

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO II  
FASCICULO II



MAYO - AGOSTO  
MCMXLIX

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:  
EUGENIO CUELLO CALON  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Madrid

Subdirector:  
JUAN DEL ROSAL  
Catedrático de Derecho penal de la  
Universidad de Valladolid

Secretario:  
DIEGO MOSQUETE  
Profesor Adjunto de Derecho penal de  
la Universidad de Madrid

## INDICE

	<u>Páginas</u>
<b>Sección Doctrinal</b>	
<i>La reforma procesal en la Argentina</i> , por Juan José González Bustamante. . . . .	225
<i>Doctrina de Fray Pedro de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal</i> , por José María López Ríocerezo. . . . .	242
<i>Lo parapsicológico en la investigación criminal</i> , por Antonio Alvarez de Linera. . . . .	263
<b>Sección Legislativa</b>	
<i>Segunda Reforma de la Casación Penal</i> , por Enrique Jiménez Asenjo. . . . .	275
<b>Sección de Jurisprudencia</b>	
<i>De la relación concursal entre falsificación y estafa</i> , por Juan del Rosal. . . . .	283
<i>Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1949</i> , por José María González Serrano. . . . .	293
<b>Revista de libros</b> . . . . .	311
<i>Almaraz Harris, José</i> : "Tratado teórico de Ciencia penal". Tomo II "El delincuente"; <i>Marqués de Beccaria</i> : "Tratado de los delitos y de las penas"; <i>Marqués de Dragonetti</i> : "Tratado de las virtudes y de los premios"; <i>Castejón, Federico</i> , "Teoría de la continuidad de los Derechos penal y ci-	

**ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS

SERIE 1.º

PUBLICACIONES PERIODICAS

NUMERO 3

**ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS**

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

TOMO II  
FASCICULO II



MAYO - AGOSTO  
MCMXLIX

---

---

*Es propiedad. Queda hecho el depósito y la inscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.*

---

---

# **SECCION DOCTRINAL**



**JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE**

LA REFORMA PROCESAL EN LA ARGENTINA

**JOSE MARIA LOPEZ RIOCEREZO**

DOCTRINA DE FRAY DE ARAGON ACERCA DE  
LA LEY, ETC.

**ANTONIO ALVAREZ DE LINERA**

LO PARAPSICOLOGICO EN LA INVESTIGACION  
CRIMINAL



# La reforma procesal en la Argentina

Por el Lic. JUAN JOSE GONZALEZ BUSTAMANTE

Profesor de Carrera de la Escuela Nacional de Jurisprudencia de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor titular de Derecho penal y de Procedimientos penales en la Escuela Libre de Derecho. Miembro honorario del Instituto Nacional de Criminología de la República de Cuba y del Instituto Peruano de Derecho procesal. Académico de número de la Academia Mexicana de Ciencias penales y Socio de la Sociedad Mexicana de Medicina Forense y Criminología

## I

El Gobierno argentino envió recientemente al Congreso Federal el proyecto de Código de Procedimientos en materia criminal, elaborado por una comisión de juristas bonaerenses, bajo la dirección del Ministro de Justicia e Instrucción Pública, Doctor Belisario Gaché Pirán. El proyecto fué discutido ampliamente por el Senado y por la Cámara de los Diputados, pero se dejó al Poder Ejecutivo Nacional fijar la fecha en que entre en vigor. La novísima Ley Procesal<sup>o</sup> tiene por objeto hacer más expedita la Administración de la justicia ordinaria en la ciudad de Buenos Aires, y además, acomodar la aplicación de las normas rituales con los dictados de la Carta Fundamental de la República. En América, las leyes del procedimiento han conservado su vieja estructura. Aún no podemos decir que exista una completa autonomía entre lo que es el rito; es la "ratio essendi" de las leyes procesales y los preceptos de Derecho sustantivo o los que más bien corresponden a las leyes de organización. Todavía encontramos lo que es usual en las leyes españolas, como el Fuero Juzgo y las Partidas: una mezcla confusa de preceptos de Derecho material con preceptos de orden ritual, y es de observarse cómo en la labor codificadora se ha dado preferencia a las leyes sustantivas, menospreciándose el estudio del Derecho ritual, que, según la feliz definición de Mezger, "regula el ejercicio y la realización práctica de las pretensiones penales del Estado". Con razón decía el gran Carrara que en el Derecho Penal hay muy poco que hacer, recomendando volver la vista al Derecho Procesal, que ha sido poco explorado, porque, sin una buena Ley de Enjuiciamiento que recoja las enseñanzas logradas en la cátedra, en la doctrina y en la práctica, todo esfuerzo de los órganos del Estado será infructuoso. Argentina, al revisar sus leyes procesales, marca el camino que debe seguirse para que el imperio de la Ley sea una realidad y se rompa con lo que aún tenemos de Dere-

cho formalista, que demora y dificulta la marcha regular de los procesos.

Antes de la última guerra, los jus. procesalistas de la vieja Europa, particularmente los italianos, dedicaron sus esfuerzos al estudio del Derecho Procesal. Von Bulow y Goldsmith, en Alemania; Carnelutti y Calamandrei, en Italia, llevaron a feliz término aquel principio anunciado por el genial Savigny de que la labor de codificación en el orden material y en el orden formal no ha de efectuarse de una manera desordenada e inconexa, sino que debe ser el fruto de meditaciones direcciones, de un análisis cuidadoso de las esencias rituales, que son, sin género de dudas, el ámbito de protección a los derechos ciudadanos y el camino indispensable para que las leyes sustantivas sean plenamente aplicadas.

La evolución del pensamiento jurídico contemporáneo reclama mayor coordinación y armonía en las diferentes ramas del Derecho. El mundo del presente anhela sacudirse las vanas fórmulas que convierte en interminable la tramitación de los procesos. Por mucho que se especule en la doctrina, siempre existirá el imperativo de que las leyes se ajusten a las exigencias sociales. Un Código Penal que recoja en sus preceptos las más avanzadas teorías resulta impracticable y contrario a la realidad con una defectuosa Ley de Enjuiciamiento. Las leyes procesales contemporáneas no responden a estos propósitos. Inspiradas en razones políticas o de conveniencia, son una constante amenaza y origen de incalculables dificultades, por la complejidad que revisten para la vida moderna. Democratizar el Derecho y hacerlo más accesible al conocimiento del pueblo; interpretar lo que imperativamente demandan los tiempos nuevos es lo que debe presidir el esfuerzo del legislador, y Argentina inicia esta tarea con una obra que no es perfecta, pero que aspira a satisfacer mejor las exigencias de la colectividad.

El Código de Procedimientos en materia criminal que ha regido en la metrópoli argentina data del año 1882. En la labor de codificación procesal, Argentina ha marchado paralelamente con nuestro país. El primer Código de Procedimientos penales para el Distrito y territorios federales de la República de México fué de 15 de septiembre de 1880, al triunfo de la revolución de Tuxtepec, que elevó al Poder al general don Porfirio Díaz, y lo suscribe su Ministro de Justicia, el gran jurisconsulto caxaqueño don Ignacio Mariscal; pero durante nueve años se estuvo trabajando concienzudamente en la elaboración de la ley. En la Argentina, la labor inicial de codificación quedó encomendada a los juristas Manuel Obarrio y Emilio Coni, consagrados por su sapiencia en el Foro de su país.

## II

Manuel Obarrio y Emilio Coni fueron los precursores en la labor de codificación, y su tarea no fué infecunda, sino que sirvió de base para que otra comisión, integrada por los doctores Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Juan E. Barra, continuaran sus trabajos, que años después se convirtieron en ley, al promulgarse el 10 de enero de 1889 el Código de Procedimientos en materia criminal. Este ordenamiento vino a responder a un gran anhelo nacional que desde los primeros días de la independencia argentina se hizo sentir; pero los tiempos modernos reclaman nuevas estructuras, y lo que ayer fué venerado, ahora ha dejado de serlo.

El Código de Procedimientos en lo criminal que el Presidente Perón envió a las Cámaras tiene de original la brevedad y precisión que emplea en sus normas fundamentales. Consagra en primer término los principios del "non bis in idem", del enjuiciamiento previo y de los tribunales preestablecidos; la prohibición de que se alteren o menoscaben las esenciales procesales y las tres formas de restricción de la libertad personal: por orden judicial de detención, por prisión preventiva o por sentencia ejecutoria.

