

sujeto activo. Persona real, no imaginaria (por cuanto en el tipo se emplea el verbo usurpar y no el fingir), viva o no.

Es un delito de simple actividad o de conducta. La usurpación es uso. No es necesario el ejercicio de ningún derecho, patrimonial o de otro tipo.

El tipo no contiene elemento subjetivo del injusto alguno. Es, en sede de culpabilidad, un delito esencialmente doloso.

Es posible la tentativa. Se trata de un delito permanente porque la conducta delictiva da lugar a una situación dañosa que se prolonga en el tiempo a causa de la perduración de aquélla. Es esencialmente permanente, categoría conceptual distinta a los delitos eventualmente permanentes y a los de estado.

Al abordar la problemática concursal, se inclina por la existencia de un concurso ideal de delitos con las falsedades documentales, un concurso de normas, en relación de consunción, con el uso de nombre supuesto, y un concurso de delitos con la estafa; concurso ideal o real según la usurpación sea medio necesario o no para la ejecución de la estafa.

Para concluir, se hace una breve alusión a la regulación pretendida por el Proyecto 1980. Así, «incluir en un título relativo a los delitos contra la fe pública el delito de usurpación de estado civil, supone dotar a éste de una significación más acorde con su propia naturaleza», pero «... debiera comportar una modificación del tipo legal. No basta con una traslación literal de un título a otro del Código penal».

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

**COUSIÑO MAC IVER, Luis: «Derecho penal chileno». Parte general, tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1979. 602 págs.**

Por causas ajenas a mi voluntad no he podido conocer el tomo I de esta extraordinaria obra del maestro chileno Cousiño Mac Iver. Aunque de la lectura del presente tomo II se puede deducir la adscripción del maestro Cousiño al finalismo, no es posible, sin embargo, conocer con exactitud la posición mantenida sobre diversas cuestiones clave en la teoría jurídica del delito, tales como el concepto de acción, la concepción de la tipicidad, el dolo o la culpa, por citar los más importantes. De ahí que la presente reseña no puede reflejar las conclusiones a que ha llegado el maestro chileno en toda una vida dedicada al Derecho penal. Sin embargo, la grandiosidad de este tomo II que ha caído en mis manos dedicado íntegramente a la antijuricidad, explica mi incontinencia al querer recensionar la obra para conocimiento de los estudiosos españoles. Es de esperar que pronto aparezca publicado el tomo III, donde Cousiño nos anuncia tesis audaces, como la de que «la culpabilidad en el hecho típico no es un elemento del concepto jurídico-penal del delito, porque éste ya se encuentra plenamente integrado y finiquitado con su antijuricidad» (prólogo).

El presente tomo II está dividido en nueve capítulos de los que dedica los tres primeros al concepto de antijuricidad y su condición de predicado de la tipicidad, y el resto a la exclusión de la antijuricidad (legítima de-

fensa, estado de necesidad, ejercicio de deberes y derechos, consentimiento, etcétera). La obra es un auténtico tratado (por más que el autor renuncie a tal denominación en el prólogo) que incluye todas las cuestiones planteadas tradicionalmente en torno a la antijuricidad con un tratamiento exhaustivo, erudito y sumamente rico en aportaciones. En esta recensión trato sólo de reflejar aquello que a mí más me ha llamado la atención en el convencimiento de que no podré hacer patente ni siquiera en mínima parte, el extraordinario contenido de la obra.

El autor justifica en sus primeras páginas el uso de la expresión «antijuricidad» en lugar de la de «antijuricidad» defendida por Jiménez de Asúa, apelando a diversos argumentos gramaticales y de uso. Nosotros no seguimos al maestro chileno por la razón de que resulta ser más común en nuestro país la segunda denominación.

Concebida la antijuricidad como «la aflicción típica de un bien jurídico con infracción del ordenamiento jurídico» (pág. 54), el autor renuncia a la distinción entre antijuricidad material y formal por carecer en la actualidad de sentido desde el momento en que es unánime concebir la antijuricidad como lesión de bienes jurídicos.

