

REVUE PÉNITENTIAIRE ET DE DROIT PÉNAL

Julio-septiembre 1949

BACHET, M.: "LA MYTHOMANIE. OBSERVATIONS DE CAS MEDICO-LEGAUX. RECHERCHES SUR LA STRUCTURE", pág. 255.

La monomanía de mentir y creerse las fábulas o invenciones que relata el embustero, como si las hubiera presenciado o realizado, es vista, por el autor del trabajo, a través del *mitómano cómico* y del *mitómano trágico* con el relato de historias clínicas interesantes y observaciones atinadísimas en medicina legal, ya que constituye una neurosis anormal, con ensueños también anormales, con agitaciones nocturnas y, a veces, con manifestaciones de sonambulismo.

Se encuentran a los enfermos, o sujetos que la padecen, manifestaciones de histerismo, si no en todos los casos, en algunos de los asistidos por Bachet, y la totalidad acusa una deficiente o débil voluntad para exteriorizar lo que piensan o tardanza en explicar el objeto presentado al paciente y utilidad de aquél. Se comprueba en estos débiles mentales una falta de asistencia a la escuela, con frecuencia y aptitud defectuosa para la escolaridad; imposibilidad de concentrar la atención sobre la pregunta que se les hace, o el problema que se les plantea, aunque en el interrogatorio o en el caso aducido para averiguar la fuerza discursiva del entendimiento contengan narraciones agradables y recreativas para interesar a un niño normal; deduciéndose del exámen clínico fenómenos neuróticos, que se traducen en impulsos difíciles de dominar, fugas inexplicables, actos de glotonería y hasta crisis epilépticas. Tal es, en suma, la interesante y sugestiva conferencia o extracto, publicado ahora como artículo, de un trabajo general que lleva por título "La criminalidad por déficit de controles superiores y el problema de la encefalitis criminógena".

D. M.

ITALIA

REVISTA ITALIANA DE DIRITTO PENALE

Año II. N. S. Núm. 6. Noviembre-diciembre 1949

MAURACH, Reinhart: "L'EVOLUZIONE DELLA DOGMATICA DEL REATO NEL PIU' RECENTE DIRITTO PENALE GERMANICO", páginas 637-657.

El tema objeto de este trabajo representa una síntesis muy precisa de la evolución del problema más importante y fundamental del Derecho penal.

El autor, enfrentado con un tema de extraordinaria amplitud, consigue, sin embargo, precisar del modo más exacto los distintos momentos de la evolución de la dogmática del delito, prescindiendo de las construcciones científicas de la época del nacionalsocialismo, por estar vinculadas fundamentalmente a determinados presupuestos políticos y filosóficos. Es decir, que omite conscientemente todas las tentativas de construcción típicamente nacionalsocialistas, que por iniciativa de la Escuela de Kiel, a partir del año 1935, propugnaron una concepción unitaria del delito, previa la repulsa de lo que se consideró una equivocada atomización de la concepción tradicional, lo que motivó que la doctrina se lanzara hacia una grave confusión de los distintos elementos de la infracción penal, además de una proyección de la teoría del delito, hacia lo que se calificó de Derecho penal de autor.

Por otra parte, Maurach, en su exposición separa perfectamente las cuestiones dogmáticas, tanto de los problemas de política criminal como de las exigencias de la práctica jurídica, y, en fin, nos ofrece un trabajo de importante valor informativo sin que, por otra parte, falten en el mismo apreciaciones personales de la más alta calidad.

La evolución de la dogmática del delito en el estudio que anotamos comienza con una referencia, ello era indeclinable, al concepto de Tatbestand, que Beling, como es sabido, confirió una impronta original, ya que con anterioridad la noción del delito se configuraba dentro de "una acción antijurídica, culpable, sancionada con una pena", apéndice éste de la punibilidad del presupuesto fundamental de la antijuridicidad, elemento cardinal colocado de un modo incondicionado como clave de la doctrina del delito, y sistematización teórica que venía vinculada a la grandiosa teoría de las normas de Binding.