El título segundo se ocupa del ejercicio de las acciones. En el artículo 60 consagra la acción penal pública, y establece que será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, que procederá de oficio, cuando no dependa de instancia privada, dejando a salvo los derechos del ofendido; pero, en ningún caso, el ejercicio de dicha acción puede interrumpirse, suspenderse o hacerse cesar. Distingue la nueva ley lo que es la instancia privada del ejercicio de la acción privada. Se observa en la nueva ley la influencia que ejerció en sus autores la doctrina francesa. En efecto: el Código de Instrucción criminal de Francia dispone que la acción para pedir la aplicación de las penas no pertenece sino a los funcionarios a quienes la ley expresamente les confía esta facultad, en tanto que la acción en reparación del daño causado por un crimen, por un delito o por una contravención, pueden ejercitarla todos aquellos que de cualquier manera han sufrido un daño. Ha sido objeto de vivas discusiones, principalmente en México, el papel preponderante que en el proceso penal se ha otorgado al Ministerio Público. Desde los más altos sitios de la jurisprudencia mexicana se ha combatido esta privilegiada situación del Ministerio Público frente al acusado, frente al ofendido por el delito y frente al propio juez. La acción civil en la nueva Ley Procesal argentina se traduce en la indemnización del daño causado o en la restitución de la cosa obtenida por el delito, reclamable a los directamente responsables o a los terceros, en el proceso penal, si se halla en tramitación, o en el proceso civil cuando, por cualquier circunstancia, se hubiese decretado la absolución del procesado. El Ministerio Público se

encuentra al margen de la velación. Sin embargo, puede actuar como promovente de la acción civil en dos casos: cuando el titular de la acción le hubiese delegado su mandato o cuando, siendo incapaz para hacer valer sus derechos, no tenga persona que jurídicamente lo represente. Al ofendido por el delito se le reconocen sus derechos; sólo en lo que se refiere a la reparación del daño y en su nombre, el Ministerio Público sólo puede actuar subsidiariamente como lo establecen los Códigos procesales de Francia, de Italia, de Alemania y Suiza.

El título tercero se ocupa del juez, la figura más destacada en el proceso, porque es el encargado de mantener y vigilar su marcha y equilibrio. Resuelve los casos de conflicto por jurisdicciones concurrentes (jurisdicción común, federal y militar) y el orden de juzgamiento, siempre que no existan tropiezos para las diversas jurisdicciones y la defensa del inculpado. Puede suceder que las causas se sigan simultáneamente: todo está previsto para evitar las demoras que suelen presentarse por conflictos de jurisdicciones.

Dos principios se destacan con fuerza inmovible: el principio de la instancia única y el principio de la colegialidad en la integración de los tribunales.

Los órganos de jurisdicción penal ordinaria son: la Cámara de Casación, las Cámaras en lo criminal, la Cámara de Apelación, las Cámaras en lo correccional, los jueces de instrucción y los jueces en lo correccional. En la primera instancia existe la instancia única para los delitos de mayor gravedad, encomendada a las Cámaras en lo criminal: para los delitos y faltas sancionadas con pena de prisión que no exceda de tres años y multa que no exceda de tres mil pesos actúan las Cámaras en lo correccional, igualmente con instancia única.

### III

Existe en el Derecho Procesal la acentuada tendencia a limitar el número de instancias, fuente constante de demoras y de complicaciones para la buena marcha de los procesos, hasta llegar a la consagración de la instancia única, con sus facetas perfectamente diferenciadas de instrucción y de juicio. En México, el Constituyente de 1857 estableció que "ningún juicio de orden criminal podrá tener más de tres instancias"; como petición de principio ante la complicada estructura de las disposiciones que regían el Enjuiciamiento Criminal, cargadas de inútiles trámites y de una cadena de complejidades que hacían la marcha del procedimiento casi interminable. Don Jacinto Pallarés y don Ricardo Rodríguez, a quienes debe tanto el Derecho Procesal Penal mexicano, observaron los variados fenómenos del procedimiento; los numerosos recursos y las escabrosas soluciones que se daban, muchas veces contradictorias e ininteligibles, por obra de las leyes circunstanciales, que ocasionaban un notorio retraso en la Administración de Justicia,

Argentina, en el ordenamiento que comentamos, conjuga el principio de la colegialidad jurisdiccional con el de la instancia única. Las Cámaras en lo criminal y las Cámaras en lo correccional son Cámaras colegiadas exclusivamente para juzgar a los acusados. Los tribunales instructores no son tribunales de sentencia. La función de instrucción termina con la conclusión del sumario. El juez que actuó en este período remite lo actuado a la Cámara respectiva. A los jueces de instrucción corresponde la instrucción de los procesos por delitos de mayor gravedad; a su vez, los jueces correccionales instruyen los procesos por delitos y faltas que merezcan pena que no exceda de un año o multa de unos mil pesos o inhabilitación.

Manduca ha dicho con sagaz acierto: "El juez único significa negación de toda garantía política; significa sistema autocrático y, por lo tanto, negación de libertad y de garantía constitucional." Sólo es dable la intervención del juez único en la instrucción de los procesos. Y el mismo autor agrega: "Un Gobierno se funda en garantías políticas, las cuales cuanto más verdaderas son, tantas más instituciones jurídicas y sociales suponen. La concentración de los Poderes significa absolutismo, así como la división, libertad que no ha de confundirse con autorismo, estatorismo o humanismo." No somos partidarios del juez único. Defendemos la colegialidad, que representa el verdadero criterio democrático, que es menester informe las instituciones jurídicas y sociales. El juez único está más expuesto a error que el tribunal colegiado: la unidad es un peligro para los juzgados y para la conciencia de los juzgadores; la discusión suscita dificultades, recuerda precedentes, ilustra los espíritus, tranquiliza la conciencia, y a veces, en medio del debate, aparece la idea verdadera, la palabra decisiva que hace cesar los disentiimientos. La justicia sería una utopía y una utopía el derecho de libertad individual, mentira las garantías constitucionales si se sancionara el principio de que el mismo juez instructor del proceso conozca luego del juicio. La verdad surge de la lucha, de la oposición de opiniones; en la atonía no está la luz, no puede encontrarse la verdad. La discusión muestra los errores. El juez único significa atonía, despotismo; en una palabra, violación de los principios que informan nuestro derecho público interno: vuelta al pasado, a la negación de la personalidad civil y jurídica. La institución del juez único viola la ley de la Humanidad, que camina hacia adelante.

Argentina ha recogido en su nueva ley estas enseñanzas ilustres de los grandes maestros, diferenciando las funciones de la instrucción y del juicio. Pueden encontrarse excelentes jueces instructores, de una gran visión, con ingenio, doctrina, tacto instructorio, institución y penetración, prudencia, golpes de vista, firmeza y valor cívico; con gran experiencia y de obrar independiente, con talento para escudriñar el corazón humano, con gran penetración psicológica para conocer a fondo los móviles pasionales y descorrer la cortina del mito que serían

malos sentenciadores, por llevar en su mente un acervo de prejuicios que adquirieron en la escuela del proceso. Para poder juzgar sin apasionamientos, para apreciar los hechos en su realidad y destruir las mixtificaciones que, como telarañas, oscurecen la limpieza visual, los jueces que sentencian deben ser distintos de aquéllos que instruyen. Pero en el período de juicio es indiscutible la necesidad de consagrar la colegialidad jurisdiccional con su incalculable precedente: la audiencia pública, garantía de acierto en los fallos judiciales.