El profesor Cousiño, al igual que el resto de la doctrina penal, hace referencia nuevamente a la unidad del injusto (págs. 52 y ss.). Esta pretendida unidad del injusto es, a mi juicio, una de esas afirmaciones cuya trascendencia o consecuencias no han sido todavía convenientemente estudiadas. Si bien es cierto que lo que es antijurídico en una rama del Derecho (civil, por ej.) lo es también frente al Derecho penal, pueden no ser tan ciertas las formulaciones que de ahí parecen derivarse. Por ejemplo, no es tan cierto que lo penalmente justo (daños producidos en estado de necesidad) sea también justo en Derecho civil (resarcimiento del daño), lo cual puede dar al traste con la pretendida unidad del injusto. Es difícil, desde la pretendida unidad del injusto, explicar que los efectos civiles sean idénticos en un caso de daños producidos en estado de necesidad (hecho justo, al menos penalmente), en un delito de daños (hecho penalmente injusto) y en unos daños derivados de culpa extracontractual (hecho civilmente injusto). A pesar de que ni el Código penal ni el civil chilenos se pronuncian sobre la responsabilidad civil en el estado de necesidad, el profesor Cousiño apela a la existencia de un enriquecimiento injusto para llegar a la misma conclusión que adopta nuestro Derecho (pág. 349). En todo caso, aunque el maestro chileno no entra en la cuestión de esta problemática, apunta una observación sumamente interesante a estos efectos cuando advierte que las causas de justificación no implican el ejercicio de un derecho, sino tan sólo «el ejercicio de una facultad involucrada en una norma permisiva, como contrapartida de la norma prohibitiva» (página 150). De este modo podríamos decir que lo que es justo en el Derecho penal por concurrir una causa de justificación, no significa el ejercicio de un derecho con todas las consecuencias que esto implicaría en el resto de las ramas jurídicas, sino simplemente la neutralización de una determinada prohibición.

Pese a su punto de partida finalista, el autor se muestra partidario de la doble función de la norma como norma objetiva de valoración y norma

subjetiva de determinación otorgando un *prius* lógico a la primera función (págs. 56-57) y criticando la conocida y discutida posición de Jescheck tan poco clara por lo que respecta a los destinatarios de las normas.

Intenta el profesor Cousiño quitar hierro a las acusaciones que pesan sobre el concepto de injusto personal de Welzel que ni encierra una vuelta al psicologismo (Derecho penal de voluntad) ni una confusión entre antijuricidad y culpabilidad (págs. 77-78). Cree Cousiño que, en la medida en que se abandone la concepción de la antijuricidad como relativa exclusivamente a lo objetivo del hecho y la culpabilidad a lo subjetivo, y se conciba la antijuricidad como contrariedad al ordenamiento jurídico (no como objetividad impersonal de la acción) y la culpabilidad como exigibilidad de la conducta ajustada al mismo orden (págs. 74-75), en esa medida el injusto personal es la acción antijurídica como obra de una persona determinada, no como manifestación impersonal del autor (pág. 76). Y éste es el único sentido que ha de darse al injusto personal de Welzel.

También trata de defender a Welzel negando que éste pretendiera dar prevalencia al desvalor de acción frente al de resultado, sino que se limitó a poner de relieve que el desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto (pág. 80). Así ocurre en la tentativa inidónea (impune en Chile) o en la imprudencia donde —como igualmente mantiene Cousiño— el resultado «sólo cumple un rol de selección» (pág. 85). Aunque Cousiño trata de restar importancia a esta distinción entre desvalor de acción y de resultado, mantiene que sólo es posible tal distinción manteniendo una concepción de la antijuricidad en sentido personal (pág. 79).

Cuando el autor estudia las relaciones entre tipicidad y antijuricidad destaca el tipo como *ratio cognoscendi* de ésta afirmando en frase feliz que «el tipo es una hipótesis de conducta antijurídica» (pág. 99). Dedicó Cousiño un apartado a la exclusión de la tipicidad, aunque reconoce que no es un procedimiento común. Así, dedica distintos epígrafes a los casos de ausencia de elementos normativos o de elementos subjetivos y a la adecuación social como límite del tipo cuando se trata de acciones toleradas por usos, por la insignificancia del valor de los bienes o por la utilidad para la comunidad. Pero lo más relevante, a mi juicio, en este capítulo dedicado a las causas de atipicidad, estriba en lo que él llama adecuación por imperativo legal, sosteniendo que hay mandatos cuyo cumplimiento excluye el tipo. La razón la hace descansar en el hecho de que hay deberes jurídicos «cuyo acatamiento tiene tan elevada jerarquía como la de absorber y anular la norma prohibitiva» (pág. 111). Pone como ejemplo los supuestos en los que la ley exige, para que el hecho sea punible, que se efectúe «ilegal y arbitrariamente». En estos casos, pues, el profesor Cousiño se inclina por apreciar elementos normativos del tipo en lugar de aquellas características del deber jurídico o características especiales de la antijuricidad de que hablara Welzel.

