, el Centro francés de Derecho comparado en la celebración del 25.º aniversario de la *Revista de Ciencia Criminal* en septiembre de 1961, y la Facultad Internacional de enseñanza del derecho comparado de Estrasburgo al organizar un curso colectivo sobre esta cuestión en marzo de 1962, sabían bien que ello suponía el planteamiento de uno de los problemas a la vez más delicados y peor resueltos de la ciencia penal actual, y precisamente por esto era necesario tal planteamiento. Porque se trata en definitiva, todo bien considerado, de establecer el límite mismo, tan fluctuante y controvertido de la punibilidad de los actos humanos ejecutados a la ligera. Las discusiones que tuvieron lugar, particularmente durante el Congreso de Derecho penal de Lisboa, la diversidad de puntos de vista que allí se pusieron de manifiesto, y la imposibilidad de conciliarlas, lo han mostrado claramente. Estas dieron, en efecto, lugar a unas conclusiones muy decepcionantes, ya que no consistieron más que en reconocer las “dificultades reales” y las “divisiones” o divergencias fundamentales que existen en esta materia, y la imposibilidad de encontrar

(1) N. DEL A.—En lo que concierne al Derecho comparado, no podemos menos de remitirnos al muy reciente y magistral estudio del profesor H. H. JESCHECK, “La estructura jurídica de la negligencia y su régimen en derecho penal moderno”, publicado en la *Revue Internationale de Droit Penal*, París, 1965, núm. 1-2, pp. 21 a 51. En él se encontrará la síntesis comparativa mejor informada que partiendo del derecho alemán —en el cual FEUERBACH ha sido uno de los primeros en poner en evidencia y en esforzarse por esclarecer “La dificultad particular de la problemática de la negligencia”— con el derecho europeo (Suiza, Austria, Italia, de una parte; Francia y Bélgica, de otra) y el derecho americano, con numerosas referencias.

“una fórmula de transacción”, o, digámoslo mejor, una armonización de los sistemas y de las legislaciones contrapuestas. El tener en cuenta tales dificultades debía ser, desde luego, “la primera condición para la búsqueda eficaz de su solución” (2).

Pero estas dificultades y estas oposiciones se han conocido y confrontado en Suiza desde hace ya mucho tiempo, porque hasta la entrada en vigor del Código penal de 20 de diciembre de 1937, el 1.º de enero de 1942, los veinticinco sistemas cantonales aplicaban unos principios y unas soluciones que diferían, y el Código penal unificado de 1937, por la definición dada en el artículo 18, párrafo 3, ha operado precisamente la conciliación y vencido las dificultades —; este Código, al cual la resolución final de Lisboa, dicho sea de pasada, ha olvidado de hacer mención como promotor de la solución “subjetiva” consagrada formalmente en su texto!—.

1. En el anteproyecto y la exposición de motivos de 1892, Carl Stooss, el autor del Código penal suizo, indicaba, tras la publicación de la obra fundamental que reproducía todos los códigos cantonales, clasificados sistemáticamente por orden de materias (3), que la noción de la “negligencia” era “presupuesto conocido” por la mayor parte de nuestras leyes (Ginebra, Vaud, Tesino no contenían ninguna disposición), y que los cantones que daban una definición lo hacían todos, primeramente, en forma negativa, oponiéndola a la intención, porque estos son, en efecto, los dos grados tradicionales de la *faute* (*) penal, o

(2) Cf. la discusión y la resolución de la 1.ª Sección de Trabajo del Congreso de Lisboa en nuestro informe publicado en la *Revue Internationale de Crim. et de Police technique*, 1962, núm. 4, p. 314, “Les problèmes posés dans le droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles”. El informe suizo del Juez cantonal MEYER (Friburgo), está publicado en la *Revue Internationale de Droit Penal*, núm. 2-3, 1961, pp. 1107-1124, así como el informe general (síntesis) del profesor ALTAVILLA, ibidem, p. 763, y especialmente en lo que concierne a Suiza, pp. 824 y ss.

(3) Stooss, *Die schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt*. Bâle y Ginebra, 1890, “Intention criminelle et négligence, erreur”, pp. 38 a 44.

(*) N. DEL T.—El término “faute”, empleado por el autor, y cuya traducción literal sería la: “falta”, no se corresponde propiamente con el significado que en nuestro derecho se asigna a la “falta” como opuesta al “delito”, a tenor de lo dispuesto en el art. 6.º del Código penal, y que se correspondería más exactamente con la “contravención” (recuérdese la clasificación tripartita entre “crimes, délits et contraventions”). Mas también la palabra “falta” puede entenderse en un sentido amplio, que el Diccionario de la Academia define como “acto contrario al deber u obligación” o “incumplimiento del deber...”, no obstante lo cual, y aunque más en consonancia, no puede decirse que sea tampoco el significado más adecuado, por su ambigüedad y amplitud, a lo que dicho término deberá expresar, particularmente en relación al derecho suizo. El término “faute” (falta) alude en toda infracción al llamado, especialmente en la doctrina francesa, “elemento moral”, del que constituye la base, es decir, que “la acción o la omisión inculminadas deben tener su origen en un estado de ánimo, en un giro del espíritu, social e incluso moralmente reprobables” (Cf. BOUZAT, *Traité de droit pénal et de Criminologie*, I, Dalloz, París, 1963, pp. 131 ss.).

La legislación francesa no ha construido una teoría general de la “faute”,

si bien se ha sobreentendido en todo caso la condición de la misma, y en este sentido el profesor GRAVEN estima, en relación al derecho suizo, que la legislación vigente está, con referencia a la noción de la "faute", fundado en una concepción "subjetiva" del delito y de la sanción que a éste debe seguir, por lo que considera que si bien el principio "nulla poena sine culpa" no está formulado de una forma expresa, no por ello es menos absoluto en el derecho suizo, ya que éste excluye la responsabilidad y la pena basadas tan sólo en el resultado (v. texto, pág. 5). (En el mismo sentido, LOGOZ, *Commentaire du Code pénal suisse*, Neuchatel, 1939, I, p. 60). Se estima, por un lado, que hay infracciones para las cuales la ley exige una "falta" *consciente, intencional*; y otras para las que basta una "falta" consistente en una *imprudencia, o negligencia* (a la "faute" intencional y a la no intencional alude el profesor GRAVEN con sideración en principio la diferencia de naturaleza como superada hoy día), una desatención o una inobservancia de los reglamentos. Existen, finalmente, infracciones de carácter poco importante, para las cuales la ley presume, dispensando incluso de la prueba, una "falta" (*faute*) que supone una negligencia del delincuente en relación a su obligación de instruirse en cuanto a sus deberes y conformarse a ellos (BOUZAT, ob cit., pp. 132-133). Por otro lado, en la doctrina francesa se considera lamentable que el Proyecto de Código penal se haya abstenido, al igual que el vigente, de definir las diversas formas y grados de la "faute". En este sentido, la "faute" haría, en principio, referencia a la voluntad o voluntariedad del acto realizado, en definitiva a la "culpa", en sentido amplio, o, si se quiere, "culpabilidad", ya que alude al término alemán "Schuldtrafrech". El profesor GRAVEN alude claramente a esta equiparación en determinadas partes de su trabajo (v. g., pp. 5, 6, 31, 37 y 38), o se deduce de su pensamiento. Por otro lado, la doctrina distingue también, por lo que al término que nos ocupa se refiere, cuándo el autor ha querido su acto y sus consecuencias, esto es, la intención criminal o "dolo penal" y la "falta" penal (v. g., homicidio o lesiones por imprudencia, contravenciones), si bien esta distinción entre la "intención criminal" y la "falta" no está claramente establecida, tanto por lo que se refiere a la legislación suiza como a la francesa. Las palabras "intention" o "dol" y la "faute" son raramente empleadas por la ley, especialmente por lo que se refiere a los delitos no intencionales, en que se utilizan generalmente las palabras "imprudence" o "négligence" (v. art. 18 C. s.). Si se distingue, desde este punto de vista (cf. STEFANI et LEVASSEUR, *Droit pénal*, 2.^a ed., Dalloz, París, 1966, p. 173), entre "intención" y "falta", podría emplearse este último término en el sentido de "culpa" en sentido estricto, que nuestro Código penal emplea en el art. 565 en el sentido de "imprudencia" o "negligencia", y esta sería la acepción que habría de darse al término "faute" empleado por el profesor GRAVEN cuando, v. g., hace referencia al "dolo eventual" y "falta" (*faute*) grave (que podrán aludir al "dolo eventual" y a la llamada "culpa con previsión" (v. texto, p. 11). Mas por lo mismo que el término se emplea también, como decimos, en sentido amplio y alude, primordialmente, y en general, al elemento subjetivo, habrá de emplearse en cada caso, según la significación o aspecto a que, dentro del elemento subjetivo, aluda el autor, esto es, en sentido amplio, o estricto si se refiere a la negligencia. De otra parte, incluso utilizado el término "faute" en sentido estricto de "culpa" con referencia a las infracciones no intencionales cometidas por negligencia, la cuestión se puede prestar a equívocos, en el caso de la llamada "falta" contravencional en que no se exige una intención culpable, y son punibles por el hecho solo de su comisión, si bien en estos casos la existencia de la "falta" ha sido puesta en duda, estimándose que no debe ni puede haber asimilación posible entre la "faute" penal de imprudencia y la "faute" contravencional. El profesor GRAVEN pone bien de manifiesto que el sistema del Código penal suizo está "esencial y necesariamente fundado sobre la "falta" —en el sentido de culpabilidad—, a diferencia de "las infracciones por negligencia derivadas de otras leyes federales que comportan sanciones penales (sistema fundado sobre la violación formal de la ley y el resultado), estimando, además, que dicho sistema "fundado en la culpabilidad es general y absoluto para todas las in-

fracciones que contiene, comprendidas las contravenciones de derecho federal”, por ello se manifiesta claramente en contra del sistema de las “presunciones de culpabilidad”, en relación a la legislación especial o complementaria, respecto de las llamadas infracciones “formales” punibles en ausencia de culpabilidad y en razón tan sólo al resultado material, prescindiendo del aspecto subjetivo de la infracción y contrarias al sistema del Código basado en el principio del “nulla penae sine culpa”. La ley federal de 1958, sobre circulación por carretera, se ha esforzado, como afirma el profesor GRAVEN, por remediar ese “dualismo enojoso”, tratando de armonizar sus sanciones con el Código penal, que entró en vigor el 1 de enero de 1942, si bien el problema vuelve hoy a plantearse —siguiendo al profesor GRAVEN— bajo nuevas formas, como consecuencia del enorme aumento de infracciones de este tipo producidas en los últimos años.

La tendencia a aplicar, incluso a las contravenciones, la regla de que “no hay pena sin culpabilidad” (al menos bajo la forma de “negligencia”) se manifiesta claramente en la doctrina, y especialmente en la legislación anterior al C. penal suizo (cf., también, Logoz, ob. cit., p. 391).

De lo expuesto podría deducirse que la significación más adecuada al término “faute” sería quizá el de “culpa” (vocablo inexistente en lengua francesa, si bien existe, sin embargo, el de “culpabilidad”), empleando dicho término en sentido amplio, análogo al de culpabilidad, o en sentido estricto, según los casos; mas por lo mismo que, también en razón a lo dicho, la cuestión podría prestarse a ciertos equívocos (e incluso, en algún caso, podría parecer redundante hablar, v. g., de la “falta” como “culpa” subjetiva, o suscitar ciertas dificultades la interpretación del término cuando, v. g., se alude a la “gravedad objetiva” de la “falta”, o a la “falta” profesional, en que el término podría aludir a un significado amplio de acto contrario al derecho, o al deber, aun cuando lo fuere en un sentido subjetivo), hemos creído más adecuado dejar, en general, el término “faute” en su acepción original, cuya traducción literal por la palabra “falta” sería aceptable, siempre que tengamos en cuenta las consideraciones anteriormente señaladas, su diferencia con la “falta” en el sentido de infracción leve o contravención (que en todo caso haría referencia a una “faute” contravencional) empleado en oposición al “delito” por nuestra legislación positiva (art. 6.º del Código penal) y su analogía con el término “culpa” en el sentido penal de “culpabilidad”, o en su sentido estricto de “culpa”, como forma de la culpabilidad (que nuestro derecho positivo emplea en el sentido de imprudencia o negligencia), según los casos y la gravedad o graduación de la “falta”, y en su significación en relación al hecho, o mejor, al elemento subjetivo (doloso o culposo) del mismo.

Conviene, sin embargo, y sin perjuicio de las consideraciones anteriores, hacer una última aclaración, por lo que se refiere a la etimología; la “culpabilidad” (*culpabilité*) aparece esencialmente como una noción moral que se confunde con la “faute” (culpa), intencional o no intencional (ver texto pág. 9). A esta última suele referirse la doctrina cuando habla de “faute” de imprudencia o negligencia, reservando el nombre de “faute penale” al elemento moral particular que permite imputar penalmente a una persona un resultado dañoso que no ha querido provocar. La “faute” penal consistiría entonces en no prever las consecuencias dañosas del acto que se realiza, o en no tomar las precauciones necesarias —al no creer que podrían producirse— para impedir su producción, ha pesar de haber previsto las consecuencias (ver texto, pág. 10; y, especialmente la doctrina francesa R. MERLE y A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, París, 1967, págs. 448-450). Se estima que el resultado no es imputable a la voluntad positiva del agente, sino más bien a una falta de inteligencia o inercia de la voluntad, razón por la cual la doctrina clásica hablaba aún de “delitos involuntarios”, expresión vivamente criticada (ver HERZOG, *La prévention des infractions involontaires*, t. I, p. 217), porque deja, sin embargo, a la sombra todo lo que puede haber de voluntario, si no en la producción de los efectos del acto, sí, al menos, en el acto considerado en sí mismo. El profesor GRAVEN, al hablar

de la "culpabilidad" (4). Pero, desde el punto de vista positivo, ciertos códigos apuntaban ya una solución, cuyo elemento esencial estaba constituido por la posibilidad de prever", o no, las consecuencias dañosas o el resultado de su acción o de su omisión (tales como Saint-Gall y Grisons). Distintas leyes cantonales se esforzaban por aproximarse lo más posible a la noción o por aclararla, revelando que implicaba una falta de atención o de diligencia, o una ligereza, una imprevisión que provocaban el resultado delictuoso (por ej., Saint-Gall, Obwald, Schwytz). El código bernés daba como ejemplos la ineptitud la imprudencia, la falta de atención o la inobservancia de las prescripciones o reglamentos (art. 29). El cantón de Schaffhouse, finalmente, llegaba hasta una definición considerando la negligencia, en derecho penal, como "la violación del derecho que el autor hubiera debido prever y evitar, de acuerdo con la experiencia general o con su experiencia personal, observando una atención o una diligencia ordinaria" (art. 31).

Resumiendo, Stooss estimaba que, en sí, el hecho de no haber "previsto" el resultado no constituía por sí solo y siempre el criterio de la "negligencia" en el sentido penal, porque para él también obra con negligencia el que prevé un resultado como posible y lo provoca, a pesar de no quererlo. En consecuencia, es decisivo, por una parte, que el autor no deseaba el resultado y, por otra parte, que prestando la atención que le imponía su deber ("bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit), hubiera podido y debido evitarlo. En cuanto a la medida de la atención exigible, difiere según las circunstancias, y es particularmente erróneo admitir —como lo hacían, por ejemplo, Berna y Ginebra, en el sentido de la tradición francesa— que el incumplimiento de los reglamentos basta para constituir la negligencia: puede,

de la "faute" en relación a la negligencia (culpa, estima que la diferencia de trato entre las infracciones denominadas "voluntarias" y las "involuntarias" supone una tenue línea divisoria, hoy "superada por la evolución del mundo y las nuevas necesidades" (ver texto, pág. 36) —importante es contratar cuando afirma, v. g. en materia de circulación, como puede encontrarse una "componente internacional" en la inobservancia, o el desprecio doloso de una regla de circulación (pág. 41)—. Por otra parte, GRAVEN se esfuerza en demostrar la dificultad casi insalvable de distinguir entre el "dolo eventual" y la "faute" grave (empleando, al parecer, este término en el sentido de la llamada "culpa consciente", o con previsión, y propugna porque llegue a "esfumarse la línea de demarcación", por ser estas dos nociones "muy difíciles de discernir" en la psicología de los delinquentes (Ver texto, págs. 12 y 13).

Finalmente, el término "faulif" ha sido, como es lógico, empleado en el sentido de "culpable", cuando se refiere directamente al sujeto, y "culposo" al aludir directamente al comportamiento del sujeto, si está en relación con la "negligencia".