Ello era lógico, partiendo del punto de vista de este autor, puesto que si el contenido ilícito de la acción criminal venía reconducido a la desobediencia de normas imperativas o prohibitivas, que forman el sustrato de las leyes penales sancionadoras, era perfectamente lógico que la cuestión de la antijuridicidad fuera la primera en presentarse. Naturalmente, que como aquella desobediencia no podía referirse a cualquier clase de normas, sino a las sancionadas con una pena, el requisito de la punibilidad era consiguientemente una exigencia lógica indeclinable.

Beling mismo se refirió a estos elementos del delito comúnmente reconocidos, y su conformidad al tipo, de simple atributo accesorio destinado a señalar los límites del Derecho penal a través de la calificación de acción sancionada por una pena, llegó a ser la forma fundamental del delito; esto es, que aquella determinada acción tipificada por el legislador, en virtud de esta configuración, podía automáticamente considerarse como antijurídica, con la consecuencia de que mientras, en general, disminuía la necesidad de averiguar si la acción conforme al tipo fuese también antijurídica; por otro lado, surgía, sólo en casos dudosos, la necesidad actual de investigar una eventual causa de justificación de la acción conforme por sí misma al tipo penal.

El autor se refiere luego a cómo Beling consideró el mismo Tatbestand desde un punto de vista meramente objetivo, ya que el subjetivo fué re-

chazado por este autor, que, según su punto de vista, este elemento (intención, dolo, etc.) debía tenerse en cuenta en la doctrina de la culpabilidad.

Esta concepción sólo pudo afirmarse por poco tiempo. Su punto débil, bien pronto puesto de relieve, fué la limitación del Tatbestand a la esfera de lo que viene percibido objetivamente, con lo que no era posible agotar todos los tipos bajo el aspecto objetivo, así como no se podía pensar en explicar un elemento subjetivo en la categoría de la culpabilidad. Esta segunda posibilidad podía, eventualmente, ser todavía admisible, en cuanto se siguiese la concepción positiva psicológica de la culpabilidad como dolo, intención, etc. Mas al llegar al problema de la culpa, era necesario cambiar de ruta, con lo que no quedó otra solución que ampliar el concepto originario, para dar lugar también al elemento subjetivo, y en esta dirección se proyectaron los trabajos de Hegler, M. E. Mayer y, sobre todo, de Mezger. Particularmente bajo el influjo de este último se hace opinión general la de que en todos aquellos casos en que el tipo legal contempla el requisito de una determinada intención o tendencia del agente, debe ser tomado en consideración no sólo en relación a la culpabilidad, sino dentro del marco del Tatbestand, que constituye en sentido lato la base de aquélla.

Maurach, continuando su exposición, alude al concepto normativo de la culpabilidad, propugnado por primera vez por Frank, que trató de demostrar que si la culpabilidad es verdaderamente un concepto unitario de valores, requiere algo más que la simple relación psicológica entre agente y evento, principio concretado por Frank en la normalidad o anormalidad de las circunstancias concomitantes. Esta teoría representó un progreso. En adelante sería posible concebir la culpabilidad como reprochabilidad. Además, se presentó por primera vez la posibilidad de considerar al dolo y la culpa como partes constitutivas o elementos de un único concepto superior. En fin, venía a ser reconocida la existencia de los elementos objetivos de la culpabilidad, interesante contraposición de los elementos subjetivos del Tatbestand, lo que determinó se hiciera más elástica la rígida y esquemática división entre injusto y culpabilidad.

Todavía este indudable progreso, sigue Maurach, fué origen de nuevas controversias, tanto porque el dolo y la culpa, aunque encuadrados en un superior concepto normativo, no podían ser tratados sobre un plano de estricta conexión, como por aparecer incompatibles entre sí la esencia psicológica del dolo, y la innata naturaleza normativas de la culpa. Estas discrepancias trataron de soslayarse repetidamente en tentativas para encontrar una composición. Así Radbruch intentó despojar a la culpa de su carácter forzosamente normativo, para salvar el concepto superior de una culpabilidad, todavía limitada exclusivamente al plano psicológico; Merkel, al contrario, trató de tomar el elemento normativo para el concepto superior de la culpabilidad, y Kolhrausch negó a la culpa específica cualquier carácter de culpabilidad, resultado insuficiente que debió motivar ulterior desenvolvimiento.