#### IV

Los principios fundamentales que inspiraron al legislador argentino en la elaboración de la nueva Ley de Procedimientos en materia criminal fueron: la inmediación, la oralidad, la publicidad, la concentración procesal, la colegialidad jurisdiccional, la única instancia y la sana crítica. La ley se inspiró en tres Códigos europeos: los Códigos de Instrucción criminal francés e italiano y el de Enjuiciamiento Criminal español; pero preferentemente se tuvo a la vista el Código de Procedimientos en lo criminal que rige en la provincia de Córdoba, en Argentina, y que redactaron los doctores Alfredo Vélez, Maricorde y Sebastián Soler, a quienes corresponde el mérito de haber instaurado en el país, por vez primera, el juicio oral de única instancia ante tribunal técnico y colegiado. La oralidad debe hacer sentir su imperio en la etapa definitiva del proceso, si está complementada por el principio de la inmediación. Este principio, que consiste en el conocimiento directo que tiene el juzgador con el órgano de la prueba (acusado, testigo, perito, ofendido, etc.) permite que la verdad real sea apreciada con certeza por la personal observación que realiza el juez y por el directo contacto que tiene con los elementos de prueba y con los órganos que la producen. La inmediación es más necesaria para que adquiera conocimiento del juzgador en la etapa que precede a la sentencia, o sea, en la audiencia, en que las pruebas obtenidas en la instrucción deben repetirse y verificarse por el tribunal que sentencia, y en que los órganos de donde provienen deben ser conocidos directamente por los jueces. No es posible exigir al juzgador que encuentre la verdad con el simple análisis de las constancias procesales, y que conozcan a los órganos de la prueba a través de sus frías declaraciones. La inmediación y la oralidad se complementan para disipar las dudas. Alfredo Vélez Maricorde, uno de los procesalistas más destacados de Sudamérica, ha dicho en algunas de sus obras: "La oralidad es la forma lógica de esclarecer la verdad de los hechos, porque asegura la recepción directa de la prueba en que ha de basarse la sentencia, porque proscribiera cortapisas y limitaciones subjetivas, porque hace imposible toda argucia ilícita dirigida a entorpecerla o a ocultarla. La expresión, el gesto, la mirada, la actitud del imputado, del

ofendido y de los otros testigos y hasta sus propias condiciones físicas ponen de relieve las circunstancias objetivas del delito y los factores psíquicos o morales determinantes. El hecho delictuoso surge a la superficie con todos los elementos que la forma escrita oculta, desfigura o empaña, iluminándose con la intimidad del drama que lo explica. La luz se hace en torno a la personalidad de los protagonistas. El principio de individualización de la pena encuentra en la forma oral su verdadera realización: la escala penal, los fundamentos que la regulan. Nadie puede dudar que la oralidad es una exigencia racional que asegura una justicia mejor administrada, con arreglo a la verdad de los hechos y a la personalidad del delincuente. Pero es bien sabido que también simplifica las causas, evita incidentes y le imprime, mediante la concentración procesal que la acompaña, una celeridad extraña al complicado y lento procedimiento discontinuo de la forma escrita. Sin embargo, es necesario no confundir los conceptos y subvertir los términos: es un error grave pensar que el defecto del procedimiento escrito radica en el retardo de los procesos y en la prescripción que él favorece. Antes, y más que eso, el defecto fundamental estriba en que da una base deficiente y falsa a las decisiones judiciales:

No se pretende, con el reconocimiento de la oralidad y de la publicidad en la etapa definitiva del proceso, festinar los procesos. Los países más adelantados en materia procesal penal persiguen que los procesos sean rápidamente concluidos, pero muy lejos del vano prurito de festinarlos; lo que se procura es que la administración de justicia sea más rápida y expedita. Florián enseña que en el Derecho italiano la instrucción formal es la forma fundamental de instrucción, que sólo se observa para los delitos de máxima gravedad, que requieren, por sus formas complicadas, que el proceso marche con lentitud; pero esto no es inconveniente para que, cuando el delito haya quedado esclarecido, se pase de la instrucción formal a la sumaria, y de ésta, a la sumarísima. Puede iniciarse un procedimiento en la vía sumarísima y suceder que se presenten complicaciones para que se continúe en esta forma. Entonces se puede pasar de la sumarísima a la sumaria y si es necesario a la formal. No existe una sola forma de instrucción que es el origen de la rémora en los procesos. Estos pueden seguirse, según las circunstancias, por cualquiera de las tres formas señaladas.

## V

El principal anhelo del Ejecutivo Argentino al enviar a las Cámaras su proyecto de ley se condensa en la siguiente expresión: "Queremos por el cambio de procedimientos llegar a una justicia un poco más expedita. Tendemos al ideal de que el procesado entre por una puerta y salga por la otra, condenado o libre. En este sentido el Eje-

cutivo piensa que el esfuerzo que debe realizar la Nación no es extraordinario”.

Es necesario insistir en el tema: una ley penal, sólo contiene previsiones abstractas: conceptos generales cuya aplicación práctica requiere el concurso de la ley Procesal y si esta es defectuosa y no recoge en sus preceptos las enseñanzas del Derecho, el naufragio será completo. Por medio de las leyes procesales, se permite a los particulares hacer efectivo sus derechos, ante la omnipotencia del Estado. Si la Ley Procesal es completa y saturada de inútiles formalismos, la Ley Penal no alcanzará a manifestarse en la realidad. Sus preceptos serán vanos y arbitrario el modo de aplicarlos. Un código de Procedimiento en lo Criminal no debe ser hecho a la medida del deseo del acusador o del acusado: debe estar por encima de sus pretensiones; debe ser una ley de equilibrio en la colisión de intereses en juego que se ventilan y deciden en el proceso: los intereses de la sociedad que persigue la restauración del derecho violado tomando al proceso como instrumento, y el interés del encausado que exige el cumplimiento en su persona, de las garantías que le otorga la Constitución Federal. Si la substanciación del proceso se rige por la observancia de normas arcaicas y desusadas, el interés de la sociedad será secundario; por lo interminable y confuso, de la Justicia se pasará a la venganza. Muchas veces, y esto es bien sabido, la demora en la tramitación de los procesos no depende de los hombres encargados de juzgar, sino de la Ley misma. La lentitud y el retraso ocasionan la repulsa y la desconfianza que la Sociedad tiene a la Administración de Justicia. Debe buscarse una forma eficaz que sin menoscabo de las garantías del procesado tenga los atributos de simplicidad y de celeridad. El procedimiento criminal debe ser rápido, certero y justo y debe, además, satisfacer las exigencias de la verdad y de la justicia; para lograrlo se necesita vigilar cuidadosamente porque el articulado sea claro y coherente a fin de evitar las interpretaciones teleológicas que ciertos juristas suelen hacer con menoscabo del espíritu que guió al legislador.

El legislador argentino, con atinado juicio, no quiso dejar en manos del Ministerio Público la práctica de las diligencias iniciales para proveer al ejercicio de la acción penal. El Juez argentino, como el Juez francés, es la figura más destacada en el proceso. El Ministerio Público sólo tiene en sus manos la función de acción y de requerimiento ante los tribunales. Según el artículo 149 de la Ley Procesal que comentamos, la presentación de denuncias o de querellas debe hacerse en el orden establecido, ante los jueces de instrucción; ante los funcionarios del Ministerio Público o ante la Policía. El artículo 155 dispone que cuando la denuncia se haga ante funcionarios del Ministerio Público, éstos la remitirán inmediatamente al Juez que deba instruir el sumario y cuando se hiciera ante la Policía, se procederá en la misma forma; dará cuenta inmediata al Juez que corresponda, sin

•

perjuicio de proceder sin demora a practicar las diligencias de prevención. Mucho se ha discutido sobre el papel que en el Derecho Moderno tiene la Institución del Ministerio Público, cuyo origen y desarrollo corresponde a Francia y se ha discutido su papel en el proceso penal hasta el acaloramiento, pues no se concibe que tenga tal suma de poderes en algunos países americanos, afortunadamente en minoría y ocupe una situación privilegiada con respecto al procesado. Los sostenedores de la omnipotencia de la institución invocan una frase vana y hueca: "El Ministerio Público es una institución de buena fe" que es tanto como no decir nada. Argentina, por su tradición jurídica no ha aceptado que el Ministerio Público tenga en sus manos de un modo omnímodo la marcha y dirección del proceso penal.