(4) Ver, a este respecto, HAFER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, parte general, 2.ª edición, Berna, 1946, p. 115. Ver, p. ej., también: BOERLIN, *Vorsatz Fahrlässigkeit und materielle Rechtswidrigkeit*, tesis, Bâle, 129; BORCHERDING, *Schuld und Irrtum im schweizerischen und deutschen strafrecht*, tesis. Fribourg-en-Brisgau, 1941; SCHAFFSTEIN, *Die Behandlung der Schuldarten in ausländischen Recht* (en derecho no alemán), 1928: Suiza, p. 46.

en efecto, constituirlo en algunos casos, pero no la constituye necesariamente en todos (5).

De este modo, mientras la primera versión del anteproyecto se limitaba a establecer que “es sancionable cualquiera que haya cometido intencionalmente un delito y, en los casos previstos por la ley, cualquiera que lo haya cometido por negligencia” (art. 11), la versión de 1896, publicada tras las decisiones de la 1.^a Comisión de peritos, precisó la noción de negligencia con relación a la intención, diciendo: “El autor obra intencionalmente cuando comete, sabiéndolo y queriéndolo, un acto calificado como delito” (art. 14, § 2), lo que resolvía la célebre controversia de la doctrina alemana entre la teoría de la “consciencia” y la de la “voluntad”, puesto que nuestro Código exigía tanto la una como la otra para constituir el “dolo” penal. Y, por otra parte, precisaba el nuevo texto, “el autor obra con negligencia cuando, por no usar las precauciones a las que estaba obligado por las circunstancias y por su situación personal, comete un acto incriminado como delito” (art. 14, § 3). Esta es la base sobre la cual se ha formado el texto actual, a través de los trabajos de la II Comisión de peritos y de las deliberaciones parlamentarias (6).

2. En su “*Exposición de motivos* del anteproyecto del Código penal suizo de 1908”, que tan bien pone en evidencia los rasgos esenciales de la nueva obra y las intenciones del legislador, el profesor Zurcher ha resumido así la situación, el interés y el alcance de la definición de la negligencia, recordando que la mayor parte de los códigos codernos utilizaban los dos términos de intención y negligencia sin definirlos, “refiriéndose para su interpretación a la ciencia jurídica y al lenguaje usual”. Pero, añadía, con justa razón, “este lenguaje no les atribuye un sentido suficientemente preciso y, en cuanto a la ciencia, además de que no podemos suponerla familiar a todos nuestros jueces, está lejos de ser unánime sobre este punto”. Este es el motivo por el cual el Código penal suizo entendía establecer y establecía “unas reglas destinadas a indicar al juez cómo debía comprender tales términos”.

La negligencia (es decir, *culpa* en el sentido estricto) debe ser distinguida, por una parte, de la intención (o “*dolus*”), y por otra, del caso fortuito (o *casus*). Dejamos aquí de lado la zona intermedia del “dolo eventual”: el proyecto lo hacía, en principio, “entrar en la negligencia”, inclinándose a crear unos “delitos de puesta en peligro” especiales en relación a la protección de la vida y de la salud, en los que el autor debía poder ser castigado, a causa de su importancia, incluso si el resultado no se hubiera producido. (De acuerdo con la

(5) Stooß, *Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts*, vol. I, 1892, pp. 205 ss.

(6) Anteproyecto de Código penal suizo modificado de acuerdo con las decisiones de la Comisión de peritos, traducción francesa de Alfred GAUTIER, Berna, 1896, p. 15. Sobre los trabajos de las Comisiones de peritos, ver en particular las actas de la 1.^a Comisión de peritos, vol. I, p. 88 (Stooß), y acta de la 2.^a Comisión, vol. I, p. 144.

doctrina actual y con la jurisprudencia establecida hoy por el Tribunal de Casación federal en la aplicación del Código, el “dolo eventual” está, por el contrario, comprendido, bajo la influencia de la teoría y de la práctica alemanas, en la forma del “dolo”, o sea de la intención, conforme a la teoría de la “aceptación”, o de la “toma en cuenta” del resultado previsto o previsible) (7).

Mas, limitándonos a la negligencia, ésta se distingue, por encima, de la intención, “en que el resultado no es querido”. Esto puede producirse en dos hipótesis: “O bien el sujeto ni siquiera ha pensado en ello, no se lo ha representado, y entonces el resultado no penetra hasta la conciencia. O bien el sujeto se ha representado el resultado como posible, pero tras de haber pesado el pro y el contra, no lo tiene en cuenta en la resolución que toma, sea porque la posibilidad le parezca demasiado lejana, sea porque las circunstancias o las precauciones tomadas parezcan excluirla”. Se reconoce fácilmente, en estas dos hipótesis, las formas más habituales en nuestro derecho penal actual de la “negligencia consciente” y de la “negligencia inconsciente”.

Nos quedará por distinguir entonces, desde abajo, la negligencia inconsciente del simple caso fortuito, en que, en la negligencia, “el resultado dañoso, que se ha producido en definitiva, habría podido y debido ser tomado en consideración por el sujeto”, le que no es el hecho del *casus*, imprevisible y que llega de improviso y sin que una responsabilidad penal pueda desprenderse de él. Nuestro legislador no ha impuesto, por otra parte, “la obligación de usar de esta precaución y de esta circunspección del modo más amplio” —recordadas antes, y que son la condición de la negligencia punible— más que para la protección de los bienes jurídicos más preciosos, la vida y la salud, y para incriminar ciertos actos capaces de crear un peligro colectivo (8).

Presentando a la deliberación de las Cámaras federales el proyecto definitivo de Código penal suizo, en su *Mensaje* de 23 de julio de 1918, el Consejo federal, poniendo de manifiesto que el autor normal-

(7) Este problema del *dolo eventual* (o indirecto), de su toma en consideración a título de intención o de negligencia, y de su distinción con respecto a la “negligencia” consciente, ha ocupado grandemente nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, a causa de su importancia esencial en la determinación de los límites del acto punible. Ver especialmente, además de los Comentarios del Código penal suizo citados al principio del capítulo II, ZOLLER, *Die Abgrenzung des dolus eventualis von der bewussten Fahrlässigkeit in der Praxis*, tesis, Friburgo, 1946; WAIBLINGER, “*Éventualvorsatz*”, estudios de la jurisprudencia del Tribunal federal suizo (1946 y 1955), en la *Revue de la Société des Juristes Bernois*, 1948 (84), p. 420, y 1957 (93), p. 345. Para la jurisprudencia, consultar principalmente las sentencias de principio del Tribunal de Casación del Tribunal federal en el *Recueil Officiel des Arrêts*, ATF 1943 (69), IV, p. 81, y 1958 (84), IV, p. 127; para la traducción francesa de las dos últimas sentencias citadas, *Journal des Tribunaux*, IV, 1949, p. 21, y 1958, p. 114.

(8) ZURCHER, Código penal suizo. “Exposición de motivos del Anteproyecto de abril 1908”, trad. Gautier, Berna, 1914, pp. 47 ss., *El delito en tanto que acto culpable*.

mente responsable de un acto no debe “ser castigado más que en el caso de que sea además *culpable*, es decir, si el resultado alcanzado ha sido con intención o por negligencia”, ha subrayado que “es uno de los méritos del proyecto el haber aplicado, más rigurosamente que ningún otro código existente, el principio de la represión subordinada a la culpabilidad, con exclusión de toda pena para las consecuencias fortuitas”, esto de una manera completamente general y también en materia de contravenciones. Se verá esto particularmente en la disposición fundamental sobre la fijación de la pena (art. 63 C. P. actual) y en las disposiciones sobre las lesiones corporales cuyo resultado era imprevisible o que ha ido más allá de las intenciones del autor (arts. 122 a 125 actuales, 108 a 111 del proyecto). En cambio, el mismo principio, e inversamente, “conducirá al juez a reaccionar severamente en los casos en que, aunque por azar, el resultado deseado no ha sido alcanzado, el autor del acto ha podido revelar, sin embargo, en toda su gravedad, su voluntad criminal”, como, por ejemplo, en materia de tentativa y de delito imposible (9). En otros términos, se puede ver, el derecho penal suizo actual está enteramente fundado en la noción de la *faute* (“*Schuldstrafrecht*”) y sobre una concepción *subjetiva* del delito y de la sanción que a este debe seguir (10). El principio “*nulla poena sine culpa*”, si no está expresamente formulado en el Código como lo está, en su artículo primero, el principio “*nulla poena sine lege*”, no es menos absoluto en nuestro derecho penal. Este excluye la responsabilidad y la pena fundadas tan sólo en el resultado (“*Erfolgshaftung*”) (11).

II. EL SISTEMA DEL CÓDIGO PENAL SUIZO

§ 1. La definición de la negligencia, sus condiciones y sus formas

Es necesario primero establecer que en el derecho penal suizo actual la noción “penal” de la negligencia es distinta de la noción “civil”

(9) Mensaje del Consejo federal en apoyo del proyecto de Código penal suizo, 1918, texto francés, p. 12.

* N. del T. El autor alude aquí sin duda, a la “culpa”, en sentido amplio o culpabilidad.

(10) El problema de la “*faute pénale*”, de la “culpabilidad” en general, ha sido muy estudiado en el momento de la elaboración del nuevo penal suizo. Ver en particular: HAFTER, “*Strafrecht und Schuld*” (discurso del Rectorado), Zurich, 1923; MEYER W., “*Die Schuld nach schweizerischem Strafgesetzbuch*”, *Revue Pénale Suisse*, 1943 (57), p. 70; REICHWEIN, *Über die Schuld im Recht*, tesis., Zurich, 1943; GERMAN, en su obra de base *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, en 1942, p. 179, apartado 4, ha indicado una serie de sentencias del Tribunal federal sobre la negligencia, anteriores al Código penal suizo de 1937-1942, y que son importantes para la apreciación fundamental de estos principios.

* N. del T. El sentido de la “*faute*” es aquí también análogo al de “culpa” en sentido amplio.

(11) Sobre este punto de modo más particular, al lado de HAFTER, loc. cit., ver JOST, “*Zur Erfolgshaftung im schweizerischen Strafgesetzbuch*”, *Revue*

y que ya no se las confunde, a diferencia de lo que ocurre en muchos otros códigos que han asimilado el “delito por negligencia” al “cuasi-delito civil”; esto quizá, en parte, en razón de los lazos reconocidos por numerosas legislaciones entre la acción civil de reparación del daño causado por un delito y la acción pública con miras a la represión del mismo. El informe suizo al Congreso Internacional de Lisboa en 1961 ha subrayado (12) que en nuestro país “la cuestión tan controvertida de la identidad entre la “faute” civil y la “faute” penal* no tiene casi importancia práctica”, la necesidad de proteger el interés de las víctimas en cuanto a la reparación del daño sufrido no ha arrastrado un efecto de alargamiento de la noción de culpa penal.

“Si el efecto de la condena penal para los delitos no intencionales se ha debilitado (como en otras partes), sería falso —ponía de manifiesto el informe— el buscar la causa en un uso inadecuado de estas condenas debido a unas preocupaciones de derecho civil. En países como Suiza, donde la responsabilidad civil y la responsabilidad penal siguen caminos cada vez más divergentes, se asiste, en el dominio de las infracciones involuntarias, a una denegación de la culpabilidad no menos evidente que en otras partes.” Quizá haya que ver en ello “la consecuencia general de un relajamiento de la moralidad pública, de una disminución de las preocupaciones por los intereses de tercero”. Quizá también y más bien el hombre de hoy no habrá “afinado su conciencia social a la medida de las posibilidades nuevas que ha puesto a su alcance el impulso científico e industrial”. La multiplicación de las infracciones no intencionales se ha producido “en una época que ha visto las penas mitigarse singularmente”, y unas sanciones más graves (especialmente antes de la introducción de la suspensión de la pena), “que sancionaban unos delitos más raros y llevaban consigo una cierta desconsideración a causa de la ejecución de una pena”, eran sin duda aptas para despertar en la conciencia de los condenados “el sentimiento de culpabilidad que es raramente la consecuencia necesaria y espontánea de la infracción no intencionada”. Sin duda es justo, concluía el Juez MEYER, “el no juzgar al autor de un acto ilícito según el solo resultado de su acto, y graduar la pena según la gravedad de la *faute*”; pero se puede uno preguntar, y veremos al final de nuestro estudio que se pregunta hoy en efecto, “si la diferencia de naturaleza que la ley y los jueces establecen entre la *faute* intencional y la *faute* no intencional, el compartimento estanco levanta-

penale suisse, 1949 (64), p. 424, y SALIS, *Die Bedeutung des Erfolges im schweizerischen Strafrecht*, tesis, Zurich, 1949.

(12) F. MEYER muestra y desarrolla bien esta proposición en la introducción de su informe a Lisboa sobre “Los problemas planteados en el derecho penal moderno por el desarrollo de las infracciones no intencionadas”, *Revue Internationale de Droit pénal*, citada, 1961 pp. 1107 ss. Sobre este tema ver también en particular, DARBELLAY, *Theorie generale de l'illicite en Droit civil et en Droit penal*, Friburgo, 1955; AEBI, *Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und Strafrecht*, tesis, Zurich, 1957; TOBLER, *Fahrlässigkeit im Zivil- und Strafrecht*, tesis, Zurich, 1931.

do entre las infracciones que proceden del dolo y las que son debidas a la negligencia, no responden a un sistema satisfactorio en su tiempo, pero hoy sobrepasado por la evolución del mundo y las necesidades nuevas" (13).

Actualmente, la regla técnica del artículo 18, párrafo 3, del Código penal suizo dispone, de una manera clara aunque un poco didáctica, consagrando con ello los dos grados de la negligencia que hemos indicado y separándose claramente de la noción civil de la "faute" llamada "leve" o "muy leve" (culpa levis, o levissima):

"Comete un crimen o un delito por negligencia quien, por una imprevisión culpable, obra sin darse cuenta o sin tener en cuenta las consecuencias de su acto."

La imprevisión es culpable cuando el autor del acto no ha empleado las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal."

Se ve, por consiguiente (14), que se presentan dos cuestiones: ¿Cuáles son, primeramente, las condiciones legales de la negligencia? Y, después, ¿cuándo se debe tener por culpable esta negligencia y, por tanto, punible en los casos en los cuales el legislador lo ha previsto expresamente en razón de la importancia social del bien a proteger? Porque la sola imprudencia o negligencia en sí no es suficiente, aunque se pruebe. Observemos previamente, además, que si nuestro Código habla de "negligencia", se trata en este caso de una noción general y que comporta todas las formas, es decir, tanto la negligencia en su sentido propio como la imprudencia o la imprevisión, la ligereza, la falta de atención o los otros matices de nuestras antiguas fórmulas cantonales, con la condición de que alcancen el grado en que se pueda reconocer el carácter de "culpabilidad" en el sentido de la definición del Código.

1. En cuanto a esta noción de la negligencia, se discierne, para repetir las distinciones de la doctrina, la presencia de dos elementos: el uno es positivo, el otro es negativo. El elemento *positivo* consiste

(13) F. MEYER, p. 1109. Volveremos sobre la tesis actualmente discutida por la doctrina suiza, en particular por MM. FREY, y DUBS.

* N. del T. También aquí la "faute", en general, tiene el sentido amplio de "culpa", o culpabilidad; el autor alude claramente a la "faute" (culpa) intencional y no intencional (culpabilidad "dolosa" y culpabilidad "culposa").

(14) Sobre la noción y las condiciones de la negligencia según el Código penal suizo, ver los Comentarios del Código y los estudios de CLERC, *Introducción al estudio del Código penal suizo*, parte general, pp. 82, ss; DUBS, *Probleme der Fahrlässigkeit* (Lección de habilitación), 1959, especialmente a d. III, pp. 11 ss. y *Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht*, informe a la Société suisse de Droit pénal, 1961, pp. 2 ss.; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, pp. 119 ss., núm. 4 a 6; HAFER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts*, parte general, *Schuldform der Fahrlässigkeit*, pp. 126 ss.; LOGOZ, *Commentaire du Code penal suisse*, parte general, pp. 64 ss.; SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, pp. 80 ss., núm. 192 a 201; THORMANN y VON OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, I, parte general, pp. 90 ss., especialmente núm. 32 a 43, pp. 99 ss.

en que el resultado ha sido producido por el efecto de una acción o de una omisión imprudente o imprevista —cualquiera que sea el nombre que se le dé— que es contraria a lo que se debía esperar normalmente del autor en la situación en que se encontraba. El elemento *negativo*, si tal puede decirse, consiste en que el autor no ha querido el resultado que se ha producido: él ha querido su acto, pero en modo alguno sus consecuencias. Y esto por dos razones o, más exactamente, dos grados: o bien porque no las ha previsto (15), o bien porque habiéndolas previsto no las ha tenido en cuenta, cuando debiera haberlo hecho en uno y otro caso, vistas las circunstancias y su situación personal. Se llama “inconsciente” a la negligencia en el primer caso, y “consciente”, en el segundo. Lo esencial de la distinción se limita a un defecto o a una ausencia de representación o de previsión de las circunstancias, o a una falsa previsión o representación.