Pasa el autor de esta síntesis, después, a referirse al nuevo curso de

las discusiones en torno a la doctrina del Tatbestand, y a la de la acción, con base común incontestable si se tiene presente la fluidez de los límites entre acción y figura delictiva. Dice que la más reciente evolución se conduce a las teorías de V. Weber, Graf Dohna, H. Mayer y Welzel. El primero se mueve dentro de una dirección esencialmente positivista, con su división de las figuras delictivas de la parte especial del Código penal en causales y finales, y después de ocuparse de las distintas direcciones, se refiere a la llamada doctrina finalista, y a las discusiones que motivó, diciendo que es prematuro hoy decir en qué medida esta tendencia se afirmará en la dogmática con todas sus consecuencias, y que no se puede desconocer el número de autores que propugnan una concepción de la culpabilidad no cristalizada en los esquemas tradicionales, sino definida como puro juicio de valor sin residuos psicológicos.

Maurach se refiere después al problema de la llamada conciencia de la antijuridicidad, aludiendo a la que llama dogmática conservadora, que la considera como elemento del dolo, y se inclina a reunir conjuntamente todos los casos de error, incluso sobre el hecho tipo, como causa de exclusión del dolo, mientras no pueda atribuir al error sobre la norma ninguna influencia en relación al dolo, limitándose a atribuirle un puesto mucho más modesto en la teoría de la culpabilidad.

Pasa a tratar después de las objeciones que se hicieron al concepto de acción de Welzel, diciendo que, no obstante aquéllas, no se excluyó que los delitos culposos puedan incluirse en las categorías de la teoría finalista. Las divergencias, dice, se relacionan sobre todo con el hecho de que quieran atraerse dentro de la órbita de la acción, por ser también consecuencia de una actividad voluntaria, pero esta dirección hace ciertamente imposible considerar también al delito culposo como una acción, según la teoría finalista, porque el sujeto que actúa culposamente no tiende a producir el efecto antijurídico, que se ha producido en la realidad.

Asegura Maurach que el finalismo *prima facie* ha cumplido la obra iniciada por Frank para elevar desde un plano normativo la culpabilidad propia de los delitos dolosos, puesto que el dolo en todas sus formas no es más que un elemento constitutivo de aquella culpabilidad que condiciona la pena. Analiza luego la opinión de que considera elementos de la culpabilidad, la imputabilidad, la conciencia de la antijuridicidad y la no concurrencia de causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto. Esto en la normalidad legal de las circunstancias de la acción, o la exigibilidad de un comportamiento conforme a la Ley. Se refiere también esta exigibilidad, dentro de los motivos de exclusión de la antijuridicidad, lo que constituye en su opinión en algún caso, una regresión a puntos de vista anteriores, sobre todo en relación al estado de necesidad, con la consecuencia de tratarlo como causa de justificación, punto de vista que Maurach no cree acertado. Tampoco está de acuerdo con aquellos autores que atribuyen la eficacia de excluir la culpabilidad a las llamadas circunstancias de hecho anormales, porque en su opinión el Derecho penal no puede operar sobre la base de presunciones de culpabilidad. En cambio, entiende que el verdadero y propio elemento característico de la culpabilidad es la imputabilidad. Por eso, agrega, determinadas causas eximentes aparecen mo-

viéndose en un terreno intermedio entre antijuridicidad y culpabilidad, y dice que entre el elemento característico de la antijuridicidad, que se refiere exclusivamente a la valoración del hecho, y la culpabilidad que funciona exclusivamente en relación a la medida del valor del sujeto concreto, es necesario introducir un grado intermedio, calificado de *responsabilidad del hecho*, y cuando se actúa así se comete un delito, cuya afirmación por sí solo representa una simple constatación sin consecuencias jurídicas, pero que una vez establecida la presencia de los demás presupuestos, se acredita como base idónea para soportar todo el peso de las reacciones previstas por el Estado contra el delito. No es que se reconozca la imputabilidad del agente, sino que se afirma su peligrosidad, con la consecuencia de la aplicación de la medida de seguridad pertinente, y si corriera también la culpabilidad con aquélla, se daría el supuesto que permitiría acumular la pena a las medidas de seguridad. Esta concepción corre el riesgo de ser confundida con la dirección italiana positivista de *responsabilidad legal*; pero Maurach, después de afirmar que la bifurcación de la sanción penal en pena y medida pertenece a la esencia del Derecho penal alemán, dice que la llamada *responsabilidad del hecho*, en contraposición a la dirección italiana *responsabilidad legal*, no constituye la base inmediata de la reacción, sino sólo el punto en el cual se inserta la bifurcación del sistema penal de carácter binario. Esta *responsabilidad del hecho* por sí sola no es el fundamento ni de la culpabilidad ni de la peligrosidad, ya que la primera deberá ser declarada para justificar la pena, y la segunda deberá ser afirmada, en el caso de los no imputables, para abrir la vía de las medidas de seguridad.