## VI

Existe en la Argentina una común opinión entre sus procesalistas. En forma unánime abogan por la supresión de la apelación en materia penal. Justo y certero el gran Jofre, respetado por todos los procesalistas modernos, ha sostenido la inutilidad de la segunda instancia en que no se abre un nuevo proceso, sino que se reduce a una mera revisión de las cuestiones de hecho y de derecho. Es erróneo sostener que haya una mayor garantía de justicia porque un asunto sea examinado y resuelto dos veces consecutivas primero por un Juez unitario y después por un tribunal colegiado, pues en la mayoría de las veces resulta que los buenos fallos que se pronuncian en primera instancia regidos por los principios de la oralidad, la publicidad y la inmediación, son lamentablemente alterados en la segunda instancia, donde se realiza una verdadera revisión de las cuestiones de hecho y de derecho. Consagrada la instancia única ante tribunal técnico colegiado, es inexplicable que subsista la apelación en materia penal resuelta igualmente por tribunal colegiado. Bastaría con procurar la selección de los integrantes de la judicatura en la primera instancia y con establecer la inamovilidad judicial en primer término; las oposiciones para la provisión de los cargos y la inamovilidad. En la Argentina, la Constitución Nacional establece el juicio por jurados, pero los argentinos han tenido el buen juicio de dejar en manos de jueces técnicos, debidamente expensados el nuevo régimen de juicio oral. Las transformaciones del Derecho imponen por la misma inercia de la vida, una serie de complejidades y de fenómenos cuya solución solamente puede encontrarse con el auxilio de la técnica. Los jueces argentinos son jueces de carrera. Sus actos oficiales están sujetos a la vigilancia constante de los ciudadanos. La jurisdicción, en otras palabras, la facultad de "declarar el derecho" pertenece al pueblo porque es parte integrante de su soberanía. Esta facultad es delegada en los jueces, que imparten la justicia a nombre del pueblo. Pero el pueblo tiene en todo mo-

mento el derecho de saber cómo obran sus delegados y la manera de lograrlo es el reconocimiento del principio de la publicidad. Las audiencias deben ser públicas "ante los ojos y miradas del pueblo". Así se consagra el respeto a la soberanía popular indispensable en todo régimen democrático. La publicidad es un imperativo en los regímenes republicanos de gobierno. Es una de las bases de sustentación del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Los ciudadanos saben bien cómo los jueces administran la justicia y aplican la ley. Por otra parte, la publicidad en la audiencia imprime a ésta una gran solemnidad y austeridad. Quienes llegan ante los jueces con el propósito de engañar son frecuentemente confundidos. Así se logra que resplandezca la verdad efectiva y se derrumba el falso andamiaje de la verdad convencional. En los pueblos, donde la oralidad y la publicidad han encontrado acogida; donde los actos procesales no se desarrollan en secreto y al capricho de los jueces, insensiblemente se ha notado una elevación en el nivel moral de la judicatura y un sano propósito de emulación por mejorar su capacidad científica y para ajustar sus actos estrictamente a la pauta de la ley.

Con la publicidad y con la oralidad viene la consecuencia, que es la rapidez en la tramitación de los procesos. El juicio oral y público los simplifica considerablemente; abrevia los términos; reduce a su mínima expresión las formalidades y de este modo satisface el anhelo de que la impartición de la Justicia sea pronta, cumplida y bastante.

Las opiniones valiosas de Rivarola, Jofré, Gómez, Lascano, Antelo, Vélez Maricorde y Sebastián Soler son el sostén doctrinal de la nueva Ley Procesal Penal argentina.

En el Derecho probatorio se descubre un velo de muchos siglos que convertía al Juez en un autómatas; lo encadenaba al férreo precepto de la Ley, de la que no podía salirse. Herencia del sistema inquisitorio, resultaba un absurdo que aún se mantuviese en las leyes contemporáneas. La apreciación de la prueba debe estar regida por las reglas de la sana crítica racional. La sana crítica significa que no queda en manos del Tribunal apreciar la prueba en conciencia, sino de acuerdo con su valoración lógica y jurídica. En el régimen de la sana crítica, decía Jofré, se conjugan la ciencia y la conciencia del juzgador.

## VII

Consecuente el legislador argentino con los dictados de la realidad, cuidó de estructurar el ejercicio de las acciones que surgen de la comisión de un delito, diferenciando la acción civil de la acción penal. En la acción penal pública, es el Ministerio Fiscal el único titular. En los delitos perseguibles por querrela necesaria que requieren la excitativa del ofendido por el delito para ponerla en ejercicio, el Ministerio Fiscal está supeditado a la satisfacción de la condición de procedibili-

dad. De este modo se consagra que es el Estado el único titular del derecho de punir y que cubierta la exigencia consistente en la manifestación de la voluntad del ofendido, actuará sin demora, ejercitando la acción hasta llevarla a su fin. En cuanto a la acción civil, al ofendido se le reconoce personalidad preferente, con prescindencia del Ministerio Público que sólo puede intervenir cuando el titular de la acción le delegue su ejercicio. La nueva Ley reparó en lo que atañe al titular para reclamar el resarcimiento del daño, la injusta situación en que se encontraba en la Ley derogada. En el proceso penal, el ofendido puede actuar promoviendo ante el Juez el desahogo de las pruebas necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado. Es inexcusable su admisión, pero el tribunal queda investido de facultades para su calificación valorativa.

Inútil parece advertir la dificultad que existe para estructurar el proceso penal exclusivamente en el sistema acusatorio. La discusión ha dado margen a amplias disquisiciones en la doctrina y en la jurisprudencia, pero en la realidad se ha visto lo complicado que resulta consagrar de un modo absoluto el sistema acusatorio por las dificultades que presenta para que normalmente se desarrolle la investigación previa. Se puede afirmar de las ventajas que presenta el sistema acusatorio frente al sistema inquisitorio en un aspecto fundamentalmente teórico. Coincide en este punto el legislador argentino con el mexicano. En la exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934 que suscribe el entonces Procurador General de la República, Licenciado don Emilio Portes Gil, se advierte que fué el sistema acusatorio el que sirvió de base para la redacción del Código por estar consagrado en el artículo 21 de la Constitución Federal, pero que, sin embargo, se conservaron modalidades del antiguo sistema inquisitorio por que es imposible suprimirlo totalmente. tanto debido a preceptos constitucionales que atenúan el sistema acusatorio, cuanto que llevado al extremo ese sistema, sería perjudicial para la organización misma de los tribunales, pues si bien es cierto que el Ministerio Público a partir de la Constitución de 1917 y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte tiene encomendado en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal, no es debido restringir la actuación judicial a tal extremo que los jueces tengan sólo como funciones, primero, la de dictar autos de formal prisión, y segundo, la de dictar sentencias. Cabe hacer notar que el artículo 232 de la novísima Ley argentina permite decretar la incomunicación de un detenido por un término que no exceda de tres días, prorrogable por igual plazo, siempre que exista una resolución motivada y que en el período de instrucción se consagra el empleo del secreto por el término de diez días.

El articulado de la nueva Ley es conciso y práctico. Se ha procurado huir del exagerado casuismo que tantos tropezos produce para la marcha del proceso porque resulta inútil pretender prever hasta el detalle lo que muchas veces es imprevisible e impiden la libre actuación

del Juez en el proceso. Señalar la medida del papel de actuaciones, el color que deben llevar las carátulas y otros detalles innecesarios más que simplificar, embrollan la marcha regular del proceso y origina al consultante a una diversidad de divagaciones. Las leyes procesales modernas deben ser claras y congruentes; expeditas, de fácil manejo y entendimiento, útiles para los fines que se persiguen, pues si es bien claro que en las leyes substantivas se advierte el laudable propósito de huir del casuismo, este anhelo también debe alcanzar a las leyes procesales, tan cargadas de farragosos conceptos y de inservibles citas.