Los ejemplos sacados de la doctrina y de la jurisprudencia podrían ser numerosos, e ilustran claramente estas hipótesis: Que se piense, en la primera, para tomar ejemplos particularmente suizos, en el alpinista que se divierte haciendo rodar rocas o piedras por una pendiente sin prever que puede herir o matar a paseantes, o en nuestro soldado de milicias que, volviendo a su casa, después de un ejercicio militar de tiro obligatorio, no se ha asegurado de que su arma está descargada y, al querer limpiarla, se le dispara y mata a un tercero. En cuanto a la hipótesis de la negligencia o de la imprudencia consciente, es suficiente evocar todos aquellos casos en los que, en la carretera o en un cruce, un automovilista piensa en la posibilidad de un accidente, pero no disminuye la velocidad, fiándose en la suerte o en su habilidad quizá ilusoria. Utilizaremos más adelante, en la discusión, algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia, para aclarar mejor los principios con casos concretos.

Aunque haya dos grados en la negligencia, el Código suizo no los distingue, en cuanto al tratamiento jurídico que hay que aplicarles. Estas dos formas pueden tener un interés teórico y práctico, en cuanto que permiten determinar mejor *el límite* con el dolo eventual (en el cual el resultado previsto ha sido *aceptado* en la mente del autor en el caso de que se produzca), y, por otra parte, con el caso fortuito (en el cual el resultado era absolutamente imprevisible). Dichas formas dan también al juez la posibilidad de medir mejor la pena en el momento de la sentencia, como el Tribunal federal lo ha puesto de manifiesto (16). Pero el legislador no ha querido considerar la negligencia consciente, siempre y necesariamente, como más grave y más se-

(15) Sobre la importancia y la existencia de la *previsibilidad* como elemento esencial, ver especialmente DUBS, *Probleme der Fahrlässigkeit*, pp. 6 a 11, con las sentencias del Tribunal federal (ATF 73, IV, p. 36; 76, IV, p. 78; 81, IV, p. 90).

(16) Sentencia de 10 de diciembre 1943 en la causa Ministerio público de Schaffhouse contra la Sra. Deuber, sobre la cual volveremos, ATF 1949 (64), IV, p. 231, ad. 3.

veramente punible que la negligencia llamada inconsciente, porque ésta puede implicar en realidad una "faute" * igualmente grave y aún más grave todavía: Se llegaría, de otro modo, a tratar al inconsciente, al aturdido peligroso que obra completamente a la ligera y no prevé jamás las consecuencias que puedan tener sus actos, con más indulgencia que al individuo que reflexiona, o es incluso escrupuloso, que ha previsto las consecuencias posibles, pero, por un error de apreciación, ha estimado en definitiva —en lo cual se equivocó— que el resultado fatídico no se produciría.

Será con frecuencia difícil para el juez decidir si se encuentra en presencia de una negligencia "consciente" o de un "dolo eventual", forma indirecta de la intención. Porque, ¿cómo probar, en ciertas circunstancias, cuál era la "seelische Einstellung", la convicción íntima del autor en cuanto a las consecuencias posibles, o incluso probables, de su acto y en cuanto a su exclusión o aceptación eventual? Deberá hacerlo por medio de la observación razonada de las circunstancias y del carácter del inculpado. Porque la confesión sincera, en estas materias es rara, ya que, en general, se trata de negar o disminuir la falta. Cuando más probable debe parecer el resultado, o el peligro evidente, dadas las circunstancias del caso particular, más se justificará en general el admitir que el autor ha podido prever el resultado si no hacía lo necesario para evitarlo y dar por descontado que había riesgo de que se produjera. Se vuelve entonces a la fórmula alemana de FRANK: "¿El autor hubiera obrado también si hubiera sabido con certeza que se produciría el resultado?" En la afirmativa, habría que admitir el dolo eventual, y en caso contrario, la negligencia. La fórmula es, sin embargo, equívoca y debe ser manejada prudentemente, porque en realidad el autor debe ser juzgado con arreglo a lo que él ha querido en realidad y no con arreglo a lo que hubiera querido si hubiera pensado de otra manera. Todo depende en definitiva de la última apreciación que ha hecho en la práctica: el autor, en el momento de obrar, en cuanto a la mayor o menor probabilidad del resultado y de su logro (17).

El Tribunal federal ha aclarado esta cuestión en una sentencia de principio, de 1943, en la cual ha reconocido que, a consecuencia de los debates parlamentarios, se debe considerar en Suiza que la intención, en el sentido del artículo 18 del Código penal, comprende el dolo eventual, y en el cual el Código se ha esforzado en trazar los límites de este último, especificando el papel de los dos elementos fundamentales de "consciencia" y de "voluntad" en el caso en que el autor se represente seriamente como previsible que los elementos objetivos de una infracción se den. Esta sentencia merece ser citada en parte a causa de las precisiones que aporta:

* N. del T. Aquí la palabra "faute" al concretarse en relación a la negligencia tiene el sentido estricto de "culpa" (consciente o inconsciente).

(17) SCHWANDER, op. cit., p. 182, núm. 198; ver GERMANN, op. cit., p. 88; HAFTER, *Lehrbuch*, p. 217, et MEYER, *informe suizo*, loc. cit., p. 1112.

“Una *consciencia* de este género no está necesariamente acompañada por la *voluntad* correspondiente. En el caso de la negligencia consciente, el autor toma también por posible el que las circunstancias objetivas de la infracción se realicen. Pero aparta de su mente esta eventualidad, contando con que el resultado no se producirá”, mientras que, “en cambio, el que obra con dolo eventual acepta el resultado previsto como posible; lo desea, en el caso en que debiera producirse”. Que haya tenido esa intención es una cuestión de prueba. Pero esta prueba no debe ser considerada como producida cuando el *sólo* indicio de la voluntad culpable reside en el conocimiento de la posibilidad del resultado. Sería en realidad reducir el aspecto subjetivo del delito a la sola *consciencia*. Esta no puede permitir el implicar la *voluntad* correspondiente más que en el caso de que el desarrollo o la realización del resultado se impusiese en la mente del autor de tal modo que su acto no pueda interpretarse más que como una aceptación de tal resultado. Pero aun en semejante caso, *índices contrarios* pueden oponerse a esta conclusión: porque aquel que por ligereza cuenta con que un resultado que había primeramente estimado probable no va a realizarse finalmente, no obra con dolo eventual” (18). Obra con negligencia consciente y ahí está la diferencia —esencial en cuanto a la posibilidad de castigar— que corresponderá al juez establecer gracias a la utilización y a la aparición de las pruebas.

Hay que reconocer que la diferencia con el dolo eventual es a veces muy difícil de establecer, y “es precisamente la existencia de una cantidad indefinida de casos límite lo que permite las dudas sobre el valor de la clasificación de las infracciones... según el género de la *faute*, unas diferencias considerables que dependen a veces de un elemento fugaz”, de un “cambio” difícil de captar y, en la práctica, “de la apreciación por el juez de un matiz casi incaptable del estado psicológico del autor en el momento de la infracción. Así, en el caso del automovilista que ha acelerado a fondo en una calle frecuentada y que no puede darse cuenta de que pone en peligro la vida de los que por ella pasan, podrá imponérsele una pena de reclusión por cinco años al menos, según que haya alejado de su mente la consecuencia accesoria de un accidente mortal que pudiera producirse, o de tres años cuando más de prisión (con suspensión probable de pena si la pena se había fijado en menos de un año), según que entreviendo esta consecuencia eventual haya pensado en evitarla gracias a su habilidad. Estos matices tan cargados de consecuencias diferentes se ocultan en general a los inculpados, y la experiencia práctica ha demostrado que sería preciso —insistiendo sobre los modos de comisión de la infracción, sus circunstancias y sus causas profundas sobre el grado de prudencia y de altruismo exigibles del autor— se llegase “a esfumar la línea de demarcación que, para la aplicación de las

(18) Sentencia de 21 de mayo de 1943 en la causa Elsasser contra el Procurador general del cantón de Berna en una acusación por estafa, ATF 1943 (79), IV, p. 79, ad. 5, traducción francesa *Journal des Tribunaux*, IV, 1943, p. 77.

penas, abre un foso entre el dolo eventual y la *faute** grave, cuando ocurre que en la psicología de los delincuentes, estas dos nociones son muy difíciles de discernir" (19). Y se podría decir aún entre el dolo eventual y la negligencia consciente.

2. Igualmente delicada será frecuentemente la cuestión de determinar cuándo y en qué condiciones la negligencia, la imprevisión o la imprudencia cometidas deben ser calificadas de *culpables* y por este hecho caer bajo el peso de la ley penal. En este caso, el legislador ha querido dar al juez unos criterios útiles.

Es evidente, en primer lugar, que para no paralizar la vida social, toda imprudencia, imprevisión o error de apreciación o de acción no podrían ocasionar para su autor unas consecuencias penales, sino que debe de ser castigado sólo bajo ciertas condiciones que fijarán en cierto modo la medida de lo que puede ser razonablemente exigido. Es evidente también, por otra parte, que el Derecho penal, fundado sobre la culpabilidad personal de tal delincuente determinado, no puede servirse de criterios *abstractos* y absolutamente generales como el Derecho civil, tales como los del individuo "normal", del "vir prudens" o del "buen padre de familia". No hay tampoco una noción general, uniforme, de "prudencia" impuesta, como, por ejemplo, una noción de "buena fe" en Derecho civil. Hay que basarse sobre los criterios *individuales* y *concretos* de cada caso, comparando la conducta del autor con la que hubiera debido observar si se hubiese comportado como hombre experimentado y previsor en la medida que hubiera podido exigirse de él.

a) Se hará, en primer lugar, desde el punto de vista *objetivo*, teniendo en cuenta las precauciones que estaban "determinadas por las *circunstancias*". Cuanto más peligrosas son éstas, en mayor modo las reglas de prudencia, de atención y de reflexión se imponen naturalmente. La gravedad del riesgo es uno de los elementos para la medida de la "faute".

Este será particularmente el caso, en materia de ataques a la *seguridad de la circulación* o de las comunicaciones, de un conductor de vehículo de motor que, de noche y sobre una carretera frecuentada, continúa rodando sin reducir su velocidad aunque se vea deslumbrado por los faros de un coche que viene en sentido inverso, y que mata a un peatón (20), o bien el de aquél que, en su coche, autoriza a una persona carente de permiso de conducir a hacerlo en una carretera

* N. del T. Aquí será preciso emplear el término "faute" en el sentido de "culpa" en su significación estricta, en posición a "dolo" o intencionalidad.

* Se refiere aquí a la "culpa" consciente o con previsión.

(19) MEYER, loc. cit., p. 1110 ss.

(20) Sentencia de 4 de agosto de 1958 del Tribunal correccional de Locarn o *Bulletin de jurisprudence pénale*, 1959, p. 34, núm. 57. Hay, en este caso, homicidio por negligencia según el artículo 117 CP, en concurrencia con una obstaculización de la circulación pública en el sentido señalado por el artículo 237. El Tribunal entendió que la suspensión de condena debía ser negada al autor.

peligrosa a una velocidad de 80 ó 90 kilómetros por hora (21). Del mismo modo, un conductor que adelanta a unos niños debe ser extremadamente prudente; no debe esperar que los niños se comporten en todo caso como sería de esperar en los demás usuarios de la carretera, sin que, por otra parte, deba contar con un comportamiento completamente contrario a todas las reglas, vistas las instrucciones para la circulación enseñadas en nuestros días tanto en el hogar como en la escuela (22). El automovilista debe en todo caso reducir su velocidad cuando encuentra un grupo de niños, incluso acompañados, en la carretera y sobre todo en una carretera mojada, y tiene obligación de advertir claramente si no ha habido reacción alguna ante un previo y breve toque de bocina (23). Ha sido estimado también que el conductor que adelanta a un tranvía cerca de una parada, tiene el deber de circular con particular prudencia y de tener cuidado con los peatones, especialmente cuando uno de ellos va a atravesar o atraviesa la calzada (24). Por el contrario, el Tribunal federal ha reconocido que no podía castigar una negligencia punible con respecto a un conductor que, rodando a 60/70 kilómetros por hora en campo libre, sobre una carretera en recta con una anchura de cerca de seis metros y bien conservada, no ha señalado su presencia ni disminuido su velocidad al pasar ante la entrada de un jardín rodeado de setos elevados, y no ha podido evitar y ha herido a un niño que salía del jardín erguido sobre los pedales de su bicicleta sin tomar precauciones particulares. La situación no es en este caso la misma que aquella en que el automovilista ve los niños que se encuentran o se desplazan en o por la carretera o en su proximidad, o bien debe esperar a causa de especiales circunstancias, tales como las señales, la presencia de una escuela o un hospital, que exista la posibilidad de ver bruscamente aparecer niños o personas mayores susceptibles de ser atropelladas (25).

De un modo completamente general, el conductor deberá adaptar su velocidad y su comportamiento a las circunstancias, y muy parti-

(21) Sentencia del Tribunal cantonal del Valais, de 27 octubre 1947, *Bulletin jur. pénal*, 1948, p. 61, núm. 121. El autor fue reconocido como incurso en la pena del artículo 61, ap. 3 de la ley federal sobre la circulación, en concurrencia con la pena aplicable a las lesiones corporales por negligencia previstas por el artículo 125 CP.

(22) Berna, Tribunal penal I, sentencia de 7 de enero de 1943, *Bull. juris-prudence pén.* 1946, p. 3, núm. 4.

(23) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 23 de febrero de 1951, en la causa Leoni contra MP d'Argovie. Muerte de un niño, aplicación de los artículos 20, ap. 1 y 25, ap. 1 de la ley sobre la circulación en concurrencia con el artículo 117 CP; ATF 1951 (77), IV, p. 35.

(24) Tribunal federal I, sentencia de 9 de mayo de 1952 sobre recurso Zanardi contra MP del cantón de Zurich, ATF 1952 (78), IV, p. 119, ver *Bull. jur. pén.*, 1952, núm. 225, p. 214.

(25) Sentencia de 11 de junio de 1954 en la causa MP de Thurgovie c. Lucher, violación discutida de los artículos 25, ap. 1 y 20 de la ley sobre la circulación en relación con las lesiones corporales graves, en el sentido del artículo 122 y 125 CP ATF 1954 (80), IV, p. 131.

cularmente a la visibilidad y al estado de la carretera; será culpable de negligencia, por ejemplo, si rodando temprano en la mañana en la obscuridad y la niebla, con una temperatura ambiente que alcance el punto de congelación, no prevé la formación de escarcha o hielo y circulando a 50/60 kilómetros por hora patina, atropella y hiere a un ciclista (26).

En materia de *deportes*, para tomar otros ejemplos, un patinador, que sobre una pista muy frecuentada, avanza velozmente mirando hacia atrás a sus compañeros que le persiguen, y chocando de lleno con el pecho de otro patinador que se aprestaba a ejecutar un "ocho", lo hace caer y le rompe una pierna, comete una negligencia punible sin poder alegar unos riesgos deportivos que llevan consigo la impunidad; de igual modo, el esquiador que llegando de improviso sobre un grupo que era sin embargo visible desde lejos y hubiera podido rodar, hiere a otro esquiador creyendo poder detenerse antes de llegar a él ejecutando un "christiania" (a pesar del mal estado de la nieve); igualmente el remero que, privado de visibilidad sobre el trayecto que sigue, hiere con su embarcación a un nadador en las aguas abiertas al público en las que todo el mundo está autorizado a nadar, a pesar de que un club de remeros efectúe allí su entrenamiento, este hecho no supone en modo alguno que el emplazamiento esté reservado para ellos y prohibido para los bañistas a ciertas horas (27).

b) Por otra parte, y desde el punto de vista *subjetivo*, el juez deberá tener en cuenta las precauciones impuestas "por la *situación personal* del autor". Es aquí dónde reside esencialmente el centro o el mundo de la *faute* *, "der Kern der Schuld", como dice Schwander.

Para que haya "faute" del agente y punibilidad, hace falta que se tenga fundamento para reprochar al inculpado su imprevisión o su imprudencia, teniendo en cuenta todos los factores personales, es decir, su edad y su educación, su desarrollo mental y su grado de instrucción, su cultura y aptitudes, su situación social y su profesión, pero también su constitución y su complexión física, su salud, su fuerza, su sexo, etc. Hace falta, en una palabra, tener en cuenta "los componentes físicos e intelectuales permanentes del autor", junto a la situación ocasional, o a las deficiencias pasajeras (28).