Se manifiesta partidario de los elementos subjetivos de la justificación no como resultado de una interpretación gramatical del texto legal, sino de la propia teoría de la acción injusta, llegando a sostener (pág. 436) que el cumplimiento de un deber no puede ser invocado, por ej., en el caso del testigo que declara con la intención de injuriar o calumniar. Por otro

lado rechaza la teoría de los elementos negativos del tipo porque exigiría concebir la antijuricidad como un elemento positivo del tipo con la consecuencia de que las causas de justificación se convierten en causas de atipicidad (pág. 151).

No podemos detenernos en la exposición del exhaustivo estudio que el autor realiza respecto de las distintas causas de justificación, por lo que trataré de exponer aquello que para mí ha resultado más significativo. Me ha llamado la atención en la legítima defensa que el autor encuentre la teoría del interés preponderante como la explicación más satisfactoria respecto al fundamento de la eximente. Por otra parte, no cree necesario para la ilegitimidad de la agresión que ésta sea típica, ni dolosa o culposa siendo indiferente que el agresor sea o no culpable. Sólo se exige que la agresión sea antijurídica entendida como contrariedad al ordenamiento jurídico (páginas 250-253).

En lo relativo al estado de necesidad, el profesor Cousiño sigue la teoría de la diferenciación (págs. 361-362). No desconoce que en España modernamente ha despegado de nuevo la teoría de la unidad en el sentido de considerar en todo caso el estado de necesidad como causa de justificación. Después de estudiar el conocido trabajo de Gimbernat observa respecto de tal tesis que «las consecuencias a que tendríamos que llegar serían desastrosas, puesto que *todas* las causales de exención de responsabilidad —asi las agrupa el Código penal de España, como el nuestro—, por ser excluyentes de penalidad, pasarían a ser justificantes. No mejora la situación la cita, tomada de Rudolphi, de que «el hecho cometido en estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales supone una acción que, de modo general, no está amenazada con pena», puesto que, al igual, tampoco están amenazados con pena, *de modo general*, los locos y dementes, los menores de edad, los que obran impulsados por un miedo insuperable, etc.» (página 371). Esta crítica particular de una de las posiciones de la teoría de la unidad, ha de ser conectada con la preocupación que Cousiño manifiesta sobre el hecho de que «pueda admitirse como causal de justificación (esto es: hacer justo) una acción que hiere intereses legítimos de un tercero inocente, que nada ha hecho para motivar una invasión de sus bienes jurídicos» (pág. 345).

Por lo que respecta a la obediencia debida nos advierte Cousiño que ha desaparecido del Código penal chileno porque se argumentó que dicha eximente implicaría el reconocimiento en el subordinado de la obligación de examinar la legitimidad del mandato (págs. 449-450). En todo caso no acertamos a comprender la trascendencia del argumento cuando se reconoce que en Derecho chileno, por lo general, la obediencia debida «permite al inferior examinar la legalidad y licitud de la orden, la cual tan sólo debe cumplir cuando, después de representada al superior, es ratificada por este último» (pág. 460). En cualquier caso, Cousiño no considera la obediencia debida como causa de justificación porque «lo imperativo de la norma obligatoria no puede tener la virtud de transformar en justo lo que es injusto, aunque sí puede excusar al infractor en el juicio de reproche de su culpabilidad» (págs. 457-458).

Uno de los muchos apartados interesantes de esta obra es el relativo

al ejercicio de la profesión médico-quirúrgica, dentro del capítulo relativo al ejercicio de derechos y deberes. El profesor Cousiño se refiere a la actividad médica entendida como «el cumplimiento, por parte de quien ha recibido el título de médico-cirujano, de su deber profesional, con la finalidad, consciente y responsable, de curar o aliviar a una persona de la enfermedad de que padece o de prevenirla o evitarla, dentro de las normas de su ciencia o arte» (pág. 467). La actividad médica así entendida nunca podrá subsumirse en un tipo de acción doloso (de lesionar o matar), ya que los tipos de acción dolosos «solamente pueden cumplirse mediante una acción finalista encauzada hacia la meta descrita por la ley, lo que no ocurre en la acción profesional de los médicos, la que nunca podrá ser típica» (pág. 467).

Para el autor chileno la atipicidad se desprende del cumplimiento de dos condiciones: la finalidad de curar y el cumplimiento de la *lex artis*. Lo original de su posición consiste en restar importancia al éxito o fracaso de la intervención y al consentimiento del paciente.

En efecto, para el profesor Cousiño la tesis de la atipicidad es absolutamente independiente del éxito o fracaso de la intervención porque «el hecho de evaluar la acción por el resultado producido es una aberración jurídica insostenible» (pág. 480). Sin embargo, esta tesis deja de tener validez cuando la acción médica es contraria al deber de cuidado en cuyo caso, según el profesor Cousiño, la relevancia penal del comportamiento depende de la producción de «un resultado típico, o sea, el daño a la salud o la muerte del paciente» (pág. 477) (es decir, fracaso). Hay que reconocer, entonces, que en la intervención culposa cobra relevancia la distinción entre éxito o fracaso incluso para quienes, como el maestro chileno, consideran que el resultado típico en los delitos culposos sólo juega un factor selectivo de los hechos punibles.