Por último, Maurach se ocupa del problema del delito culposo y de la escisión producida en la doctrina, no superada por la teoría finalista. El criterio referido a las reglas en diligencia, cuya observancia se pretende por parte de aquéllos, que quieren evitar el reproche de haber actuado culposamente, no basta para aclarar el concepto, sobre todo por la relación del problema con el Derecho civil, que, como es sabido, se contenta habitualmente con un criterio objetivo y general, que permite afirmar que actúa culposamente, el que omite la diligencia necesaria según las reglas exigidas con carácter general. No se plantea, pues, el problema de la capacidad personal ni de las condiciones del agente. Es un criterio objetivo que, en cambio, no sirve para el Derecho penal, que necesita establecer si el agente ha observado la diligencia que para él era posible, y solamente en el caso de que este segundo requisito sea resuelto afirmativamente, se tiene un concepto de culpa en sentido penal.

Acerca de este concepto, dice Maurach que es exacto en el resultado, pero errónea la construcción. No cree que el concepto del deber sea compatible con el de la culpabilidad, aunque reconozca que es indispensable en otros aspectos, ya que también en los delitos culposos, entre antijuridicidad y culpabilidad, hay que tener en cuenta el elemento intermedio de la responsabilidad, cuya declaración es también necesaria en este caso, y el interrogante se plantea dentro de los términos de diligencia que de él se podía preterder en aquella situación concreta, pero no gravando el concepto de culpabilidad con generalizaciones inadmisibles, para no quedar

desarmado frente al problema, tan relevante desde el punto de vista práctico, de la culpa de los sujetos no imputables. La culpa, asegura Maurach, por contraposición al dolo, es siempre un concepto normativo, pero la regla de conducta no puede ser individualizada en términos tan absolutos para dejar abierta la posibilidad de discurrir en torno a lo que puede pretenderse de los incapaces, como lo han puesto en evidencia las discusiones sobre el hecho culposo cometido en estado de embriaguez.

Maurach cree que la única solución posible es la determinación de criterios generales, dentro del ámbito de la llamada responsabilidad de hecho, y de aquellas individuales en el ámbito de la culpabilidad.

Por último, Maurach recoge algunas consecuencias prácticas del punto de vista expresado, y dice que el juicio de culpabilidad se podrá concebir como un "deber ser", encuadrado en un Derecho penal fundado sobre la ética y sobre los principios de la responsabilidad individual. Teniendo en cuenta que juzgamos a un hombre que ha hecho mal uso de un don que le ha sido concedido, la capacidad de entender y querer, y que con su actuación no solamente se ha alejado de las normas de conducta media, sino que también ha caído de aquel potencial que entraña su "yo mejor", que tiene su fundamento precisamente en aquellas posibilidades intelectivas y volitivas.

COLACE, Filippo: "LO SCIOPERO NELLA LEGISLATIONE ATTUALE"; págs. 658-665.

El presidente del Tribunal de Cremona nos ofrece en este artículo un comentario acerca de la aparente antinomia que existe entre las disposiciones de la Constitución italiana y las del Código penal vigente en materia de huelgas, en relación con la opinión de que deben considerarse derogadas todas las disposiciones que las configuran como delito, para evitar la total incompatibilidad con la norma constitucional, que las contemplan permitiendo el ejercicio de tales derechos dentro del ámbito de las leyes que las regulen.

Para Colace el titular de un derecho puede por distintas razones estar privado de la posibilidad de su ejercicio, y como ejemplos señala la pérdida o suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la potestad marital, la prohibición del ejercicio de una profesión, la inhabilitación, interdicción, etc.