Cuanto mayores son su inteligencia, su experiencia o sus facultades de reflexión, mayor prudencia, diligencia y atención se le po-

(26) Sentencia del T. de Casación federal de 1 de junio de 1956 en la causa MP. de Thurgovie conta Geier, ATF 1956 (82) ,IV, p. 107. Se podrían citar muchos otros casos todavía, tomados del problema de la circulación por carretera y señalados en el *Bull. juris. pén.*, ver p. ex. 1951, en el cual son particularmente numerosos, pp. 23 ss., 61 ss., etc.

(27) Sentencia de 4 de marzo de 1949 en la causa MP del cantón de Friburgo contra Vonlanthen, ATF 1949 (75), IV, p. 8, de 26 de febrero de 1954 en la causa Bucher contra MP del cantón de Obwald. ATF 1954 (IV, p. 49; sentencia del Tribunal cantonal de Zurich, de 24 de agosto de 1951, *Blätter f. zürcher Rechtsprechung*, 1951, p. 380.

* En el sentido de la "culpa".

(28) Ver MEYER, loc. cit., pp. 1115 s.

drán exigir. Se exigirá más a un adulto que a un niño, a un hombre instruido que a un ignorante o a un primitivo, a un profesional que a un lego o a un debutante. El Tribunal federal ha decidido, por ejemplo, que no se podía reconocer una *negligencia culpable* y punible a una campesina simple, inexperimentada y mentalmente primitiva, carente de toda idea de la profilaxis y de un peligro de infección posible, que ella ni siquiera podía representárselo, que había aplicado a su hija embarazada, de dieciocho años de edad, una inyección de agua de sosa y de jabón, provocando una infección que, para mayor desgracia, había degenerado en septicemia y provocado la muerte (29).

Ciertas situaciones personales *especiales* en las que el riesgo aumenta por el hecho de que la situación exigiría una atención o unas precauciones particulares, y en las que el inculpado ha faltado a su deber de vigilancia, obligan a sancionar *particularmente* su negligencia. Así, en el caso en que un aprendiz de conductor sin permiso y aprendiendo a conducir en compañía de una persona encargada de controlarlo o de instruirlo, pero que está en manifiesto estado de embriaguez, mata a alguien a consecuencia de una falsa maniobra de adelantamiento, no solamente es él el autor del accidente, sino también su acompañante, ebrio y obligado a vigilar su conducta, quién es culpable de homicidio por negligencia y de perturbación de la circulación pública (30). De igual manera, cuando el propietario o el director de una explotación agrícola viola su deber de control no vigilando a sus empleados quienes aguan la leche servida a una quesería, se hace culpable de poner en circulación por negligencia mercancías falsificadas en el sentido del artículo 154, apartado 2 Código penal (31). Una vigilancia particular se impondrá también al cazador que debe atenerse a las reglas establecidas para la protección de la caza: éste comete una negligencia culpable si antes de tirar no se asegura de que puede matar a una hembra de venado que amamanta o una pieza cuya caza está prohibida, por ejemplo, una cabra montés (32).

Está claro que una atención y una prudencia especiales deben observarse con mayor razón en las relaciones *profesionales* en que el riesgo es particularmente grande o peligroso, y las reglas y los usos son más exigentes, como es el caso particular de los médicos y los farmacéuticos (33), los guías de montaña (34), conductores de tran-

(29) Sentencia Deuber ya citada, ATF 1943 (69), IV, p. 232.

(30) Sentencia del Tribunal correccional de la Levantine (Tessin) de 17 de marzo de 1958, *Bull. jur. pén.*, 1959, p. 34, núm. 58.

(31) Sentencia del Tribunal cantonal de Soleure de 23 de septiembre de 1958, *Bull. jur. pén.*, 1959, p. 80, núm. 144.

(32) Sentencia del Tribunal cantonal de Grisons, de 5 de diciembre de 1946, *Bull. jur. pén.*, 1949, núm. 191, y sentencias de 24 de febrero de 1944 y 22 de enero de 1945, *Praxis KG Graubünden*.

(33) Ver los casos resueltos por el Tribunal Federal y publicados particularmente ATF 1938, II, p. 207, y 1940, II, p. 36.

(34) Ver Tribunal penal II del cantón de Berna, sentencia de 16 de diciembre de 1943, sancionando la responsabilidad del jefe de expedición en un

vías o de autobuses en una ciudad (35), el de un empleado del ferrocarril y en todos los casos en los que, además de las reglas generales de prudencia o de tráfico, *prescripciones* administrativas especiales acentúan el deber de un funcionario o de un empleado. Un empleado del ferrocarril está obligado especialmente, ha precisado la jurisprudencia, a hacer todo aquello que esté a su alcance para no dormirse o para hacerse despertar a tiempo, y en caso contrario es culpable de negligencia (36). Lo es también, por ejemplo, el que no se asegura de que las puertas exteriores de un vagón estén cerradas en el curso de una maniobra: es culpable del accidente y de las lesiones corporales que pueda sufrir una persona por su negligencia (37). Se podrían multiplicar estos ejemplos, extender los mismos principios de vigilancia y de precaución extremadas a todos los casos para los cuales han sido dictadas unas prescripciones administrativas o de policía, como por ejemplo, para la explotación de obras, de fábricas, de minas, de diques o de teleféricos, para la adopción de dispositivos de seguridad, especialmente en la instalación o en el empleo de redes eléctricas o ascensores (38), para la explotación de salas de espectáculo, teatro o cine, de fábricas de pólvora o de fuegos de artificio, etc. Es por lo cual que comete una negligencia punible el contratista que obliga a ejecutar un trabajo peligroso empleando mano de obra tal como la de internados cuyas capacidades ignora y no sabe si puede concederles su confianza, sin controlar si las prescripciones impuestas son seguidas, y también el empresario de trabajos mineros que no ha obtenido concesión oportuna, y no se preocupa de la cons-

caso de homicidio por negligencia. *Bull. jur. pén.*, 1945, p. 48, núm. 111, y la sentencia del Tribunal de Casación del Tribunal federal, de 1 de marzo de 1957, en la causa B contra MP del cantón de Glaris, examinando quién debe ser considerado como el guía de un grupo que emprende una ascensión o una excursión en esquíes en montaña sin contratar un guía profesional, cuáles son los deberes de un guía, y en qué circunstancias hay violación por negligencia de estos deberes en una excursión de alta montaña con paso de glaciares; ATF 1957 (83), IV, p. 9, y *Bull. jur. pén.*, 1957, p. 71, núm. 125.

(35) Tribunal cantonal de Zurich, sentencia de 7 de noviembre de 1958, *Bull. jur. pén.*, 1960, p. 115, núm. 183, y *Zurcher Rechtsprechung*, 1960, p. 153, núm. 63.

(36) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 25 de marzo de 1942, en la causa Dreyer c. MP del cantón de Argovie, ATF 1942 (68), p. 16 y *Jour. Trib.*, 1942, I, p. 372.

(37) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 18 de diciembre de 1953, en la causa PG del cantón de Berna c. Salzmann, ATF 1953 (79), IV, p. 165, *Jour. des Trib.*, 1954, p. 99, y *Bull. jur. pén.*, 1954, p. 55, núm. 121.

(38) Caso de un encargado de almacén que tocó al dispositivo de protección de un ascensor utilizado por un niño para jugar y que dio lugar a que se le aplastara la cabeza entre la puerta y la jaula; negligencia y relación de causalidad entre el acto y el resultado reconocidos; sentencias del Tribunal de Casación en la causa MP de Thurgovie c. Scheible, de 28 de noviembre de 1947, ATF 1947 (73), IV, p. 227. *Jour. Trib.*, 1948, IV, p. 53. Otro caso de homicidio por negligencia debido a la supresión de un dispositivo de seguridad (concurso entre los artículos 117 y 230 CP), sentencia de 5 de abril de 1950 en la causa Wetter c. MP del cantón de Zurich, ATF 1950 (76), IV, p. 76.

titudin geológica del terreno y se conforma con un personal de ocasión e incompetente (39).

Pero nos guardaremos bien de generalizar y de suponer una negligencia punible fijándonos solamente en el resultado. No daremos más que dos ejemplos particularmente notorios, tomados de la jurisprudencia zuriquense: Por una parte, el de un jefe de tramoya de un teatro, inspector de la escena, acusado por la caída, desde más de cinco metros de altura, de un cantante, en la maniobra de descender el suelo del escenario para representar un naufragio, en el momento del ensayo general del "*Hollandais volant*", de Wagner: su culpabilidad por negligencia no fue reconocida, por falta de una responsabilidad establecida por disposiciones claras fijando la actividad y las responsabilidades de cada uno de los colaboradores (40). Por otra parte, el caso de un dentista cuya paciente, hipersensible a la acción de un gas hilarante empleado para la anestesia, se había, en una perturbación de la conciencia, tirado desde el balcón y quedó gravemente herida: La negligencia inconsciente descansa, en efecto, se declaró en la sentencia, o bien en la falta de observación del deber de atención, o bien sobre una falsa apreciación de lo que ha sido probado, teniendo en cuenta las previsiones, o, en fin, sobre la omisión del acto que hubiera debido ejecutarse respondiendo a lo que haya sido probado; habiendo observado el inculpaado todas las prescripciones, no se puede estimar contra él negligencia punible (41).

No es necesario decir que habrá que tener en cuenta un error de apreciación posible sobre los hechos, puesto que según los términos del artículo 19 de nuestro Código penal el autor que ha obrado bajo la influencia de semejante error "será juzgado de acuerdo con tal apreciación si ésta le es favorable". Es, sin embargo, "punible por negligencia si la ley reprime su acto como delito de negligencia cuando hubiera podido evitar el error usando las precauciones requeridas". Si lo ha hecho y no hay nada que reprocharle, no es reprobable y no puede ser castigado, por falta de culpabilidad. Incluso en el caso de que se haya equivocado en sus previsiones, puede, en efecto, este error no ser "culpable" cuando el autor "puesto frente a un riesgo imprevisible e inopinado, debe hacerle frente sin disponer de un tiempo de reflexión y, entre varias medidas posibles para evitarlo —por ejemplo, en el caso de un conductor puesto de repente frente a un usuario de la carretera que circula de una manera irregular por la izquierda, o en dirección prohibida—, no elige el modo más eficaz. No hay *faute* más que si, teniendo en cuenta la urgencia de la situación, la decisión tomada por el autor se manifiesta como defectuosa a primera

(39) Sentencias del Tribunal cantonal de Grisons, de 14 de mayo de 1943, *Praxis* KG Graubünden, y del Tribunal de Casación del cantón de Friburgo, de 17 de abril de 1944, *Bull. jur. pén.*, 1944, núm. 72.

(40) Sentencia del Tribunal cantonal de Zurich, de 12 de noviembre de 1944, *Zürcher Rechtsprechung*, 1955, p. 260, núm. 133.

(41) Sentencia del Tribunal 1 de distrito de Zurich, de 11 de noviembre de 1954, *Bull. jur. Pén.*, 7956, p. 2, núm. 2.

vista". Incluso si la maniobra no era, tras de reflexionar retrospectivamente, la mejor, es menester colocarse *en el momento* del peligro imprevisible o del error de hecho o de apreciación cometido, y este error y el comportamiento consecutivo no pueden serle reprochados en la medida en que pudieron, en el momento, aparecersele como razonables (42).

No es necesario decir tampoco, y es por lo que no insistimos sobre este punto, que debe existir, para que pueda castigarse, relación de causa a efecto necesaria y suficiente —en Suiza se admite el sistema de la *causalidad llamada adecuada*— entre el acto o la omisión, o sea la negligencia o la imprudencia que se puedan reprochar al autor, y las consecuencias dañosas que son objeto del proceso (43). El Tribunal federal ha precisado, especialmente en el caso de atentado por imprudencia a la seguridad de las vías férreas, que la relación de causa a efecto exigida por la ley existe cuando el hecho imputado al autor ha sido una causa necesaria, incluso sin ser la causa única o inmediata del resultado considerado, y cuando, según el curso normal de las cosas, era apropiado para ocasionar el resultado. No es decisivo el que los actos o las omisiones de terceros hayan contribuido también a él (44).

3. Cuando haya habido *violación de una regla* profesional, de una prescripción administrativa, de una disposición o de un reglamento, y un resultado delictivo se haya producido, tal como la muerte o una lesión corporal, un incendio, una explosión o un daño a la propiedad, se podrá en la mayor parte de los casos deducir que hay negligencia o imprudencia culpables del acusado, puesto que su acto es visiblemente "contrario al derecho". Pero esto no *resulta naturalmente* y no es en absoluto automático, tal como el autor del proyecto del Código penal suizo lo había hecho notar en su primer anteproyecto oponiéndose a la solución francesa (art. 319 C. p.) admitida principalmente por el código cantonal de Berna (art. 273). Del mismo modo que el autor puede hacerse culpable de homicidio o de lesión por negligencia incluso en el caso en que no haya violado una regla expresa, en especial en materia de circulación (45), puede ocurrir inversamente que

(42) MEYER, *Informe suizo en Lisboa*, loc. cit., p. 1114. Sobre el *error de hecho* y su importancia, ver, además de los Comentarios al artículo 19 CP, la tesis citada de BORCHERDJNG, *Schuld und Irrtum im schweizerischen und deutschen Strafrecht*, 1941.

(43) Ver especialmente, en doctrina: GULDIMANN, "Zur Lehre der strafrechtlich bedeutsamen ffausalität", *Rev. pén. suisse*, 1945 (59), p. 108, y, en el dominio particular de la circulación, GAUTSCHI, "Viderrechtlichkeit, Versthulden und Kausalzusammenhang bei Motorfahrzeug- und Fahrrad-Vergehen vom straf- und zivilrechtlichen Standpunkt ausbe trachtet". *Scheveizer, Jurister-Zeitung*, 1940-1941 (37), p. 343.

(44) Ver, en particular, la sentencia de principio de 25 de marzo de 1942 en la causa Dreyer c. MP de Argovie, ATF 1942 (68), p. 16; ver las sentencias ulteriores de 8 de junio y 29 de junio de 1951, ATF 77, IV, pp. 184 y 178.

(45) Ver el caso de negligencia culpable del chófer que permite imprudentemente a dos personas permanecer durante varios kilómetros sobre el estribo

la violación de un reglamento, no sea asimilable *ipso facto* a la negligencia o a la imprudencia “culpable” en el sentido del Derecho penal y deba ser sancionada penalmente, desde el momento en que el Derecho penal no admite, como ocurre en el código suizo, la infracción *formal* —aunque se trate de una simple contravención— por la sola inobservancia de una disposición legal prohibitiva o imperativa, sino que exige en todos los casos que una *faute**, en el sentido que la hemos analizado, haya tenido lugar y sea *establecida*. Porque aun en tal caso no hay negligencia culpable y punible si verdaderamente el autor ha tomado todas las precauciones exigidas desde el punto de vista humano para evitar el resultado; a veces, incluso, la prudencia exigirá el obrar contrariamente a las prescripciones reglamentarias, por ejemplo, el cruzar o adelantar en sentido contrario a las ordenanzas, para evitar consecuencias más graves.

Por otra parte, el juez en fin, al apreciar la *faute*, tendrá en cuenta el margen de *peligro especial* que presentan *normalmente* ciertas situaciones y obligaciones profesionales, sean terapéuticas, científicas, deportivas, o de otra clase, tales como las del cirujano, del corredor automovilista o del piloto de ensayo, y en el día de hoy del cosmonauta, que el derecho admite porque la utilidad social está por encima del riesgo que ellas implican. Pero, aun en tal caso, una actitud *imprudente* o *peligrosa* es contraria al derecho; el deber de la prudencia no persiste menos en ellas y debe ser respetado en la proporción misma del riesgo superior. “El médico no puede retroceder ante una intervención audaz o el ingeniero ante una construcción atrevida. No cometen “falta” obrando de tal suerte. Pero... por ello se encuentran mucho más obligados a tomar todas las medidas apropiadas a evitar todos los peligros que afrontan. Del mismo modo que los jefes militares cuando se ven obligados a ordenar unos ejercicios peligrosos, deben (46) velar, en virtud medio de las oportunas precauciones, por la reducción, en la medida de lo posible, del margen de riesgo al cual no pueden sustraer a sus subordinados” (47).

§ 2. La sanción de la “faute” y la fijación de la pena

1. El juez *abreiciará por consecuencia obligatoriamente la “faute”* (“culpa”), en cada caso, de acuerdo con los criterios indicados, es decir, teniendo en cuenta la situación personal del autor y las circunstancias más o menos peligrosas en las cuales éste se encontraba. No

de un tractor agrícola, ATF 78, IV, p. 73, *Journ. Trib.*, 1952, IV, p. 160, *Bull. Jur. pénd.*, 1952, p. 41, núm. 99, y p. 71, núm. 146.