Por lo que respecta al consentimiento, se aparta el autor de quienes entienden exigible el consentimiento expreso o tácito del paciente o de sus familiares, si aquél y éste pudieran darlo, advirtiendo que «si se aceptó que el ejercicio de la profesión médica consiste en curar, la verdad es que ante la ausencia de tipicidad, el consentimiento no juega ningún rol, pues con él o sin él siempre la solución jurídica es la misma, aun en los casos de fracaso» (pág. 478). Este entendimiento ha de ser entendido, sin embargo, en el contexto total, ya que el autor, a continuación, sostiene que «el médico no puede obrar en contra de la voluntad del paciente» (pág. 479). Con todo, su posición respecto a la cuestión del consentimiento le lleva a conclusiones, a mi juicio, discutibles. En efecto, parece sostener que la actividad médica realizada contra la voluntad del paciente sólo implicaría un atentado contra la libertad si lo hace con la finalidad de curar (vid. págs. 479 y 489). Si tenemos en cuenta que para el autor lo fundamental es la intención de curar siendo indiferente el éxito o fracaso de la intervención, y que para él «hablar de dolo eventual en una operación arriesgada o en un trasplante de cualquier género, es un dislate insostenible» (pág. 481), resulta que parece mantener la tesis de que sólo cabría hablar de un delito contra la libertad en el caso de que el médico intervenga a la fuerza a un paciente con resultado letal, si obró con la finalidad de curar. Lo discutible de la cuestión

aparece más claramente si pensamos que la intervención, con la finalidad de curar, hubiera proporcionado al médico un notable éxito profesional, fama o comprobación de una investigación científica audaz. Otro ejemplo de lo discutible de los resultados a que conduce la tesis de Cousiño lo depara el hecho de que el autor, al tratar de la acción médica en casos de huelga de hambre, admite la utilización de la fuerza (pág. 489), posición que sólo sería sostenible si, como parece hacer el profesor chileno, entenderíamos al huelguista como un suicida, cosa no siempre posible.

La tesis de la atipicidad de la acción de curar (en contra de quienes sostienen que se trata de un hecho amparado por una causa de justificación) tiene el mérito, según el autor, de hacer innecesaria la apertura del procedimiento criminal. Sin embargo, este ahorro procesal es discutible desde el momento en que esa misma acción, impulsada por la misma finalidad de curar, cobra relevancia penal en caso de fracaso con incumplimiento del deber de cuidado.

Con estas páginas hemos querido dar una ligera información sobre el rico contenido de esta importante obra. Como última observación he de informar sobre la enorme erudición de la obra en la que el autor se enfrenta con todas las posiciones que, sobre los temas relacionados con la antijuricidad, han adoptado los autores antiguos y modernos de nuestro círculo cultural europeo y americano. Respecto de la literatura española hay continuas referencias a los profesores Antón, Cerezo, Córdoba, Cuello Calo, Ferrer Sama, Gimbernat, Jiménez de Asúa, Pacheco, Puig Peña, Quintano, Rodríguez Devesa, Rodríguez Mourullo, Rodríguez Muñoz, Del Rosal, Silvela, Suárez Montes y Viada. Es de lamentar que problemas de comercialización de la literatura jurídica latinoamericana obstaculicen la difusión de obras como la presente que, sin duda alguna, sigue los pasos de los grandes tratados de Derecho penal que, en lengua castellana, se han editado a ambos lados del océano.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

**GARCIA MARIN, J. M.:** «El aborto criminal en la legislación y la doctrina (pasado y presente de una polémica)». Ed. **EDERSA**, Madrid, 1980. 244 páginas.

Esta monografía de García Marín, que viene a dar una nueva dimensión histórica a la debatida cuestión del aborto, está dividida en dos grandes partes: una referida al aborto criminal en los siglos XVI al XVIII, y la otra dedicada al aborto criminal en el período codificador.

El autor acaba la obra con un «Epílogo que puede ser Prólogo», en el que recoge, a mi juicio, el motivo que le movió a la realización de este estudio científico. Parece ser su fundamental preocupación demostrar que el tema del aborto se ha colocado hoy en una dialéctica de posiciones radicales (de un lado nuestro Código penal vigente y la Iglesia; del otro lado los partidarios del aborto libre) que no se corresponden con las posiciones mantenidas en anteriores momentos históricos.