Asegura que puede en ocasiones ocurrir que el derecho se ejercite sin ninguna especial autorización, pero a pesar de ello, se pueden imponer suspensiones o limitaciones, con la consecuencia de que la existencia de derechos no determina necesariamente en todo caso la posibilidad de su ejercicio, bien porque unas veces sea precisa una declaración de voluntad de un órgano administrativo, bien porque pueda producirse una limitación, suspensión o supresión de aquel derecho.

Con estos antecedentes el autor del artículo analiza el art. 40 de la Constitución italiana, que dice: "Que el derecho a la huelga será ejerci-

tado en el ámbito de las leyes que lo regulen", con lo que parece que sólo puede serlo dentro de los límites de tutela de los intereses públicos.

Dice el magistrado italiano que si bien la huelga es una lucha, no limita sus efectos a los intereses que están en oposición o contraste, porque produce efectos dañosos inmediatos, casi siempre irremediables, para la sociedad; por ello las palabras del texto constitucional quieren expresar o bien que las leyes deben dejar inalterado el ejercicio del derecho a la huelga, limitándose a regular cómo los daños que irrogan deben de ser producidos, o puede significar también que el ejercicio del derecho de huelga para determinadas categorías de trabajadores debe regularse en consideración de la empresa de quien dependen y de la naturaleza del servicio que prestan. Para ver cuál de estas dos interpretaciones es la exacta, dice Colace que hay que fijarse en el art. 4.º de la misma Constitución, no menos importante que las demás disposiciones, y que dice: "Todo ciudadano tiene el deber de desenvolver, según sus propias posibilidades, una actividad o una función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad". Esto quiere expresar que no debe comportarse solamente de modo que no perturbe o modifique el estado material o espiritual de la sociedad, sino que debe de contribuir al progreso de la misma. De esta afirmación se deduce necesariamente la consecuencia que los derechos que la Constitución reconoce al ciudadano no pueden ser ejercitados caprichosamente, y que el interés individual debe coincidir con un interés social. Por ello, los dos términos, individuo y sociedad, no pueden tener otro valor que el que se deriva del principio de que en el posible contraste entre la libertad del particular y el interés social es el primero que debe ser sacrificado en favor del segundo. Por estas y otras razones el autor del artículo entiende que la interpretación del precepto constitucional no puede ser la de que la Ley se limite a regular cómo el daño debe ser producido a la sociedad, interpretación que sería absurda, sino que el sentido debe ser de que el poder legislativo tiene facultad de especificar los casos en que el derecho de huelga puede ser ejercitado. Por ello, de la misma manera de que el que lleva un arma sin licencia perpetra una infracción penal, de la misma manera es lícito ejercitar el derecho de huelga de un modo contrario a lo dispuesto en las Leyes.

Asegura Colace que el principio de que el interés de la sociedad debe de prevalecer sobre el individuo no significa un retorno al pasado régimen, cuyo error fundamental fué considerar no al individuo como medio, sino al Estado como fin, y después de unas consideraciones referentes a la inadmisibilidad de los principios del fascismo, concreta algunos preceptos constitucionales nuevos que distinguen el Estado de la sociedad y en la que el individuo es medio con respeto al Estado y al mismo tiempo fin con respecto a la sociedad.

Se termina el artículo con una serie de consideraciones sobre la posición del ciudadano en relación al Estado en la actual ordenación política italiana.

El trabajo del magistrado Pilippo Colace contribuye a situar el problema del derecho a la huelga dentro de principios jurídicos que parecen insoslayables, para impedir todos los excesos demagógicos, pero es eviden-

te que la huelga desaparecería si el Estado arbitrara un sistema procesal que resolviera justamente las discrepancias entre productores y empresarios. Es más que probable que el derecho laboral del futuro, en su constante perfeccionamiento, impida también en este caso el ejercicio de estos derechos en forma de autoayuda, que sólo excepcionalmente aparece autorizada en el derecho moderno (legítima defensa, estado de necesidad y algunos casos singularísimos en el derecho privado). Para ello no es necesario una consideración totalitaria del Estado, basta que el derecho laboral llegue a adquirir una madurez como la que han alcanzado las demás ramas jurídicas, que han proclamado el principio de que "nadie puede tomarse la justicia por la mano".

* * *

Entre las noticias y comentarios que aparecen en el número de la revista que anotamos, se encuentran algunos en relación a la reforma del Proceso penal, tanto por lo que se refiere a la organización de los Tribunales como por las modificaciones en materia de recursos.