* Aquí aparece claramente la necesidad de la “culpa”.

(46) Las disposiciones del Código penal militar suizo de 13 de junio de 1927 sobre la intención, la negligencia y el error de hecho o de derecho (art. 15 a 17), han sido puestas en armonía con las del Código penal ordinario de 1937 (art. 18 a 20) por la ley de 12 de junio de 1941 y son actualmente idénticas.

(47) MEYER, ob. cit., p. 1114.

admitirá la negligencia más que cuando subjetivamente el agente hubiera podido y debido prever y evitar el mal que hubiera causado sin desearlo y cuando, objetivamente, no hubiese obrado con la prudencia y atención exigida por la situación. Si se ha ajustado a estas condiciones —y el juez se hará informar por peritos calificados cada vez que la situación, o la actitud del agente, o el carácter peligroso, son dudosos o discutibles— el autor no incurre en la sanción de derecho represivo, pero puede naturalmente estar obligado a la reparación civil. El derecho represivo no puede exigir ir más allá porque estima, como el buen sentido popular, “que nadie está obligado a hacer aquello que es imposible”.

Porque entonces se cae en el *caso fortuito* o en el “accidente casual”, o sea, en lo imprevisible, donde el resultado ha llegado sin que pueda imputarse falta alguna al autor. El límite puede ser difícil de trazar aquí en ciertos casos, como lo es en la forma superior de la negligencia consciente en relación con el dolo eventual: no hay más que evocar la colisión quizá fatal que puede ocurrir en la niebla o sobre la escarcha o el hielo, sin culpa por ninguna de las partes. Será una cuestión a resolver en cada caso particular cada vez por el juez a la vista de las condiciones personales y de hecho. Se quisiera que hubiese siempre no solamente la prudencia, la sabiduría y la experiencia, sino además *la formación del espíritu y la psicología* necesarias para haberlo, porque nos preocupamos todavía bien poco en nuestros días de las cualidades criminológicas y psicológicas que debiera tener el magistrado penal, y que serían tan deseables —por no decir indispensables— entre otros dominios, en el de la apreciación de la negligencia o de la imprudencia que descansan tan estrechamente sobre “datos subjetivos”, y suponiendo el conocimiento del hombre, el de su personalidad, el de sus móviles, y el de sus reflejos de acción, de juicio y de previsión.

Sea lo que fuere de este postulado y cualquiera que sea su importancia, cuando, habiendo sido realizada la obra según los métodos y garantías del procedimiento, el autor se supone cubierto, en cuanto a las exigencias “subjetivas” porque no había posibilidad de prever lo que ha ocurrido y en cuanto a las exigencias “objetivas”, porque ha prestado la atención y tomado las precauciones que podía esperarse de él en razón de las circunstancias, no hay, por tanto, “culpabilidad”, y, por consiguiente, según el Código penal suizo (de modo distinto a lo que ocurre en la legislación especial o complementaria que haya conservado el sistema “objetivo” antiguo y que no contenga disposición expresa contraria, de acuerdo con el art. 333 del Código penal) (48) *no hay infracción punible* ni sanción penal.

Por el contrario, si tal no es el caso y no se reconoce que estas exigencias han sido observadas, el juez examinará si el acto inculcado es punible en caso de negligencia, o solamente de comisión intencional,

(48) Hablaremos más adelante de esta disposición esencial del artículo 333 CP y del dualismo embarazoso, y a veces chocante, que ella implica.

puesto que la negligencia no es punible más que en los casos en que la ley lo *prevé expresamente*, en lo que concierne al Código penal suizo, o sea:

— En caso de homicidio o de lesiones corporales o de atentados contra la salud (art. 117 y 125).

— En caso de incendio y de puesta en peligro de la seguridad pública por explosión, inundación, daño en las instalaciones eléctricas e hidráulicas y en las obras de protección contra los aludes y las avalanchas; o de violación de las reglas del arte de la construcción, supresión, deterioro u omisión de aparatos protectores para prevenir los accidentes en las fábricas y en las explotaciones, o los accidentes de máquinas en general (art. 222 y 225 a 230).

— E igualmente en los casos de puesta en peligro de la salud pública por la propagación de enfermedades peligrosas, de epizootias y de parásitos peligrosos para el cultivo agrícola o forestal, de contaminación del agua potable y de alteraciones de los piensos (artículo 231 a 236).

— Finalmente, en casos de puesta en peligro de las comunicaciones públicas por tierra, agua o aire, y de obstáculo al servicio del ferrocarril y al interés general de los transportes, correos, teléfonos y telégrafos, instalaciones o establecimientos al servicio de la distribución pública de agua, de luz, de energía o de calor (art. 237 a 239).

2. En cuanto a la *fijación de la pena*, el sistema fundamental del derecho suizo quiere que se insista teórica y prácticamente sobre los puntos siguientes:

a) Se recordará que la *culpabilidad* es el fundamento mismo de la fijación de la pena según el artículo 63 del Código penal suizo, y que esta disposición ordena al Juez hacerlo “de acuerdo con la culpabilidad del delincuente, teniendo en cuenta los móviles, los antecedentes, y la situación personal de este último”. Es por tanto evidente que los factores personales previstos en el artículo 18 sobre la negligencia, “que están referidos a los rasgos esenciales y permanentes del carácter del autor o que sean de naturaleza circunstancial”, constituyen uno de los elementos de medida para la pena, al lado de los móviles y de los antecedentes, expresamente previstos en el artículo 63. “Esto quiere decir que la *situación personal* del delincuente interviene en la decisión del juez bajo un doble punto de vista: en el examen de la *faute* no intencionada y en la determinación de la pena, donde el concepto de la “culpabilidad” es más amplio y más general que el de la *faute* del artículo 18. y permitirá entonces tomar en consideración también los *componentes morales* de la personalidad del autor, de los cuales se ha hecho abstracción al juzgar sobre la existencia de una negligencia en sí. En otros términos, la medida de la pena no dependerá solamente de la gravedad de la negligencia, sino de toda la personalidad del autor (49).

Y cuando hablamos de la gravedad de la negligencia y de la *faute*

como medida de la represión, esto significa que el juez no calculará sobre el *resultado y su gravedad* en tanto que tales, sino solamente en la medida en que este resultado y su gravedad eran previsibles o hubieran debido ser previstos y están implicados por ello en la gravedad de la *faute* subjetiva cometida. Porque cuando la amplitud del daño corresponde a un riesgo particularmente grave, el autor estaba obligado a observar unas precauciones particulares y su omisión aumenta su culpabilidad. Todo nuestro sistema confirma que no es en sí el resultado material lo que es decisivo, puesto que, por ejemplo, las penas previstas para el homicidio por negligencia (art. 117), son, en el cuadro legal, las mismas que las previstas para las lesiones corporales por negligencia (art. 125), es decir, la prisión o la multa en sus límites ordinarios, sin precisión de un mínimo o de un máximo necesariamente más elevado en el caso del resultado más grave, es decir, del homicidio. Igualmente, para tomar el ejemplo de la nueva ley de 19 diciembre 1958 sobre la circulación por carretera, que es la más importante en materia de delitos cometidos por negligencia, la pena prevista para el automovilista "culpable" * y que haya creado un riesgo para la vida o la integridad corporal de tercero es la prisión o la multa, aun cuando considerada la "faute", no haya ilegado a causar ningún daño (art. 90). Si por otra parte, aun en el dominio de la tentativa, o sea, en los grados de realización material de la infracción (art. 21 a 23 C. p.), nuestros legisladores han previsto simplemente la *facultad*, y no la obligación para el juez, de proceder a una atenuación de la pena con relación a aquella del delito consumado, esto significa claramente que el legislador suizo se ha separado en principio del sistema de la "determinación objetiva" de la pena según el resultado; y si numerosos jueces, en la práctica, tienen todavía en cuenta la importancia del daño en sí para la fijación de la pena, es sencillamente por tradición, y porque sin duda no han asimilado perfectamente el nuevo sistema del Código de 1937.

b) *Prácticamente*, puesto que el juez *debe* fijar la pena teniendo en cuenta toda la *personalidad del autor*, los móviles a que ha obedecido y su situación, está claro que en las infracciones involuntarias el juez va a dedicar una atención particular al *lazo psicológico* que exista entre la personalidad del autor y la *faute* que haya cometido.

Es por lo que la doctrina criminológica (jurídica, médica, sociológica) ha buscado las posibilidades en definición de ciertos *tipos* de delinquentes involuntarios distribuyéndolos en categorías determinadas, desde luego aproximadas y sometidas a la posibilidad de *interferencias múltiples*, no hay necesidad de decirlo (50). Algunas de estas infracciones son debidas al déficit de sentido moral o altruista del

* N. del T. Traducimos aquí, por considerar es la más correcta, la palabra "fautif" por "culpable", con referencia a la culpabilidad "culposa", o por negligencia.

(50) Sobre este sistema, ver el estudio del profesor FREY, citado más abajo, en cuanto a la "Reobjektivierung des Strafrechts", ad. V, "Die wichtigen Tätertypen", pp. 27 ss.

autor (automovilista o empresario, por ejemplo), cuyo comportamiento revela un carácter antisocial, un egoísmo o una falta de delicadeza fundamental, anormal, hacia los intereses de los demás; otras son debidas, más generalmente, a la ineptitud, ordinaria o profesional, física o mental, a la torpeza o a la incapacidad; otras, finalmente, resultan de desfallecimientos o de perturbaciones ocasionales, tales como la fatiga, el cansancio, la preocupación de espíritu o la distracción, por parte de delincuentes quienes ordinariamente no caerían en semejante falta de previsión o de atención. Es evidente que las distintas categorías no representan el mismo peligro social y que no puede, por lo tanto, referirse a unos esquemas de clasificación más o menos estereotipados. Es, en consecuencia, justamente, “escrutando los resortes profundos que han llevado al delincuente involuntario a perturbar el orden social, mucho más que sopesando la gravedad objetiva de la *faute* cometida y buscando cuál es su género y su naturaleza, como será posible el determinar juiciosamente la pena a aplicar en cada caso” (51).

Además, como lo ha hecho observar el informe suizo al congreso de Lisboa, es necesario que el juez no olvide, al fijar la pena, la intensidad con que ésta será sentida por el recurrente, y la desconsideración más o menos grande y duradera que pueda arrastrar para él. El público es, en efecto, indulgente hacia las *fautes* no profesionales, hacia aquellas que cada uno puede cometer y que comete con frecuencia él mismo, pero no olvida y casi no perdona —y los medios profesionales todavía menos— una condena por una *faute* profesional. “Mientras el automovilista sale con la cabeza erguida de la sala de audiencias, tras haber sido reconocido culpable de homicidio por negligencia, es con el sentimiento de un atentado definitivo y a su honor profesional, como el empleado de ferrocarriles acoge la sanción que se le aplica por la avería de un vagón de mercancías debida a un error de manejo de las agujas”; y el elemento condenatorio y de desconsideración aumentan con las exigencias profesionales y la situación social, “el médico, el farmacéutico, el ingeniero, cuya *faute* profesional se reconoce en un juicio penal, sufren un golpe difícilmente reparable en su reputación”, y por ello un perjuicio moral y financiero que sobrepasan con mucho la pena propiamente dicha. Por

(51) MEYER resumen estos elementos, pp. 1119 ss. Hay, naturalmente, que estudiar las actas del congreso, coloquios y cursos especializados organizados sobre los problemas de los delitos por negligencia, modo de prevenirlos y su sanción, tales como el 1.º Congreso Internacional sobre la *Prevención*, organizado en Milán por la Sociedad Internacional de Defensa Social en 1956 (ver *niformes y proposiciones de síntesis*, GRAVEN, *Rev. int. de criminologie et de police technique*, 1956, núm. 2, pp. 137 ss., IV Congreso Internacional de Defensa Social), o más particularmente sobre los problemas de delitos de circulación y, ante todo, los cursos especiales organizados por la Sociedad Internacional de criminología (Bruselas y Viena), los estudios y debates de la Organización Internacional de policía criminal y de la Federación Internacional de los funcionarios superiores de policía, etc., sobre los cuales no ha lugar a ocuparse en este trabajo.

ello, los jueces deben “no solamente mostrarse circunspectos en la afirmación de una *faute*, sino igualmente tener en cuenta, al fijar la pena, las consecuencias que pueden seguirla”.

§ 3. *La naturaleza y la aplicación de la sanción*

En cuanto a la *pena*, el Código penal suizo califica como “crímenes” las infracciones penadas con reclusión como sanción más grave”, “delitos”, las infracciones penadas con prisión como sanción más grave, conjuntamente con la multa casi siempre prevista (art. 9), y “contravenciones” las infracciones penadas con detención o multa, o solamente con multa (art. 101). La reclusión, pena calificada como deshonorante puesto que arrastra obligatoriamente la privación de los derechos civiles por un tiempo de dos a diez años (art. 52 C. p.), no ha sido jamás prevista para las infracciones por negligencia. Para todas las que prevé el Código penal y que hemos enumerado, la pena legal principal (hablaremos más adelante de las penas accesorias) es regularmente “el arresto o la multa”, sin fijación especial de su cuantía. El juez tiene, por consecuencia, la posibilidad, en virtud de las disposiciones generales que rigen estas penas, de fijar, según la culpabilidad, una multa que, normalmente y salvo disposición contraria expresa de la ley, puede alcanzar hasta 20.000 francos suizos como máximo, aparte del caso de las contravenciones en sentido estricto (art. 48, p. 1), o un arresto que puede alcanzar de tres días a tres años como máximo (art. 36, ap. 1); quedando en libertad de acumular el arresto y la multa alternativamente previstos, si las circunstancias y la gravedad de la falta (especialmente en los casos de desprecio absoluto de la seguridad o los intereses de tercero), se lo hacen apreciar como indicado (art. 50, pár. 2).

a) La prisión se cumple en un establecimiento o sección de establecimiento penal afectado a este destino, sin mezcla posible con los reclusos, bajo el régimen progresivo habitual, con posibilidad de liberación condicional una vez cumplidos los dos tercios de la pena (más de tres meses por lo menos), si el detenido se ha conducido bien en el establecimiento, si ha lugar a prever que se conducirá bien también en libertad, y si, por otra parte ha reparado, en la medida en que podía esperarse de él, vistas las circunstancias y su situación personal, el daño fijado judicialmente o de acuerdo con el perjudicado (arts. 36 y 38 CP). No conocemos más formas particulares de la pena privativa de libertad que se aproximen a la simple detención o a la “custodia honesta”, que se practicaban anteriormente en los cantones de Neuchâtel y de Tessin (52). Pero la prisión no puede llevar consigo la privación de los derechos civiles —por su duración de uno a cinco

(52) Ver especialmente, aparte de los Comentarios al Código penal y los trabajos preparatorios sobre las penas privativas de libertad, nuestro estudio sobre “El sistema penitenciario suizo”, aparecido en la publicación de conjunto *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*, vol. I, Sirey, 1950, especialmente pp. 349 ss.

años como máximo— más que en caso de que la infracción cometida “denote en su autor la bajeza de carácter” (art. 52, ap. 2), lo que será más bien raro en los delitos de negligencia y no se presentará apenas más que en casos de infracciones que comprometan las comunicaciones, la salud o la seguridad públicas y cometidas, por ejemplo, con reincidencia o con falta de cuidado (embriaguez repetida al volante) o una avaricia verdaderamente chocantes. No hemos llegado en Suiza todavía a la idea de la “semidetención” o a los “arrestos fin de semana”, sufridos en establecimientos distintos, o a la segregación de los “delinquentes de la circulación” en sí, establecido de forma que no se confundan con los verdaderos criminales (53).

En cuanto a la *multa*, que será la pena ordinaria que corresponda a las infracciones por negligencia o imprudencia, ya sabemos con qué cuidado su fijación, su cobro y su individualización han sido regulados en el Código penal suizo, a fin de permitir que pueda adaptarse a cada caso particular y ser más eficaz (54). El Código dispone, y se trata de una regla imperativa, que “el juez fijará el importe de la multa con arreglo a la situación del condenado, de manera que el perjuicio que éste sufra constituya una pena correspondiente a su culpabilidad”. Y, “para apreciar la situación del condenado, el juez tendrá en cuenta especialmente los elementos siguientes (el juez puede también tomar otros en consideración): renta y capital, estado civil y cargas de familia, profesión y ganancias profesionales, edad y estado de salud” (art. 48, ap. 2). Además, el conceder plazos para el pago, que pueden ser prorrogados por el juez en caso de necesidad, la posibilidad de pagar por ingresos parciales, e incluso por medio de una prestación de trabajo (por cuenta especialmente del Estado o de una municipalidad), en el caso de falta de recursos, aseguran unas facilidades inestimables para condenado que las merezca. Porque no se ha querido convertir automáticamente la falta de pago en pena privativa de libertad, en perjuicio del condenado más desprovisto de medios, que puede ser, sin embargo, el que tenga más merecimientos, y el que, precisamente, tenga más necesidad de continuar su vida profesional y de no ser privado de sus ingresos. También puede el juez “excluir la conversión cuando el condenado le haya aportado la prueba de que, contra su voluntad, se encuentra ante la imposibilidad de pagar la multa”, la cual tampoco será exigida por vía de apremio más que en el caso de que “se pueda esperar un resultado positivo” (art. 49 CP).