## VIII

La noticia del delito hecha por el querellante o por el denunciante, puede darse al Juez Instructor, al Ministerio Público o a la Policía. En todo caso, el imputado puede comparecer ante la autoridad tan luego como tenga conocimiento de que se le atribuye la comisión de un delito, aún cuando todavía no tenga el carácter de procesado para aclarar los hechos y solicitar el desahogo de las pruebas que estime útiles. El Juez tiene la obligación de admitirlo y de desahogar las pruebas que se soliciten. Cuando el titular judicial abrigue sospechas fundadas de que alguien ha tenido participación en un delito, decretará, en auto motivado su detención u ordenará su citación mediante el "auto de procesamiento". El auto de procesamiento en el Derecho Procesal argentino, equivale a nuestro "auto de radicación". Desde el momento en que se dicta, el procesado tiene derecho a las garantías que otorga la Constitución Federal del país. La persona contra quien se ha dictado el auto de procesamiento, debe ser identificada y reconocida por el servicio psiquiátrico. A partir del auto de procesamiento, corre un término de diez días, al término de los cuales se dictará un nuevo auto llamado de "calificación provisional", la libertad por falta de méritos o el sobreseimiento, en su caso. El auto de calificación provisional produce el efecto de iniciar la prisión preventiva. Desde el momento de la detención, decretada en el auto de procesamiento hasta el auto de calificación provisional, el empleo del secreto rige todos los actos del sumario. El auto de calificación provisional equivale a nuestro auto de formal prisión, disfrutando el Juez de mayor tiempo que el señalado en nuestra Constitución para el desahogo de las diligencias imprescindibles para fijar la situación jurídica del detenido. Dentro de este término, el detenido rinde su declaración indagatoria que en la nueva Ley adquiere nuevas orientaciones, porque no se trata de tomar a la indagatoria como un medio eficaz de prueba para lograr que el detenido confiese su delito, sino antes bien, más que un medio para lograr la confesión, constituye para el procesado un medio legal para su defensa, porque lo que se pretende es que conozca el motivo de la incriminación, la causa del proceso, el hecho punible que se le atribuye y el

derecho que tiene para nombrar defensor. El periodo del secreto dura, como hemos dicho, diez días, pero puede prorrogarse una sola vez por diez días más cuando así lo exijan las necesidades de la investigación. La declaración indagatoria debe tomarse dentro de las veinticuatro horas siguientes computadas desde que el procesado fué puesto a disposición del Juez. Tomada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal español de 1882, el artículo 224 de la Ley que comentamos, dispone que cuando el examen del procesado se prolongue mucho tiempo o el número de preguntas que se le hubiese hecho fuera tan considerable que el indagado hubiere perdido la serenidad de juicio necesario o diere muestras de fatiga, el Juez suspenderá el examen hasta que el mismo descanse y recupere la calma. La declaración será suspendida siempre que se adviertan en el indagado, indicios de alteración mental. En tal caso se ordenará el examen médico respectivo.

La libertad personal del procesado está revestida de una gran liberalidad. Se han suprimido las cauciones reales y personales, manteniéndose únicamente la juratoria. Por regla general, para los delitos leves y principalmente para aquellos en los que puede corresponder la condena condicional, no se priva de su libertad al inculpado; se emplea la simple citación, pero si desobedece la orden de comparecencia o de cualquier modo dificulta la marcha del proceso, el Juez Instructor está facultado para decretar su detención provisional. Esto sucede cuando el inculpado trate de destruir u ocultar las huellas o vestigios del delito o prepare a testigos falsos para que declaren en su abono. El auto de calificación provisional substituye al auto de prisión preventiva para corregir el absurdo de dictar dicho mandamiento en los casos en que el presunto responsable solamente hubiese sido citado. Tratándose de delitos de gravedad, la libertad provisional se concede para los delitos que tengan señalado en la Ley una pena que no exceda de seis años. En determinados casos, el Juez Instructor está provisto de la facultad excepcional de conceder la libertad provisional aún cuando no estén satisfechos los requisitos legales para que sea procedente, siempre que los antecedentes del procesado la justifiquen.

## IX

Al sobreseimiento se le ha reconocido en la nueva Ley Procesal un carácter de provisionalidad. Esta cuestión ha sido ampliamente debatida por los procesalistas, pero es indudable que si después de dictado el auto de sobreseimiento se puede volver a actuar, esta cuestión será fuente de constantes inquietudes y de críticas acerbas porque no se justifica que se deje abierta la averiguación, como sucede con los autos de libertad por falta de méritos, hasta que la prescripción se opere. En los casos en que las pruebas obtenidas en el curso de la instrucción, sean insuficientes para formular acusación, es preferible con-

signar la libertad del acusado, dándole al sobreseimiento un carácter definitivo. Si se admite el sobreseimiento provisional, se deja al acusado en una situación de incertidumbre, formulado el pliego inacusatorio por el Ministerio Público y confirmada la no acusación por el Procurador del Distrito, el auto de sobreseimiento en el Derecho Procesal mexicano, tiene el alcance de una sentencia absolutoria. Así lo establece el artículo 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios de la Federación y el Código Federal en la materia que autoriza la procedencia del sobreseimiento, con exagerados límites, en cualquier período de la instrucción, pero de cualquier modo, en el Derecho Mexicano el sobreseimiento corta de raíz la provisionalidad, y como le reconoce un alcance de sentencia absolutoria, evita de esta manera el quebrantamiento del principio del "non bis in idem" que consagra el artículo 23 de la Constitución Federal.

Explorada ampliamente esta cuestión en México, el legislador de 1931 tuvo ciertas reticencias para darle al sobreseimiento un carácter definitivo. Don Jacinto Pallarés, que por muchos años compartió en la Escuela Nacional de Jurisprudencia la cátedra de Procedimientos Judiciales, expresa que SOBRESEER, proviene del verbo latino "supersedere" que significa cesar en algún procedimiento o desistir de alguna empresa, y, por lo tanto, sobreseer en un proceso significa que se corte y quede en el estado en que se encuentra, por no poderse legalmente continuar aún cuando según su personal opinión, el sobreseimiento no puede decretarse antes del auto de formal prisión, porque si se entiende que sobreseer equivale a cortar una causa, no puede cortarse lo que no existe. Esta opinión respetable que sustentan algunos procesalistas mexicanos, proviene de la forma en que se halla redactado el artículo 19 de la Constitución mexicana de 1917, que establece en su segundo párrafo que "Todo proceso debe seguirse por el delito o los delitos señalados en el auto de formal prisión, etc.", interpretación que ha establecido con posterioridad la Jurisprudencia Nacional y que algunos novísimos Códigos han admitido como el de la Defensa Social del Estado de Puebla. Pallarés concluye diciendo que el sobreseimiento sólo puede tener lugar durante el sumario, esto es, desde el auto de formal prisión hasta el momento en que la causa se eleva a plenario" y en cuanto a que el auto mencionado tenga el alcance de una sentencia definitiva absolutoria, el distinguido jurista sostiene que: "Antes de la Constitución de 1857 en que los jueces no sólo podían, como hoy, sobreseer sino absolver de la instancia o sea dar o fallar en el plenario, absolviendo al reo con calidad de provisional y sin perjuicio de abrir la causa contra el mismo absuelto, si con el tiempo se descubría nuevos datos, cuya absolución, por lo mismo, no producía excepción de cosa juzgada, sucedía que el sobreseimiento no terminaba para siempre el proceso que podía volverse a abrir por los mismos motivos que cuando se había absuelto de la instancia. Pero hoy en día, siguiendo el espíritu de dicho artículo constitucional que quiere

que nadie sea juzgado dos veces por el mismo delito y que ha condenado la práctica de absolver de la instancia. ES EVIDENTE QUE EL SOBRESEIMIENTO, UNA VEZ EJECUTORIADO, PRODUCE EXCEPCION DE COSA JUZGADA. Es verdad que, como se ha dicho, durante el sumario no hay un verdadero juicio; pero también lo es que prolongar indefinidamente la situación de un acusado; dejar indecisos por medio de uno o más sobreseimientos su honor, su libertad y hasta su vida; dar facultad al Poder Judicial para abrir nueva y repetidamente procesos por un mismo hecho, molestando al acusado con nuevas prisiones, nuevos peligros contra la libertad y la vida, es evidentemente contrario al espíritu y a la letra del artículo constitucional.”

En esta materia, el legislador argentino, al admitir la provisionalidad en el sobreseimiento ha abierto la puerta para que se desboquen las inquietudes y se agudicen las incertidumbres para la libertad ciudadana.

## X

Finalmente, la nueva Ley Procesal presta preferente atención al período del juicio y consagra que en la Cámara de lo Criminal o en el Tribunal Correccional, integrados por Jueces que no han intervenido en la instrucción del proceso, se verifiquen los actos probatorios practicados en la instrucción, con las características de oralidad, publicidad, inmediación y concentración procesal. Para que la decisión jurisdiccional sea más expedita y como complemento del debate, la Ley dispone que una vez verificadas las pruebas; conocidos e interrogados por el Tribunal sus órganos productores y oídas las alegaciones del Ministerio Público y de la defensa, el Tribunal sentenciador procederá a deliberar y EN LA MISMA AUDIENCIA, hará saber los puntos resolutivos de su fallo, cuyos fundamentos y motivaciones la parte modular de la sentencia se hará saber después de hecha la declaración de vistos, dentro del término de cinco días.