El objeto de la discusión parlamentaria en relación a los referidos problemas, se concreta fundamentalmente en la aplicación del principio constitucional de la participación del pueblo en la administración de justicia, pero con unidad colegial entre magistrados y jueces populares, siendo elegidos éstos últimos sobre la base de títulos académicos, que para algunos Tribunales se concreta en el título de Bachiller, y para otros el facultativo superior.

También se propone el establecimiento del principio de la doble instancia en materia penal y determinándose la competencia de los Tribunales sobre la base de un criterio cualitativo. Entre las enmiendas que serán objeto de discusión se encuentra la que solicita se faculte al inculcado rebelde para realizar actos procesales por medio de procurador especial, encuadrando el sistema de modificaciones para los casos de contumacia dentro del régimen normal.

Además, se propone que el defensor del inculcado informe en último lugar también en la vista del recurso de casación. Esta propuesta merece con razón la aprobación del comentador de la revista.

Por último, se insertan en el fascículo que anotamos algunas interesantes notas a distintas sentencias, debidas a Capozzi, Baffi, Zuccala, Sansó, Guarneri, Allegra y Bettiol.

Unas interesantísimas notas bibliográficas completan el contenido de este número de la *Rivista Italiana di Diritto Penale*.

ARCHIVIO PENALE

Enero-febrero 1949

MAGGIORE, Prof. Giuseppe, titular de Derecho penal en la Universidad de Palermo: "NORMATIVISMO E ANTINORMATIVISMO NEL DIRITTO PENALE"; pág. 3.

Observa el profesor Maggiore, con su característica elegancia de estilo, la actual revalorización de los problemas de filosofía jurídica y de ciencia general del Derecho.

Uno de los más interesantes es, sin duda, el del *normativismo*, cuya edad de oro fué remontada al no llegar el kelsenismo a conquistar la unanimidad de opinión; sin embargo, aun después de su desplazamiento de la dominante posición que ocupaba en el terreno filosófico y teórico general, el normativismo—repetiendo un fenómeno bastante frecuente—encuentra refugio en el campo penalístico, en el que se habla por doquier de *actos normativos*, de *normalidad* de la conducta, de *presupuestos normativos*, de *elementos normativos* de las figuras delictivas, de *tipos normativos de autor*, de *culpabilidad normativa*, y así sucesivamente, manejándose con excesiva ligereza la palabra y el concepto, que llega a ser empleado como un elástico "chewing-guns", lo que obliga a procurar su depuración, reconduciéndolo a su original y prístino significado.

Discurre Maggiore sobre el sentido y estructura de la norma en las diversas doctrinas modernas que parten de Kant, en la Filosofía, y de Labaud, en la Ciencia jurídica, para culminar en Kelsen, que reduce, en sustancia, toda la vida jurídica a un reticulado de normas; contra cuya exageración reaccionan con viveza el *decisionismo* y el *institucionalismo*, en nombre del Derecho vivo y fluyente. Analiza las tres diversas formas en que puede manifestarse la voluntad normativa (*imperio material* incontrastable, *regla legal* y *norma* por antonomasia, como son las morales y estéticas, que dejan a salvo la libertad del espíritu); aborda el tema de la pretendida identidad entre *norma* y *valoración* (tenaz supervivencia de la "Wertphilosophie" en el Derecho penal) y de los momentos legislativo y judicial de la misma norma; examina y contrasta la correlación entre *norma* y *Derecho*, así como la corriente de *legalización* del Derecho y la reciente diferenciación dogmática entre ley y norma, referidas, respectivamente, a los conceptos de ley formal y ley material, y rechaza el criterio formalista que pretende despojar a la ley de todo contenido de justicia, ya que, desprovista de tal dignidad, la ley se envilece y reduce a una manifestación de fuerza bruta.

Examina, ya en sus estrictos límites, el problema del normativismo en el Derecho penal (señoreado de modo exclusivo por el principio de legalidad), con todas sus distinciones y variedades técnico-jurídicas y con la obligada referencia a Binding, cuya tesis escisionista entre precepto y sanción penal elogia Maggiore en su principio y rechaza en su conclusión.

Dedica Maggiore la parte final de su artículo a la consideración del hecho y del delito; elementos normativos del tipo penal; omisión normativa;