(53) Hemos hablado de la experiencia hecha (en aplicación de una circular del Ministerio de Justicia de 15 de marzo de 1963) en Bélgica, en nuestra exposición “La revisión des concepts sur les courtes peines privatives de liberté”, *Revue pén. suisse*, 1963, p. 426, y Nota 5, p. 433, remitiéndonos especialmente al artículo de Mr. Paul CORNIL, en la *Rev. de Droit pén. et de crim.*, Bruselas, abril 1963, núm. 7, p. 607.

(54) Consultar también, además de los Comentarios del Código sobre la pena pecuniaria, especialmente: ALÍ HASSAN, *L'amende pénale dans les droits modernes et spécialement dans le Code pénal suisse*, tesis, Ginebra, 1958, con las referencias bibliográficas.

b) Este sistema, altamente humano y razonable, se hace todavía más flexible con la aplicación de la *suspensión de la ejecución de la pena*: Es posible concederla para la prisión cuando ésta no sea mayor de un año, lo que es muy frecuente en los delitos de negligencia, a condición de que el autor no haya sufrido una pena privativa de libertad por crimen o delito intencional, en Suiza o en el extranjero, durante los cinco años que hayan precedido a la infracción. Pero también, y sobre todo, "si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida es capaz de evitar el que cometa nuevas infracciones y si, en la medida en que pueda esperarse de él, ha reparado el daño fijado judicialmente o por acuerdo con el ofendido" (art. 41, pár. 1), dando así una prueba de su voluntad de reparar y de enmendarse. Estas condiciones personales y *subjetivas* serán importantes y, en último análisis, decisivas para que se conceda o se rehuse la suspensión con conocimiento de causa a fin de que conserve sus efectos benefactores. No hay, por tanto, en Suiza, una "*suspensión de favor*" o una suspensión casi automática para la primera condena, lo que puede ser muy práctico con respecto a ciertas personas, contratistas, jefes de empresa y automovilistas especialmente, cuya negligencia o imprudencia particularmente grave e incluso cínica, y el resultado muy grave que pueda ocasionar según las circunstancias (verdaderas catástrofes o múltiples casos de muerte), justifiquen ciertamente la ejecución de una sanción sin debilidades (55).

Por el contrario, la suspensión no es posible para la *multa* en nuestro derecho (art. 41, pár. 1, ap. 1), salvo en el caso en que el condenado no hubiese pagado a pesar de las facilidades dadas, en cuyo caso se convertiría en arresto (art. 49, núm. 3). o sea, en la pena inferior de privación de libertad que alcanza de un día a tres meses como máximo (art. 39, núm. 1). Se ha considerado, en efecto, la suspensión como una medida propia para evitar las penas cortas de privación de libertad y sus nefastos efectos, cuando esta cuestión fue discutida y generalizada en Suiza, donde ciertos cantones solamente la conocían, y no como un medio eficaz para la readaptación social del condenado de buena voluntad, como es más lógico y más frecuente considerarla en el día de hoy. Lo que se puede lamentar desde el punto de vista de la política criminal resueltamente educativa y social.

Se ha planteado un problema en materia de delitos por negligencia en los casos, tan frecuentes, de los accidentes de la circulación precisamente, a propósito de la *negación de suspensión* por motivos de *prevención general* y de ejemplaridad, fuera de las condiciones personales estrictas de concesión que habían sido previstas por el le-

(55) Sobre el problema, las condiciones y el sentido del *sursis* en Suiza, ver al lado de los comentarios del artículo 41, especialmente BERGER, *Le système de probation anglais et le sursis continental*, tesis, Ginebra, 1953 para Suiza, II parte, pp. 145 ss., así como GRAVEN, "Le système suisse du sursis conditionnel", Ginebra, 1952, y "Le sens du sursis conditionnel et son développement", *Rév. pen. suisse* (Mélanges Thormann), 1954, pp. 261 ss.

gislador. Esto, en verdad, representa el añadir nuevas condiciones materiales a aquellas que han sido establecidas por la ley y modificar ésta, lo que el juez no tiene poderes para hacer. Sin embargo, ha precisado a continuación el Tribunal federal, cuando la denegación puede justificarse por unos motivos sacados de antecedentes, de la mentalidad y del carácter del delincuente, en particular de su carencia de escrúpulos y de su desprecio a la vida y a la seguridad de los demás, no está prohibido el reforzarlos también por medio de consideraciones deducidas del efecto preventivo de la pena y de poner de manifiesto, por ejemplo, que, vista la frecuencia de la infracción particularmente peligrosa para la colectividad, se justifica el examinar con una severidad mayor las perspectivas de enmienda del condenado. La decisión no puede fundarse únicamente, o principalmente, en razones de este género, pero éstas no están absolutamente excluidas, su importancia accesoria puede ser también grande y legítima para la denegación de la suspensión. En los casos graves de ausencia de escrúpulos, o en los de reincidencia, en los que se puede dudar seriamente de que la concesión de la suspensión tendría por efecto el corregir al delincuente, la denegación es no solamente posible, sino necesaria y conforme a la intención del legislador (56).

Una conducta gravemente ligera, peligrosa y culpable no merece, en efecto, ninguna indulgencia, y, por otra parte, las *circunstancias agravantes* generales de la reincidencia y del concurso (no solamente material, sino ideal, especialmente en las disposiciones de la legislación especial sobre la circulación por carretera, la seguridad de los ferrocarriles, el ejercicio de la profesión médica, las reglas administrativas y técnicas impuestas a ciertas empresas, etc.) deben ser, naturalmente, tomadas en consideración para la fijación agravada de la pena en la medida prevista por el Código (arts. 67 y 68), aun en el caso de la negligencia.

c) Está claro, en cambio, que el juez, para fijar la pena, tendrá equitativamente en cuenta las *circunstancias atenuantes* que pudieran existir. Estas circunstancias, en el sistema suizo, no son las circunstancias indeterminadas, llamadas también "morales" o "judiciales"; dejadas a la discreción del juez, y por ello, quiérase o no, a la deci-

(56) Ver la sentencia de principio del Tribunal federal, de 11 de julio de 1942, en la causa Tornare, ATF, 1942 (68), IV, p. 76, cons. 3, y, seguidamente, las diferentes sentencias confirmando la justificación de denegación a unos conductores de vehículos automóviles causantes de graves accidentes por negligencia y carencia de escrúpulos, ATF, 1947 (73), IV, p. 115; 1948 (74), IV, p. 135 y 195 (*Journ. Trib.*, 1948, pp. 162 y 1949, p. 53); 1950 (76), p. 73) y, para la aplicación por los Tribunales cantonales, especialmente los de Vaud, Berna, Friburgo, *Bull. jur. pén.*, 1950, p. 4, núm. 16, 1951, p. 34, núm. 94, y p. 35, núm. 97, etc. Ver GRAVEN, "Le système suisse du sursis", ob. cit., p. 57. Ver especialmente a este respecto a HAUETER, *Der bedingte Strafvollzug bei Motorfahrzeugdelikten*, tesis, Zurich, 1948, y, sobre las relaciones entre la violación de las reglas de la circulación y la negligencia penal punible; LATSCH, "Verkehrsvorschriften und strafrechtliche Fahrlässigkeit", *Schweizer. Juristen-Zeitung*, 1937-1938 (34), p. 353.

sión arbitraria; están fijadas por el propio legislador, es decir, son "legales", y es únicamente su apreciación y su aplicación en tal caso particular lo que queda en manos del poder judicial, desde luego, muy grande. Se tratará con más frecuencia, en tal dominio, de las circunstancias que reconoce el legislador cuando el culpable "hubiese manifestado por medio de actos un sincero arrepentimiento, especialmente cuando espontáneamente hubiese reparado el daño en la medida que hubiese podido esperarse de él"; o aún, "cuando hubiera transcurrido después de la infracción un tiempo relativamente grande y que el delincuente se hubiera conducido bien durante ese lapso" (art. 64), demostrando así un grado de peligro, o de perversidad, o de riesgo de reincidencia menor que justifica la atenuación de la pena dentro del margen autorizado por la ley (atenuación llamada simple, del artículo 65 CP). Las razones para disminuir el límite ordinario de la pena son justas, y socialmente beneficiosas, en tal caso: "El magistrado las encontrará con mayor frecuencia en los móviles del acto y en las circunstancias que lo han provocado; a veces también en la manera de obrar del delincuente, una vez cometida la infracción: porque un arrepentimiento sincero y activo prueba cuan poco respondía el delito a la personalidad verdadera de su autor, puesto que éste se rebela por sí mismo contra su obra" y quiere repararla; "se debe interpretar de la misma manera el hecho de que haya pasado largo tiempo después de la infracción sin que haya habido recaída", y este hecho adquirirá tanta más importancia cuanto que la ausencia de reincidencia haya sido de mayor duración y que la necesidad de represión se haya ido debilitando (57).

2. Al lado de la pena ordinaria, unas penas *accesorias* y unas *medidas* preventivas y tutelares pueden ser tomadas en consideración. Estas juegan un papel relativamente importante en materia de delitos por negligencia o imprudencia (58).

Estas sanciones accesorias y estas medidas pueden ser establecidas igualmente por el derecho federal como por el derecho cantonal (en lo que concierne particularmente a las leyes cantonales sobre cuestiones facultativas médicas y parafacultativas, profesionales y de policía, la vigilancia, las autorizaciones previas para ejercer una actividad, para construir, para explotar ciertos establecimientos, etc.). En cuanto al derecho federal, puede tratarse de las que prevé el Código penal, o de las que prevén las leyes federales especiales o complementarias.

En cuanto a las penas accesorias del *Código penal*, nos vamos a

(57) Así, ZURCHER, "Exposé des motifs de l'Avant-projet de 1908", p. 101.

(58) Sobre el espíritu, la aplicación y los límites de las diferentes penas accesorias y medidas que nosotros mantenemos, ver, para la génesis de los proyectos y de la ley actual, ZURCHER, "Exposé des motifs d'avril 1908", pp. 92 ss. y 97. Consultar los "Comentarios du Code sur les art. 51 ss. et 61 CP, así que, entre otros estudios generales, GRAVEN, *les peines et les mesures du droit pénal suisse*, Cedam, Padoue, 1952, tirado aparte, pp. 28 y 43.

limitar a indicar aquí las que más frecuente y útilmente pueden encontrar su aplicación en este dominio:

a) cuando una infracción grave (crimen o delito) ha sido cometida en el ejercicio, subordinado a una autorización oficial, *de una profesión, de una industria o de un comercio* (como la que se exige para el caso de los médicos, farmacéuticos y comadronas, los agentes comerciales, contratistas, propietarios de establecimientos de bebidas o de cines, etc.), y cuando esta infracción ha supuesto, incluso por negligencia, una pena privativa de libertad superior a tres meses, el juez podrá *prohibir* el ejercicio temporal, por una duración de seis meses a cinco años. “si ha lugar a temer nuevos abusos” (art. 54 CP). Se parte, en efecto, de la idea de que el Estado, al conceder una autorización, una concesión o una patente oficial, compromete en cierto modo al público a conceder su confianza al que es titular de ella, y debe, por consiguiente, velar para que no se abuse de tal privilegio y para que el público esté efectivamente protegido. El juez determina la duración de la prohibición de ejercitarlo, en cada caso, según la necesidad de protección particular. La prohibición está amparada por una sanción, en el sentido de que su violación constituye una contravención punible con pena de arresto o multa (art. 294 CP). Para permitir que este principio sea útil socialmente, suprimiendo aquello que pudiera ser demasiado perjudicial para el que se encuentra sometido a él y al que se podría colocar, a consecuencia del abandono de su actividad profesional y de sus posibilidades de trabajo, en una situación demasiado difícil, pudiendo llegar a impedir su reintegración al trabajo o incluso impulsarle a otras infracciones, unas disposiciones matizadas permitirán, por ejemplo, el suspender, por vía de ensayo, la prohibición del ejercicio profesional pronunciada, en el caso de liberación condicional merecida (lo que no es posible, desde luego, más que cuando ha habido ejecución de una pena de tres meses por lo menos, de acuerdo con el art. 38 CP).

b) La prohibición de frecuentar los *establecimientos de bebidas* (art. 56), de la cual ha podido decirse que es por tradición una sanción accesoria “típicamente suiza”, está destinada a luchar contra la multiplicidad de delitos en relación con el alcoholismo, más que a castigar al que está sometido a ella por autoridad de justicia; podrá ser particularmente aplicada a los automovilistas en estado de embriaguez o que abusen del alcohol (59). La decisión es siempre facultativa y limitada a una duración de seis meses a dos años, pero también podrá aplicarse cuando la infracción “provenga del uso inmoderado de bebidas alcohólicas”, cualquiera que sea la pena pronunciada, es decir, aun en el

(59) El Tribunal de Casación federal ha confirmado especialmente en una sentencia de 25 enero 1952 en la causa Flury contra MP del cantón de Schaffhouse, que la prohibición del acceso a los albergues (art. 56 CP) puede pronunciarse también como pena accesoria en caso de contravención a la ley sobre circulación de vehículos y bicicletas (art. 65, ap. 3 de la ley de 1932) ATF, 1952 (78), IV, p. 67; ver los motivos en la trad. francesa, *Jour. Trib.*, 1952, IV, p. 82 ss.

caso de prisión inferior a tres meses, o de arresto o de multa. Los cantones determinan la publicidad que deba darse a la prohibición, cuyos efectos, según las circunstancias, pueden limitarse a un territorio determinado. La infracción de esta prohibición pronunciada se convierte también en contravención punible, tanto para el propietario del albergue o establecimiento de bebidas cuando podía conocer la prohibición, como para el que está sujeto a ella (art. 295 CP).

c) Una *medida* particularmente eficaz podrá ser la *publicación de la sentencia* (art. 61), que el Código penal suizo no clasifica ya entre las “penas accesorias”, y cuya naturaleza puede, en efecto, ser jurídicamente discutida. Pero lo que importa es su objeto y eficacia. La publicación puede justificarse del mismo modo en interés de la protección pública que en el de quien haya sido objeto de la condena, a título de advertencia y, en particular, en caso de reincidencia. El uso establece la publicación de ciertos fallos pronunciados especialmente contra los automovilistas que causan reiteradamente accidentes, sea bajo la influencia del alcohol, sea por su comportamiento gravemente culposo y sin escrúpulos. El Tribunal federal lo ha confirmado en varios casos: Hay un “interés público” en el sentido de esta disposición “especialmente cuando se hace sentir la necesidad de divulgar un fallo para apartar a otras personas de cometer unas infracciones semejantes o idénticas”, es decir, por motivos de prevención general, si la frecuencia de tales infracciones o unas circunstancias de esa especie “hacen esta medida particularmente necesaria” (como la jurisdicción federal lo había reconocido ya en los casos de adulteración de la leche, y especialmente también, para los delitos de puesta en peligro de la circulación y de las comunicaciones públicas). El juez de la causa aprecia libremente si existen motivos imperiosos de prevención general. Pero la publicidad puede también justificarse por “la necesidad de apartar, por medios apropiados, al condenado mismo de cometer una nueva falta grave, con el fin de proteger la colectividad contra él”. Tanto la noción de interés público y la prevención como la intimidación al condenado mismo cuando muestre su desprecio por la seguridad, la integridad corporal o la vida de los demás, legitiman este modo de obrar (60). Es evidente que la misma disposición puede y debe también, y por las mismas razones, aplicarse, por ejemplo, a empresarios de trabajos o de construcciones que violasen gravemente las reglas de previsión o hiciesen prueba de una falta de escrúpulos o de un egoísmo peligroso (61).

d) En fin, todos sabemos que en los casos, cada vez más numerosos, de accidentes por negligencia imputables a los automovilistas

(60) Trib. de Casación federal, sentencias de 3 de mayo de 1952 en las causas Rentsch c. MP del cantón de Zurich, y Walser c. el mismo, ATF, 1952 (78), IV, p. II y 17, trad. de la primera sentencia *Jour. Trib.*, 1952, IV, p. 11.