Existe en la nueva Ley que comentamos un procedimiento sumarísimo en lo correccional, para ciertos delitos que por su escasa importancia, demanda mayor rapidez en el trámite. Se trata de verdaderos procesos verbales que por su simplicidad, permiten que los órganos del Estado, procedan de inmediato, a la represión de la delincuencia, principalmente en los casos de delitos flagrantes o cuando medie la confesión del acusado en que no hay razón para esperar la lenta y escabrosa marcha que caracteriza a los procesos ordinarios. Para estos casos, de instancia única, no ha querido el legislador argentino confiar la suerte de los acusados a la voluntad de un Juez: debe ser juzgado por Tribunal colegiado y las penas impuestas no podrán exceder de aquellas cuya aplicación solicite el Ministerio Público en su pliego acusatorio.

De igual manera procede en los trámites de extradición que no son

propriadamente procesos penales porque los delitos se han cometido fuera de las fronteras del país, y no tiene por lo mismo, que sujetarse a los procedimientos y normas que rigen el desarrollo de los procesos.

En materia de recursos, no es propicio el momento para abogar por su supresión. A pesar del reconocimiento que se ha dado a la instancia única, según hemos dicho, la apelación es procedente sólo contra las resoluciones que se dicten durante la instrucción de los procesos. Para la sentencia dictada en única instancia, solamente se reconocen los recursos de casación y de revisión. Excepcionalmente, procede el de "habeas corpus" que reviste algunas características de nuestro juicio constitucional de amparo. La casación es uno de los recursos que los argentinos consideran como indispensable para completar la instancia única, porque en ésta vía no se examinan las cuestiones de hecho ventiladas en la instancia única, sino sólo las cuestiones de derecho. De este modo la revisión alcanza a las leyes de fondo y a las leyes rituales. Mediante el recurso de revisión se logra subsanar las equivocaciones y errores de los Jueces.

Trata la nueva Ley los casos de ejecución de sentencias y llama la atención que en el proyecto de Ejecución no se haya meditado que estas materias deben formar parte del Derecho Procesal, sino más bien del Derecho Penitenciario y quedar comprendidas en el Código de Ejecución de Penas. Sin embargo, como la misión del tribunal sentenciador no termina con el fallo, sino que se prolonga en el período de ejecución, es admisible que el nuevo Código se ocupe de regular los incidentes y demás cuestiones que se susciten en este período en que sigue actuando el Ministerio Público para vigilar que el contenido del fallo sea puntualmente cumplido. Lo relacionado con la libertad preparatoria, la rehabilitación de derechos, etc., debe decidirse por el Tribunal de Ejecución en forma incidental, concediéndose cierta ductilidad para permitir de esta manera la mejor eficacia en sus funciones.

Tales son, a grandes rasgos los principales lineamientos que contiene la nueva Ley Procesal Argentina, en que, primordialmente se atendió a hacer de la Ley un instrumento de fácil aplicación; a huir de fórmulas vagas que ningún resultado producen; a concretar en el articulado las esencias procesales, haciendo, de esta manera, más accesible su empleo que si en muchos aspectos no se logró; en cambio es laudable el propósito que animó a sus autores de abandonar los viejos moldes que con sus términos complicados son la rémora para la regular tramitación de los procesos.

## S U M M A R Y

*The author examines the new Argentinian Code of Procedures in criminal matters and after revising the evolution of the former laws of procedure, he goes over to study the characteristics of the present ones.*

*He treats so the principles that inform this new code and the progress that it represents in the science of procedures.*

*He begins afterwards to study, one after the other, all its different dispositions, to finish the article by stating that in this Argentinian Law of Procedure it was principally intended to obtain a simple application, to run from vague formulas away and to concrete in its articles the essence of procedure and that although in many aspects this has not been achieved, the intention of its compilers was to obtain that this code was separated from the ancient models which only constitute an obstacle to the procedure of the process.*

## R É S U M É

*L'auteur examine le nouveau Code argentin de procédures en matière criminelle et après avoir révisé l'évolution d'antérieures loies de la procédure, il passe à étudier les caractéristiques actuelles.*

*Il traite ainsi les principes qui informent ce nouveau code et le progrès qu'il représente dans la science des procédures.*

*Ensuite il commence à étudier, l'une après l'autre, toutes ses dispositions différentes pour finir l'article en affirmant que dans cette nouvelle Loie de la Procédure Argentine on tâche principalement d'obtenir une application facile, de s'écarter des formules vagues et de concrétiser dans ses articles l'essence de la procédure et que quoique dans beaucoup d'aspects on n'y parvint pas, l'intention des rédacteurs fut obtenir que ce code s'écartât des modèles anciens qui ne constituent qu'un obstacle pour le cours du procès.*

# Doctrina de Fray Pedro de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal

Por el P. JOSE M.<sup>a</sup> LOPEZ RIOCEREZO

Profesor de Derecho penal de la Universidad de María Cristina de El Escorial

## *Datos biográficos*

Valgan de introducción los siguientes datos biográficos, que tal vez por tratarse de un autor no muy conocido, sirvan para aclarar el contenido y sentir de algunas de sus opiniones expuestas en el presente trabajo.

Fray Pedro de Aragón es un teólogo agustino, notable filósofo y jurista clásico de la Escuela Salmantina en la segunda mitad del siglo XVI. Nace en Salamanca, al parecer el año 1538, sin que se pueda fijar con precisión la fecha exacta, por carecer de documentos.

Fueron sus padres Antonio del Castillo e Inés Godínez de Santisteban. Según costumbre de la época, adoptó otro apellido distinto de los de la familia, pasando a la historia con el nombre de Pedro de Aragón. El año 1560 vistió el hábito agustiniano, en el entonces célebre convento de San Agustín, de su ciudad natal, verificando la profesión religiosa el 20 de septiembre de 1561. Cursó luego los primeros estudios eclesiásticos en el citado convento, el llamado más tarde "el Santo Tomás del siglo XVI" según el historiador de la Teología de Salamanca, P. Vicente Beltrán de Heredia, bajo la dirección de tan afamados maestros, como Fray Luis de León y Fray Juan de Guevara. A continuación se graduó de Bachiller y regentó una cátedra de Teología en la Universidad de Huesca, pasando después a la de Salamanca, donde recibe los grados de Licenciado y Maestro en las facultades de Teología y Artes, previos los juramentos del 6 de febrero y 4 de marzo de 1576 para los de Teología, y 10 y 15 de enero de 1582, respectiva-

mente, para los de Artes. El 7 de noviembre del citado 1576 se hace cargo de la cátedra de Escoto, que regenta hasta el 12 de diciembre de 1582, fecha en que es designado como candidato para la cátedra de Prima de Lógica que posee en propiedad hasta el 24 de septiembre o 9 de octubre del año siguiente, jornada en que debió morir.

De sus actividades docentes nos dejó dos obras densas y compactas: *De fide, spe et charitate* y de *Justitia et Jure*, de más de mil páginas cada una, publicadas por él mismo y que son un comentario a esas cuestiones de la Summa Theologica de Sto. Tomás.

La obra *De justitia et jure* tuvo gran aceptación en su tiempo, tanto que en once años se hicieron de ella cuatro ediciones en España y en el extranjero. Obra clásica en la materia, siendo elogiada tanto por San Alfonso María de Ligorio, como por moralistas y juristas, reputando las opiniones, en ella defendidas, de graves al par que de gran autoridad. El P. Miguel de San José, en su "Bibliografía Crítica" (1), después de ponderar el profundo saber del autor, dice de esta obra que es un "tractatus satis succulentus".

El mismo Fray Pedro de Aragón nos habla, en el prólogo, de la gran utilidad que su obra reportará a los estudiosos y lectores, ya que en ella encontrarán compendiadas la compleja variedad de serias y objetivas doctrinas sobre la materia, expuestas por teólogos y juristas doctos en ambos derechos. Para ello—dice—hube de imponerme un trabajo intenso, revolver muchos códices, leer muchos libros y autores, al par que consultar a competentes teólogos y peritos juristas de Derecho Canónico y Civil.

De esta obra, interesante por todos los conceptos, hemos entresacado las ideas personales de Fray Pedro de Aragón acerca de los efectos obligatorios de las leyes penales, y de la ley positiva humana en sus diversos aspectos, es decir, tanto en su naturaleza como en sus relaciones con la ley natural, sin omitir las obligaciones que como tal ley impone. Silenciamos las aplicaciones prácticas que de ella hace el jurista agustino, bien por no alargar demasiado el trabajo cuanto por no considerarlas del todo encuadradas dentro del marco de nuestra asignatura.

### *La Doctrina*

Aragón no tiene un tratado especial acerca de las leyes, como, por ejemplo, Suárez. Expone su doctrina sobre la materia al hablar de otras cuestiones, para cuya solución es preciso recurrir a la ley, fuente y norma del derecho, bien sea la eterna, la natural o la positivo-divina o humana.

---

(1) T. III, pág. 439.

## LA LEY POSITIVO-HUMANA EN RELACIÓN CON LA NATURAL

No hay necesidad de demostrar que todos los antiguos moralistas y jurisconsultos parten de la existencia de una ley natural objetivamente inmutable, derivada de la naturaleza racional del hombre, anterior y superior a toda ley humana, fuente y norma del derecho positivo. Aragón, lo mismo que todos los juristas de la época, contrapone la ley humana a la natural y aún a la positivo-divina. Las leyes humanas se derivan de la ley natural y a ella se subordinan, teniendo por objeto los actos de la virtud, de la justicia y del derecho establecidos por acuerdo y voluntad del hombre: tales son todas aquellas leyes impuestas por voluntad de los príncipes para gobernar la república con justicia y rectitud, atendidos el lugar y el tiempo (2). La violación de la ley humana es, por eso mismo, una injusticia y va mediatamente contra la ley natural. Así, por ejemplo—sigue diciendo—, si alguien vende trigo a mayor precio del que marca la ley humana, comete hurto y quebranta, por eso mismo, el derecho natural (3).

A veces—prosigue el autor—la ley divino-positiva ilustra la natural, y la humana la perfecciona, en cuanto a su eficacia práctica, dándole una mayor fuerza coactiva, mediante la imposición de penas gravísimas contra los transgresores de aquélla. Pero aun así—enseña Aragón—, aunque se derive de la natural y se subordine a ella, entre una y otra existen muchas diferencias.

*Difieren*: 1.º Por razón de la causa eficiente—u origen—, pues la causa eficiente del derecho natural—derecho aquí se toma en sentido de ley—es Dios, mientras que la causa eficiente del derecho positivo humano es el hombre. 2.º, se diferencian por razón de la causa formal o ejemplar que en el derecho natural es *lumen naturalis rationis*; en tanto que en el humano el ejemplar y norma es el mismo derecho natural, pues en tanto el derecho humano es bueno y recto, en cuanto está conforme con el derecho natural. 3.º, se distinguen por razón de la obligación, ya que el derecho natural obliga a todos y siempre, y es inmutable, mientras que el derecho positivo ni obliga a todos, ni siempre y puede cambiar. 4.º, discrepan en que, para que una cosa sea de derecho natural es necesario que se deduzca en buena y evidente consecuencia, de los primeros principios prácticos; en tanto que el derecho positivo no se deduce, en buena y evidente consecuencia, del derecho natural, sino que se conforma simplemente con él (4).

(2) Fray Pedro de Aragón: "*De justitia et jure*", quaest. 60, art. 65 y q. 57, art. 62, pág. 9. Usamos la edición de Salamanca de 1590 revisada por el autor y existente en nuestra Real Biblioteca de El Escorial.

(3) *Ibid.* quaest 57 art. II, pág. 9.

(4) Fray Pedro de Aragón: "*De justitia et jure*", quaest. 57, art. II, páginas 9-10.

Las mismas diferencias establecen Suárez, Molina, el P. Bartolomé Miguel Salón, O. S. A., y cuantos trataron de esta materia. Hubo, no obstante, ciertas discrepancias en cuanto a la extensión del concepto de la ley natural, y por tanto, respecto a la determinación del límite que la separa de la positiva.

Unos restringen el concepto de derecho—o ley—natural a los primeros principios, sin extenderlo a las consecuencias. Otros como Suárez (5) lo amplían a todas las consecuencias y aplicaciones próximas y evidentes que pueden conocerse y demostrarse por la luz de la razón.

Aragón expone el concepto de ley natural en el primer sentido. En el texto arriba transcrito afirma: "Cuando decimos que el derecho natural obliga a todos y siempre y es invariable, se ha de entender en cuanto a los primeros principios, pues de los segundos preceptos, es decir, de las consecuencias y aplicaciones de esos principios, ya dijimos que son variables por especiales circunstancias, aunque generalmente obliguen siempre y a todos" (6). "Ya que ni todos los conocen, sea por falta de inteligencia para ver la necesidad de la ilación o por otras circunstancias, a las cuales tienen que atender" (7).

Esta fué su opinión; pero entendida del modo que sigue, aplicada a la ley penal, en cuanto es sanción de delitos naturales. "El derecho natural—afirma el jurista agustino en el mismo lugar—dicta que los criminales deben ser castigados. De esto se deduce, en buena consecuencia, que los ladrones y los herejes son dignos de castigo, y así expresado, es de derecho natural. Pero que se queme al hereje y se ahorque al ladrón, no se sigue como consecuencia lógica de la ley natural, aunque esté conforme con ella; siendo esto último de derecho humano" (8).

Tenemos, por consiguiente, que, según Aragón, las leyes positivas humanas se subordinan a la ley natural y de ella se derivan; no por consecuencia necesaria, o por modo de conclusión, necesariamente deducida de los principios naturales, sino por modo de especificación o determinación. Tales son las leyes que establecen penas contra los malhechores. El castigo de los culpables es de derecho natural; pero el determinar la clase de penas aplicables pertenece a la ley positiva humana, derivándose, por consiguiente, de las naturales por arbitrio y disposición del hombre y no de un modo necesario, y estando, desde luego, conformes siempre con el derecho natural del cual dimanan. Por esto, tales leyes no son de derecho natural, sino de derecho positivo humano. Las mismas ideas repiten otros muchos autores para demostrar la relación de subordinación en que se encuentra la ley positiva respecto de la natural.

(5) Suárez: "Tractatus de legibus ac Deo legislatore". lib. II, cap. V.

(6) Fray Pedro de Aragón: "De justitiae et jure", quaest. 57. art. II, página 10.

(7) Ibíd. quaest. 57, art. II, pág. 8.

(8) Ibíd. quaest. 57, art. II, pág. 10.

## LA LEY HUMANA CONSIDERADA EN SÍ MISMA

Trátase al presente de ver en qué consiste la ley humana según Pedro de Aragón. El jurista agustino prescinde de todas las definiciones de la ley propuestas por otros autores y da una explicación, hasta cierto punto personal, de la misma. Contra Escoto, Castro, Suárez y algunos otros teólogos y juristas que ven en la ley un acto de la voluntad, y enfrente a Sto. Tomás y sus seguidores, que dicen ser un acto de la inteligencia—"ordenatio rationis"—, Aragón, al igual que Gregorio de Rímimi, Becano y quizá el mismo Suárez, sostiene, aunque no lo expresa con estas palabras, que no es ni lo uno ni lo otro exclusivamente, sino un acto, a la vez, de la inteligencia y de la voluntad. Opinión media, ecléctica: la ley—en su sentir—es obra simultánea de la voluntad y del entendimiento "quoddam imperium rey probatae per iudicium et voluntatem": o mejor, si cabe, "vis quaedam imperans id, quod principis iudicio, et voluntate probatur".