(61) Ver sobre este punto la tesis completísima de BENDEL, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verletzung der Regeln der Baukunde* (art. 229 CP), en general, pp. 84 ss. sobre la negligencia, pp. 91 ss. sobre la sanción, pp. 109 ss., sobre el concurso ideal (tan frecuente) con otras disposiciones, p. 112, con la doctrina y jurisprudencia.

ebrios o sin escrúpulos, la medida usual, recomendada y generalmente la más sensible, es la retirada del *permiso de conducir*, durante un plazo determinado (concurrente con el embargo temporal posible del coche). La ley federal de 1958 sobre la circulación pública prevé la retirada del permiso (art. 16), sea cuando el titular no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones necesarias para su obtención o su conservación (por ejemplo, como consecuencia de enfermedades psíquicas o mentales o de insuficiencias que le hagan inepto para conducir sin peligro de terceros, y en este caso la supresión es independiente de la comisión de una infracción y no tiene carácter penal, sino administrativo), sea cuando el titular haya cometido faltas (voluntarias o involuntarias) que obligan a considerarle como peligroso para la seguridad de los demás. Aun en este caso, el legislador no ha querido considerar la retirada del permiso como una "*pena accesoria*" (con relación a la prohibición profesional del art. 54 CP), sino que lo clasifica como una simple "*medida*" cuya decisión se reserva no al juez penal, sino a la administración. Bien que se haya invocado la lentitud de los procedimientos judiciales y los inconvenientes posibles de una dualidad de competencia (según que el permiso sea retirado en ocasión de una infracción o por las únicas razones de incapacidad), esta manera de obrar parece discutible. No hay, en efecto, que exagerar estos inconvenientes, y el procedimiento judicial daría en realidad, al justiciable y a la comunidad, unas garantías que les son aseguradas por la decisión administrativa y que sería menester preservar. Además, y desde el punto de vista de la prevención general, que es decisivo, la retirada del permiso de conducir por la autoridad penal y a título represivo, le daría el carácter de una sanción mucho más impresionante y, por tanto, más eficaz (62).

III. LAS CRÍTICAS Y LAS PROPOSICIONES DE REFORMA

El sistema suizo, tal como lo hemos expuesto, da lugar a críticas, dificultades y contradicciones no solamente a causa de su *dualismo*, puesto que consagra un sistema diferente para las infracciones por negligencia derivadas del Código penal (sistema esencial y necesariamente fundado sobre la culpabilidad *), del de las infracciones por negligencia derivadas de otras leyes federales que comportan sanciones

(62) A este respecto y en cuanto al papel de prevención general y especial de la *retirada del permiso* ("Abschreckungsfunktion"), ver FREY, *Reobjektivierung des Strafrechts*, pp. 48 ss. y 52 ss. Es la sanción más temida (también en los EE. UU.) entre todas las que están previstas, y el medio de prevención general más sensible" a condición de que la medida sea aplicada "rápidamente y de manera consecuente, con arreglo a unos *critérios objetivos uniformes*", lo que es la tesis y el deseo del profesor FREY. Sobre el problema y los casos de retirada del permiso, ver los detalles en la obra del profesor SCHULTZ, "Die Strafbestimmungen des BG über den Strassenverkehr (Stämpfli, Berna), 1964, referencias. p. 373.

* N. del T. "En el sentido de culpabilidad culposa" ("faute").

penales (sistema fundado sobre la violación formal de la ley y el resultado), sino también porque el nuevo régimen del Código penal suizo, que se estimaba tan superior desde el punto de vista de la justicia y del progreso del derecho, es puesto hoy en tela de juicio por aquellos que se preguntan —como ocurre especialmente en Alemania— si no habría lugar, vista la multiplicidad de estas infracciones por negligencia y por la necesidad de una prevención más eficaz y más general, a *volver al sistema “objetivo”* de la sanción penal.

1. En cuanto al *dualismo* de los regímenes concurrentemente existentes en Suiza, éste deriva del hecho de que el sistema del Código fundado sobre la “culpabilidad” es general y absoluto para todas las infracciones que rige, comprendidas las contravenciones de derecho federal que contiene (art. 102). No hay, por consiguiente, ya, según el Código, infracciones llamadas “formales”, realizadas por el solo hecho y el resultado material y punibles en ausencia de culpabilidad; la regla “*nulla poena sine culpa*”, que es la base del sistema suizo moderno, es, por tanto, general. Pero no es válida más que para las infracciones y contravenciones previstas *por el Código*, y no es válida en absoluto y necesariamente para la legislación federal llamada “especial” o complementaria. En efecto, la disposición fundamental del libro III del Código penal de 1937 conteniendo las disposiciones de su entrada en vigor y su aplicación, reserva de modo expreso, en el título que regula la relación entre el Código y la legislación federal y cantonal, que sus disposiciones generales “son aplicables a las infracciones previstas por otras leyes federales, a menos que éstas no contengan disposiciones sobre la materia”. Esto quiere decir, según la tradición clásica, inspirada en consideraciones prácticas, que estas infracciones son punibles no solamente cuando hayan sido cometidas intencionalmente, sino también cuando hayan sido cometidas por negligencia o por imprudencia, salvo disposición contraria expresa. Tradicionalmente, el término mismo de “contravención” significa el simple hecho de haber obrado en contra de la ley, el no haberla respetado. Sin duda se puede decir, y se dice frecuentemente, que en semejante caso la *faute* (“culpa”) es *presumida*, puesto que hay violación de la regla legal y “se admite que nadie ignora la ley”. Pero esto es frecuentemente ficticio, y el juez no se preocupa de verificar esta presunción, lo que exigiría una administración de pruebas, un análisis de las circunstancias y de los móviles y un procedimiento con frecuencia complicado y bastante largo que tiene precisamente la preocupación de evitar.

Pero las leyes federales anteriores, fundadas sobre los principios habituales de la época en que fueron elaboradas, se separan del sistema “subjetivo” del Código más reciente, y estas leyes especiales son muy numerosas, aun en el caso de que las disposiciones de algunas de ellas hayan sido incorporadas al Código (art. 398) y se refieran particularmente al régimen fiscal, aduanero, postal o al de la ley fede-

ral sobre la circulación, etc. (63). Es éste evidentemente un problema difícil, al mismo tiempo que supone una situación poco satisfactoria, y el Tribunal federal tuvo ya que ocuparse de ello, en particular en lo que concierne a la legislación fiscal y especialmente en relación a la ley federal sobre aduanas. (Ha reconocido que la parte general del Código penal rige también en principio, puesto que el artículo 333, apartado 1, tan ampliamente concebido, no exceptúa el dominio de las leyes fiscales.) Pero la ley sobre aduanas comporta unas prescripciones generales detalladas, y la reserva de la disposición que precede tiene, precisamente, por efecto el mantenerlas en vigor, sin que, desde luego, quede excluido. “en el estado actual de la legislación”, el que puedan ser útilmente completadas por las reglas generales del Código penal suizo”. Pero este no puede ser el caso cuando *la ley especial rige por sí misma* la materia, aun si no lo hace de una manera explícita y sea por interpretación como se deba deducir de ella el régimen especial (tal es el caso especial de la multa fiscal o aduanera, que obedece a unas reglas que no se concilian con las del Código penal (art. 48), ni en cuanto a su fijación ni en cuanto al modo de percibir las) (64).

Ocurre naturalmente lo mismo, y con mayor razón, sobre la cuestión de principio, absolutamente fundamental, de *la represión de la negligencia*, incluso en la ausencia de *faute* en el sentido del Derecho penal o de “culpabilidad” demostrada (art. 18, ap. 3 C. p.).

La nueva ley federal de 19 de diciembre de 1958 sobre la circulación por carretera que reemplaza la de 1932, se ha esforzado por *remediar este dualismo fastidioso*. La transformación de la ley implicaba naturalmente una revisión de sus disposiciones penales, en cuanto que “se trataba no solamente de llevar a ella por la conminación de sanciones represivas las nuevas líneas del régimen de la circulación, sino también de armonizar sus sanciones con el Código penal que entró en vigor el 1 de enero de 1942. Más el artículo 102 de la nueva ley ha recogido expresamente la regla del artículo 333, apartado 1.º Código penal, según la cual las disposiciones generales de éste son aplicables a falta de disposiciones contrarias de la referida ley. De donde se deduce, naturalmente, que las otras disposiciones del Código continúan también siendo aplicables a las infracciones que él sanciona y que pueden encontrarse *en concurso* con las disposiciones sobre la circulación misma, como en el caso de violación de las reglas de la circulación provocando un homicidio o unas lesiones corporales por negligencia. Para reducir las dificultades de principio y de aplicación, la nueva ley federal está de acuerdo con la división del Código penal en crímenes, delitos y contravenciones (aunque la etiqueta de “crimen” no sea naturalmente unida jamás

(63) Sobre este problema ver en particular, THORMANN et ver OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch* (Comentario del CP), vol. II, pp. 492 ss. con las referencias.

(64) Sentencia del Tribunal de Casación federal, de 27 diciembre 1946, en la causa Desaulles c. MP federal, ATF, 1946 (72), IV, pp. 189 ss.

a ninguna de estas infracciones) y se ha adherido al sistema de las penas, a su medida, y a su fijación en caso de reincidencia tal y como ha sido instituido en el Código penal. Las "contravenciones" a la ley especial están, por consiguiente, sometidas desde ahora, en principio, a las reglas enunciadas en este último para este género de infracciones (art. 101 a 109 C. p.), y así, en consecuencia, también en cuanto a la responsabilidad y a la culpabilidad, es decir, igualmente en cuanto a la negligencia y a sus condiciones. La única diferencia natural, dado el carácter de la ley especial y las exigencias de la represión, es que, según el Código penal, una infracción no es punible más que cuando haya sido cometida intencionadamente (es decir, con conciencia y voluntad), y es necesaria una disposición expresa para que la negligencia sea punible (art. 18), mientras que según el artículo 100 de la ley sobre la circulación la regla es *inversa* en el sentido de que, salvo disposición contraria expresa, la negligencia en casos de contravención a las disposiciones de la ley es suficiente para fundar la culpabilidad, y el juez debe evidentemente tener en cuenta el grado de culpabilidad en la fijación de la pena; pero la punibilidad de la negligencia no le dispensa de la obligación establecer una condena *sobre la existencia de una "faute"* (*), incluso en el caso de que ésta sea presumida (65).

2. Por tanto, cuando parecía así que nos aproximábamos a una solución uniforme y satisfactoria para el espíritu, para la administración más segura y más uniforme de la justicia, y en definitiva para el derecho, el problema ha vuelto a plantearse y se muestra bajo una forma nueva a causa del crecimiento continuo de los delitos por negligencia y de los daños que éstos provocan cada vez más. Más de la cuarta parte de todas las condenas inscritas en el Registro de Penados suizo están constituidas por condenas a causa de delitos por negligencia (66).

(65) MEYER, "Las disposiciones penales de la Ley federal sobre la circulación por carretera", *Rev. pénale suisse*, 1960, pp. 18 y ss., 22 ss., y p. 26 en lo que concierne la necesidad de una "faute" (establecida o presumida). Es necesario, sobre todo, consultar en detalle la publicación exhaustiva del profesor Sr. H. SCHULTZ, aparecida después (Stämpfli & Cia, Berna, 1964), ver las referencias, especialmente para los artículos 100 ss., las formas de la *faute* p. 73 ss., los problemas de la concurrencia, pp. 77 ss., las relaciones de la ley especial con el CP, pp. 83 ss., la exención facultativa de pena, pp. 89 ss. Sobre este problema "delitos" y "contravenciones", ver pp. 143 ss., y sobre las disposiciones penales". pp. 333 ss.

(66) Estos delitos han tomado una tal importancia, en efecto, que han pasado al primer plano de las preocupaciones en Suiza. Sobre las 20.000 inscripciones hechas anualmente en el Registro de Penados central suizo, la cuarta parte, aproximadamente, concierne los delitos por negligencia. Cerca de 3.000 personas por año son, actualmente, condenadas por la puesta en peligro o por perturbar las comunicaciones públicas por negligencia: hay que añadir a éstos unos 400 casos de homicidio por negligencia, más de 500 casos de lesiones corporales, y de 300 a 350 casos de incendio por negligencia. Es evidente que el desarrollo, cada vez mayor, de la técnica moderna no puede más que acrecer el número de infracciones por negligencia o imprevisión en proporción

* Esto es, sobre la existencia de "culpa".

Normalmente, dos tendencias aparecen. Por una parte se puede estimar que en el sistema consagrado por nuestro Código penal, los procedimientos son muy complicados, insuficientemente rápidos y las sanciones suficientemente tardías y poco severas, lo que es casi un aliento para multiplicar las infracciones, y lo que, en todo caso, no es de tal naturaleza que sirva para contenerlos, y, por tanto, para proteger eficazmente la sociedad. Pero no hay que perder de vista, por otra parte, si nos colocamos sobre el terreno del individuo, digamos del autor, que nuestro sistema puede parecer a veces injusto por cuanto le aplica una pena que implica, pese a todo, una mancha social, sobre todo en el dominio de ciertas profesiones altamente severas a este respecto (piénsese en los médicos, en los contratistas, en los cuadros de los ferrocarriles, en los chóferes profesionales), por unos actos que, dadas las circunstancias pueden aparecer con frecuencia como comprensibles y casi excusables. Por ello, algunos piden que se *refuerce* el sistema de una manera general, y otros que se *atenúe* al menos en ciertos casos. Por lo tanto, aunque ciertas diferencias de trato entre las infracciones voluntarias y las involuntarias son excesivas, no es menos cierto que "ciertas infracciones involuntarias pueden poner de manifiesto en su autor un carácter tan claramente antisocial como el de un delincuente voluntario", y "el desprecio deliberado de la vida y de los intereses de tercero pueden convertirse en uno u otro género de infracciones", dado que sobre todo el límite jurídico, psicológico y práctico que las separa es muy corto. Esta distinción o pared ténue, que respondía quizás a un sistema satisfactorio en un momento determinado, ¿no está hoy "superada por la evolución del mundo y de las nuevas necesidades"? (67).

de los peligros también crecientes, y, a veces muy considerables, que lleva consigo. Ver DUBS, "Probleme der Fahrlässigkeit", pp. 1 y 9. Para Alemania, ver, por ejemplo, también las cifras oficiales de 1962, dadas por JESCHECK, ob. cit., p. 22. Esta estadística indica 4.399 condenas de homicidio por negligencia, de las cuales 3.384 lo son por accidente de la circulación, y 108.363 condenas por lesiones corporales por negligencia de las cuales 103.112 por accidentes de la circulación. En el conjunto, los delitos de circulación, en su mayor parte cometidos por negligencia, constituyen, con sus 275.712 condenas, 46,1 por 100 de las 597.198 condenas por crímenes o delitos. Si se añaden más de 1.100.000 contravenciones por año a las reglas de la circulación, que son en gran parte también debidas a la negligencia, "resulta que los tribunales se dedican principalmente a las infracciones por negligencia y que la mayor parte de aquellos que tienen algo que ver con la justicia, son delincuentes por negligencia".

(67) MEYER. Informe suizo al Congreso de Lisboa, ob. cit., pp. 1123 ss. En efecto, para las infracciones debidas a la ineptitud general o profesional, la importancia de la sanción penal debería ceder ante las medidas preventivas o educativas, si éstas tienen la suerte de ser eficaces, o si no ante las medidas de prohibición si la ineptitud es irremediable. Para los autores de infracciones completamente ocasionales *no verdaderamente peligrosas* convendría el mostrarse reservado, el tener ampliamente en cuenta los *motivos de excusa*, el poder ir hasta la exención de pena, la reparación civil del daño y unas medidas administrativas (tales como la represión y retirada temporal del permiso o autorización profesional) podrían ser suficientes. Al contrario, para los au-

El sistema actual llegaría en efecto, en la gran mayoría de los casos que respondiesen a esta última eventualidad, a acelerar el debilitamiento general de la moral pública, la indiferencia o el desdén hacia los intereses de tercero, en lugar de reforzar la vigilancia y la conciencia social, como sería necesario, en la medida de las posibilidades y de los riesgos.

Las proposiciones recientes más extremadas han sido defendidas con el máximo vigor por el profesor Frey en su estudio sobre "La reobjetivación del Derecho penal en el siglo de la técnica", aparecido en la Recopilación conmemorativa del centenario de la Sociedad suiza de los juristas, en 1961 (68). Partiendo de los últimos datos estadísticos de los accidentes de la circulación con su secuela de lesiones corporales realmente alarmante (69), el autor observa que la situación merece tanto más atención cuanto que una pequeña parte solamente de estas lesiones corporales llegan hasta la sentencia y la condena a causa de los numerosos desistimientos o faltas de denuncia, que no pueden ser registrados por la estadística criminal y deben añadirse a ella (70). Por tanto, la función determinante de la amenaza de san-

tores de infracciones por negligencia *debidas a una deficiencia de sentido moral y social*, al egoísmo y al desprecio de los demás, o a un carácter *peligroso*, las sanciones —sobre todo en casos de negligencia consciente cuya separación del dolo eventual es mínima y con frecuencia imperceptible, puesto que el peligro que se puede hacer correr a los demás ha sido visto y previsto, y el autor ha prescindido de tenerlo en cuenta en los dos casos— deberían *aproximarse más a las que se aplican en las infracciones voluntarias*, no solamente en los casos del dolo eventual que hacemos entrar en ellas, sino también en los de la negligencia consciente, porque la diferencia en la situación del autor, "los resortes profundos de su personalidad y de sus caracteres subjetivos", no es tan esencial para que pueda justificar un largo y severo castigo de prisión y la reclusión, en un caso, y lo más frecuentemente una simple multa o una corta pena de prisión con suspensión, en el otro. Sobre el crecimiento extraordinario de los peligros que lleva tras sí la negligencia, ver ob. cit., p. 1109: "La negligencia cometida en la manipulación de un hacha de leñador o de una herramienta no tiene medida común con la falta que pudiera llegar a la liberación de las energías de una fábrica atómica", o, por ejemplo, a la rotura de una inmensa presa que inunde todo un valle, como ya se ha visto, o recientemente a una catástrofe como la de la rotura del glaciar de Mattmark, en 1965, que cubrió todas las instalaciones y las habitaciones obreras en Valais.

(68) E. FREY, "Reobjektivierung des Strafrechts im Zeitalter des Technik", Zurich, 1961, tirado aparte, 78 p.

(69) Ver también sobre este particular el informe del juez cantonal MEYER a la Sociedad suiza de Derecho penal, ya citado, sobre "Las disposiciones penales de la nueva ley sobre la circulación por carretera", 1960, ob. cit., pp. 18 ss.

(70) De 1951 a 1959, el número de condenados por lesiones corporales por negligencia (art. 125 CP) ha pasado de 378 a 518; si no se toman en consideración más que las lesiones más graves perseguidas de oficio, la progresión ha pasado de 164 a 294, o sea, un aumento de 80 por 100 en números redondos. En el mismo período, el número de condenados por homicidio por negligencia (art. 117 CP) ha pasado de 239 a 442, o sea, un aumento de 85 por 100 en números redondos. Tanto en un caso como en el otro, el progreso es debido, sin duda y ante todo, al aumento grave de los accidentes de la circulación, puesto que durante el mismo período el número de los condenados por lesiones corporales intencionadas simples (art. 123) no ha aumentado más que en un

ción penal es la *prevención general*, y ésta es inoperante si la pena correspondiente a una sanción no se pronuncia más que en una ínfima proporción en relación con todos los casos en que debería serlo, y no se ejecuta más que en una medida menor todavía a causa de la aplicación de la suspensión. La práctica actual, es necesario reconocerlo, no resuelve nada o resuelve muy poco para “reducir las hecatombres de las víctimas de la carretera” y es importante ante las consecuencias de la técnica, funestas para dar vida social actual. Pero, casi todas las innumerables infracciones seguidas de lesiones corporales o de muerte resultan del desprecio de reglas elementales. Hay en ello una puesta en peligro considerable y constate, y la gravedad del resultado no depende, en ningún caso, siempre de la gravedad de la falta del conductor, porque catástrofes graves pueden producirse por causas leves, como fue el caso de la catástrofe de autocar de Hergiswil, en agosto de 1961, en Suiza central (71). La indiferencia respecto a esta situación alarmante es grave y no debería ser reforzada todavía por el sistema aplicado, ya que el derecho penal no cesará de debilitarse cada vez más si de más en más se toman en consideración los intereses de la persona en la fijación de la pena (72).

El remedio, según el profesor Frey, debería ser buscado en una agravación general de las penas en tales casos, y en la rapidez y la regularidad de las sentencias condenatorias (porque es necesario no hacerse ilusiones sobre el efecto preventivo de algunas escasas condenas ocasionalmente severas, puesto que cada conductor está persuadido, ya se sabe, de que es un “buen conductor” y “que eso no le ocurrirá a él”). Las proposiciones para extender más los “delitos de puesta en peligro” y la responsabilidad que de ellos dimana, son también ineficaces con el sistema actual, como lo demuestra el artículo 237 C. p. sobre los “impedimentos a la circulación pública”, porque no existen casi disposiciones en el Derecho penal cuyos elementos se realicen con tanto frecuencia y que sean menos aplicadas. Sería necesario volver a introducir, por consiguiente, el “principio de la intimidación” y el de la pena de disuasión (“Abschreckungsstrafe”) en el Derecho penal de la circulación, y ésto no por medio de algunas penas ocasionales exorbitantes “para que sirvan de ejemplo”, sino por medio de la aplicación, como se hace particularmente en los Estados Unidos, de una especie de *multa tarifada* según el género de violación de las reglas comprobado. Este sistema puede a primera vista chocar, desde el punto de vista dogmático, en presencia de nuestro artículo fundamental sobre la fijación de

2 por 100 y el de los condenados por lesiones corporales intencionadas graves (art. 122) ha disminuido en un 25 por 100 en números redondos. Ob. cit., p. 3.

(71) El 2 de agosto de 1961, sobre la estrecha ruta entre Hergiswil y Stansstad, en la que se hacían unos trabajos, por consecuencia de la colisión de dos autocares que se cruzaban, a causa de una falta ligera de los conductores, uno de ellos, que transportaba 38 turistas americanos, cayó al lago en el que se ahogaron 16 de ellos.

(72) FREY, ob. cit., pp. 6 s., pp. 18 s. y conclusión, p. 67.

la pena (art. 63), porque tal estilo representa una "automatización" de la sanción que nos es "por lo menos teóricamente extraña", pero que desde el punto de vista de la prevención es "sin ninguna duda una idea razonable para la educación de los usuarios de la carretera" (sobre todo con los controles de policía hoy multiplicados y con los medios de control automático perfeccionados). Ciertamente que, en una época en la que el Derecho penal ordinario está ampliamente dominado por el principio de la individualización de la pena y de su ejecución con arreglo al "tipo" de personalidad del delincuente, la proposición de una "generalización de la fijación de la pena" sorprende, porque "esto representa la vuelta a un Derecho penal fundado sobre el hecho ("zu einem ausgeprägten Tatstrafrecht"), pero esta razón no debería ser considerada porque precisamente la individualización, de suponerla posible y realizada (la experiencia judicial muestra que no se da hoy en nuestro país más que un número mínimo de casos) no es el medio de luchar contra este fenómeno social colectivo; el medio de prevención eficaz está, por el contrario, en una cierta "rigidez", y el interés personal del autor debe desaparecer ante el de la comunidad: es por esto por lo que el modo de fijación de la pena en la ley especial debe diferir del de Derecho común (art. 63 C. p.). El Derecho penal "debe llenar su función central de medio supremo de protección del orden jurídico, y esto mucho más en nuestro tiempo amenazado por los peligros crecientes de la técnica en todas sus formas" (73).

No es necesario decir, no falta quién afirma, que este método de juicio "objetivo" no debe llevar consigo "ni la introducción de métodos policíacos, ni la limitación del poder de apreciación indispensable de la policía de la circulación". El "principio rector" debe ser el de mejorar la prevención "por la simplificación, objetivamente condicionada, de los métodos de enjuiciamiento de la puesta en peligro abstracta de la circulación", con las reformas del procedimiento que naturalmente deben seguir, y de la "concentración de los métodos de educación" necesarios. En fin, la necesidad de volver a una "reobjetivación moderada del Derecho penal" no quiere tampoco significar "la vuelta a un Derecho penal de expiación primitivo, fundado sobre el resultado, sino, al contrario, un desplazamiento de peso (Gewichtsverlagerung) sobre el *acto* del autor como base de apreciación determinante tanto de los delitos intercionales como de los delitos por negligencia (74).

3. *¿Cómo llegaremos a una conclusión?* Personalmente, y aun comprendiendo las necesidades de intervenciones rápidas, estrictas e intimidante, pensamos que tales proposiciones constituyen a pesar de todo un *retroceso*, al volver a un sistema sumario y aun simplista —que se creía superado— de un derecho preocupado ante todo de la violación formal de las disposiciones, y de la fijación casi automá-

(73) FREY, ob. cit., pp. 36 ss., 45 a 47, 57, 59 ss. y 68 ss.

(74) Conclusión *ibidem*, p. 77.

tica de sanciones tarifadas, más bien que proporcionadas a la verdadera culpabilidad y al carácter más o menos peligroso de cada delincuente, que dependen tan ampliamente de las circunstancias particulares y de su situación y su comportamiento personal. Un tal sistema "objetivo" representa también, dígame lo que se quiera, *un peligro*, puesto que vuelve a tomar como principio de acción el solo criterio de la intimidación o de la "proposición, del cual se conoce bien la fuerza de deslizamiento y de arrastre, desde el momento en que se admite, y cuya experiencia histórica nos ha permitido, desde hace tiempo, el negar la eficacia absoluta. Será muy difícil detenerse en un dominio determinado —el de la circulación pública o el del trabajo en las empresas o en las fábricas—, y el no extenderse, una vez admitidas, en la aplicación de las mismas reglas de aplicación de sanciones estereotipadas cada vez más rigurosas de manera general, a medida que vayan en aumento los peligros de la técnica, puesto que es precisamente el factor que se toma en consideración para basar la reforma. Es, por el contrario, en nuestra opinión, *al hombre de la edad técnica* al que es necesario izar hasta el nivel de las responsabilidades de nuestro tiempo, reforzando su preparación *para asumirlas*, su educación y su conciencia sociales, su atención y su habilidad, al mismo tiempo que las exigencias —morales y profesionales— requeridas de aquél a quien le son confiadas unas responsabilidades superiores con unos poderes o con unos instrumentos más peligrosos o más potentes.

DUBS ha hecho notar justamente que "la idea de que el hombre debe responder de aquello que ejecuta *con conciencia y voluntad*, no es solamente un dogma de Derecho penal que se podría simplemente dejar de lado ocupándose tan sólo de las necesidades prácticas. Una sanción éticamente fundada *presupone una "faute"**. Si se castiga en ausencia de "culpa", se aparta el Derecho penal de su fundamento ético y se le degrada para convertirlo en un sistema de protección puramente pragmático. Una actividad verdaderamente culpable debe ser intencionada o al menos contener una componente intencional (*vorsätzliche Komponente*). Es la razón por la cual unas consideraciones deducidas de nuestro "Weltanschauung" se oponen a la "reobjetivación" propiamente dicha del Derecho penal, a una vuelta a la responsabilidad fundada sobre el resultado".

No se puede tampoco pretender que no sea *posible*, con el sistema actual, de llegar al objetivo de una represión penal más sistemática de las conductas imprudentes que comportan una actitud arriesgada prohibida. *Es factible de encontrarse una reglamentación que responda al principio de la "faute"*** que dé a la justicia penal las posibilidades de intervención y la eficacia necesarias. Se podría llegar a ello (más que por la vía de la "reobjetivación") separando la represión del "resultado (o sea del "tatbestandmässiger Erfolg"), para llegar

* Esto es, de "culpa", o más bien "culpabilidad".

** En el sentido de "culpabilidad".

separadamente a los actos generadores del riesgo prohibido, como éstos merecen. Convendría, en otros términos, el concentrar la represión “directamente sobre la acción o la omisión intencional que crea el riesgo prohibido, sin consideración al hecho de que se haya producido un resultado”. En materia de delitos de circulación, por ejemplo, “la componente intencional” se encuentra regularmente en la inobservancia o en el desprecio doloso de una regla de la circulación. Este elemento parcial de la intención puede ya, *con arreglo al derecho existente*, ser separadamente alcanzado y castigado como una contravención cuando no se haya producido una lesión corporal, muerte o una perturbación de las comunicaciones. La existencia de un resultado al caer bajo las disposiciones del Código penal (art. 117, 125 ó 237) permite llegar a una represión más severa”. La toma en consideración de la violación voluntaria (intencionada) de las prescripciones sobre la circulación correspondiente a la *faute* es suficiente y constituye, si se sabe organizar el cuadro de la pena (*por el concurso ideal*) una represión suficiente, sin tener que recurrir a la noción complicada de estado de hecho por negligencia (“*Fahrlässigkeitstatbestände*”). Se podría desde entonces, en este sector, olvidar o dejar de lado “la responsabilidad fundada sobre el resultado” y punir cada imprudencia o imprevisión “con arreglo a la *faute* (culpabilidad) que ella implica realmente”.

En otros dominios, la posibilidad de captar directamente la parte intencional del hecho (“*vorsätzlicher Tatanteil*”) traería más dificultades, a causa de los modos de comisión más diversos y de la falta de reglamentación especial análoga a la de la circulación. “Pero creando delitos de puesta en peligro abstractos intencionales, debería ser posible el penalista directamente toda una serie de casos típicos de conducta comportando un riesgo sin la desviación propuesta. Porque, por ejemplo, el artículo 222 del Código penal sobre el “incendio por negligencia” podría ser remplazado por una incriminación de puesta en peligro declarando incurso en pena a aquel que causase un peligro de incendio. Esta manera de hacer no traería consigo un número excesivo de nuevas disposiciones penales (75), y, quereamos recordarlo, corresponde a lo que al autor mismo del proyecto de Código penal suizo, Carl Stooss y la comisión de peritos, había expresamente previsto en el momento en que se preguntaban si era necesario incluir el “dolo eventual” en el dominio de la intención o en el de la negligencia, y en que se pensaba todavía en restringir este último.

Tales sugerencias abren el camino de nuevas investigaciones. Es-

(75) DUBS, “Die fahrlässigen Delikte im modernen Strafrecht”, ad. II, pp. 6 ss. Dubs estima también que la solución satisfactoria de construcción dogmática de la represión de la negligencia, fundada sobre la función práctica de la sanción, no ha sido encontrada todavía, p. 10. En su estudio precedente, “Probleme der Fahrlässigkeit”, p. 15, preveía ya la posibilidad de creación de una incriminación general “de imprudencia contraria a los deberes” (*pflichtwidrige Unvorsichtigkeit*) en tanto que delito “*sui generis*”.

peremos el desenvolvimiento de la doctrina, la cual no ha terminado de ocuparse de tan importante problema, y será necesario quizás que se renueve en parte, y que conduzca a una mejora de la situación práctica por medio de una reforma del derecho positivo y de la jurisprudencia, que no tendrá necesidad de sacrificar el principio de la culpabilidad, equitativo en sí, al de la necesidad de una sanción intimidante, pura y simplemente, que aparta de la violación formal de un texto legal o reglamentario juzgada como suficiente para atraer la sanción sobre la cabeza de su autor. Una vez más, no podemos ver en ello un progreso, pero sí vemos un penoso regreso hacia atrás, como lo hemos indicado ya en el momento de la discusión final en el Congreso Internacional de Lisboa y de nuevo en el coloquio del vigésimo-quinto aniversario de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, en noviembre de 1961, en París (76). Continuamos prefiriendo el mantenimiento de un sistema "subjetivo" matizado, preocupado de la conducta de cada uno y de la individualización de la sanción adecuada (77) — sistema que debería, desde luego, en primer término, *ser completado con un vasto e inteligente régimen de educación y de prevención social* que se deja excesivamente en el olvido— con preferencia a la vieja doctrina de la represión "objetiva" y sin matices, en su nuevo avatar contemporáneo, de dondequiera que ello venga, bien se trate de los viejos derechos de "common law" o de una doctrina que presuma de ser socialmente "de vanguardia".

(76) Podrían consultarse con provecho las *Actas del Congreso de Lisboa*, 1965, cuestión I, y el número especial de la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, núm. 2/1962, consagrado al coloquio de París, 1.ª cuestión.

(77) Tal es también la conclusión razonada en Alemania, no solamente por parte de juristas, tales como JESCHECK, BOCKELMANN y WIMMER, sino también por la de médicos (como LUFT) et de sociólogos (como GUNIERT) tal como lo ha demostrado, haciendo referencia a sus publicaciones, el estudio de JESCHECK, ob. cit., pág. 46, notas comprendidas. En Suiza, la opinión del profesor SCHULTZ, en su profundo estudio de la nueva ley federal sobre la circulación, refuerza la muestra; ver: "Die Strafbestimmungen des Bundesgesetzes über den Strassenverkehr", Berna, 1964, p. 34, nota 13.