Él mismo explica la anterior definición diciendo que en la ley deben distinguirse dos cosas: una, el imperio, la fuerza imperativa, y otra, la ordenación de lo preceptuado al bien común. El imperio constituye la esencia de la ley, es como el alma de la misma, y lo que la diferencia del simple consejo. "No basta, afirma, para que el rey o príncipe sea legislador, que juzgue de la conveniencia de hacer algo, o piense hacerlo; es preciso que ordene ejecutar una cosa determinada, no con exhortaciones o consejos, sino con un mandato eficaz". En el imperio o mandato eficaz del legislador van implícitas dos fuerzas, *directiva* una y *coactiva* la otra, y ambas pertenecen a la esencia de la ley. Y así, la ley es fuerza *directiva*, en cuanto que, estableciendo aquello que dicta la razón, indica la norma de lo que se ha de hacer. Es *fuerza coactiva*, porque amén de preceptuar lo recto, lo bueno, manda con eficacia cumplirlo. Para aclarar esta doctrina trae la metáfora del fuego. Así como el fuego es luz y fuerza combustiva, así también la ley es una doctrina, que como la luz, guía y tiene la virtud de obligar y castigar (9).

El otro elemento esencial de la ley—elemento teleológico—es la ordenación de lo preceptuado al bien común, que es lo que hace que sea *recta* (10). Y tan convencido está de esto último, que en otro lugar nos dice, "cesando el bien común, debe cesar necesariamente la ley". Todo ello se deduce de la función propia del que preside la comunidad. "El rey o príncipe—afirma—en tanto tiene potestad para hacer leyes, en cuanto preside la república y es su ministro; pero como su misión u oficio es fomentar y proteger el bien común, síguese que es de la esencia de la ley su ordenación al bien común" (11).

(9) *Ibid.* quaest. 62 art. 3, págs. 220-221.

(10) *Ibid.* quaest. 62, art. 3, pág. 221.

(11) *Ibid.* quaest. 67, art. 2, pág. 466.

Mas una ley, para ser recta—enseña Aragón—, primero ha de procurar el bien común y luego el particular. El legislador bueno debe parecerse a Dios, que procura el bien del universo y no sólo de sus partes. Le compara, además, con un buen médico que se preocupa de restituir la salud a todo el cuerpo del enfermo y no solamente a uno de sus miembros (12).

Asimismo, Aragón, señala concretamente el bien común al que se ordena la ley. Como las comunidades, a las que se imponen las leyes, son diversas, así es distinto el bien común para cada una de ellas, ya que se propone lograr un bien ordenado a su misma naturaleza. Tratándose de la sociedad universal, el bien común será la armonía de las partes entre sí. Para la comunidad sobrenatural, el bien común es la visión de Dios. El bien común de una nación, ciudad o pueblo es la tranquilidad en la justicia y la riqueza. Pero estos bienes, propios de cada comunidad, no son independientes entre sí, sino que al igual que las comunidades, se subordinan entre sí; el bien común de la ciudad se subordina al de la nación; el de la nación, al de la sociedad universal; y como en el hombre la naturaleza se subordina a la gracia, el bien común natural se subordina al espiritual. En general, el bien inferior, se subordina al superior (13).

#### OBLIGACIÓN DE LAS LEYES HUMANAS

El teólogo agustino estudia este tema con cierta amplitud y como materia previa al estudio de la obligación de las leyes penales.

Se pregunta el autor si la autoridad humana puede imponer leyes que obliguen en conciencia a pecado. El efecto propio y característico de toda ley en general, es crear un ligamen, una obligación; en esto coinciden todos los juristas. Discrepan, sin embargo, cuando se trata de este problema en lo referente a las leyes humanas y con respecto a su alcance. Se pregunta: Esa obligación que las leyes humanas crea, ¿es una obligación meramente jurídica, o también teológica? Marsilio de Padua, Wicief, Huss, Calvino y quizá en parte el célebre canciller de la Universidad de París, Gersón, etc.; se declaran por la primera hipótesis.

Nuestro Pedro de Aragón, en conformidad con el sentir de Santo Tomás (14), sostiene, por el contrario, que las leyes humanas, así eclesiásticas como civiles pueden obligar en conciencia, siempre que sean justas, citando para ello varios textos tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento (15), y termina aduciendo esta razón: “Tanto la

(12) *Ibíd.* q. 58, art. 5 pág. 33.

(13) *Ibíd.* q. 67, art. 2, págs. 466-467.

(14) 2.<sup>a</sup>-2.<sup>a</sup> quaest. 62, art. 3.

(15) I.<sup>a</sup> Petr. cap. II.<sup>o</sup>, ad Rom., 13.

potestad civil como la eclesiástica son necesarias para que el hombre pueda vivir bien y con felicidad, siendo por lo mismo obligatorias en conciencia, ambas clases de leyes humanas. Es necesaria la primera, porque sirve para mantener la paz entre los hombres; y lo es la segunda porque los conduce a los bienes espirituales de la otra vida, en los que consiste la verdadera y auténtica felicidad. Ahora bien, si ambas potestades no pudieran obligar en el foro de la conciencia, serían poco menos que inútiles, ya que la potestad del príncipe no valdría gran cosa, si los súbditos no estuvieran obligados a obedecer en conciencia las leyes por él dadas (16).

### *Razón y fundamento de la obligación de las leyes humanas*

Presupuesta la potestad de las leyes humanas para obligar en conciencia a su observancia, Aragón busca el fundamento de ello, y lo pone, no en la voluntad sola del legislador, sino en cuanto se subordina su potestad a la potestad divina y a la ley eterna, a semejanza de lo que ocurre con todas las causas segundas con relación a sus efectos. “Del mismo modo—dice—que en el orden natural las causas segundas producen sus efectos no absolutamente y por sí mismas, sino en cuanto reciben el influjo o moción de la causa primera, así también en el orden natural, la potestad humana, que es como las causas segundas; produce sus efectos, uno de los cuales es obligar a los hombres en conciencia a su observancia y cumplimiento, no absolutamente y por sí misma, sino en cuanto está subordinada a la potestad divina y a la ley eterna”. De donde deduce que dicha obligación se deriva de una doble voluntad: la del poder humano que dicta el precepto, y es como la causa segunda, y la de la potestad divina y la ley eterna que manda, en general, que lo preceptuado por las potestades humanas se tenga por ratificado y confirmado (17).

A continuación se plantea una duda, a saber, si aquella obligación nace de la voluntad del legislador o más bien de la materia preceptuada, contestando que “una es la causa de que la ley obligue, y otra distinta la de obligar más o menos”. La razón de lo primero es la fuerza imperativa puesta en la ley por la potestad legítima; que obligue más o menos, depende de la mayor o menor conformidad de lo preceptuado con el bien común. Esto supuesto, de la voluntad del legislador depende que la ley por él dada obligue en el fuero de la conciencia, porque en su voluntad está limitar la fuerza imperativa de la ley, sin la cual no es propiamente ley ni obliga. Pero, una vez establecida la ley, no de-

(16) Fr. Pedro de Aragón: “*De justitia et jure*”, quaest. 62. art. III, página 219.

(17) Pedro de Aragón, In 2.<sup>am</sup> 2.<sup>ae</sup> Divi Thomae: “*De justitia et jure*”, tomo II, quaest. 62. art. III.

pende de la voluntad del legislador que obligue más o menos, esto es, bajo culpa mortal o venial, porque el hecho de obligar más o menos una ley procede de que la cosa preceptuada sea más o menos exigida por el bien común (18).

La consecuencia que saca es lógica: el legislador no puede obligar *sub levi* en materia grave, ni *sub gravi* en materia leve. De esta doctrina infiere que los preceptos y normas de las Constituciones de los religiosos, propiamente hablando, no son leyes, sino "ciertos decretos de hombres prudentes, más con fuerza de consejo que de ley, porque les falta un elemento esencial de la ley, que es el *mandato*".

LAS LEYES HUMANAS, ¿PUEDEN OBLIGAR A SU OBSERVANCIA  
CON PELIGRO DE MUERTE?

Aragón propone esta nueva cuestión acerca de la obligación de las leyes humanas y se pregunta: Cuando sobreviene peligro de muerte, ¿cesa la obligación de las leyes humanas de manera que puedan ser infringidas sin culpa, o por el contrario, dicha obligación subsiste y por lo mismo han de observarse aún con peligro de muerte?

Después de señalar la opinión negativa de algunos juristas, y la extremista de Cayetano (19), según la cual, cualquier ley humana obligatoria bajo pecado mortal o venial, obliga también a su observancia con peligro de muerte, el jurista agustino, previas algunas aclaraciones, expone su parecer, que es un término medio entre las dos teorías anteriores.

A) Como doctrina general tiene por cierto que las leyes humanas pueden obligar a su observancia con peligro de muerte. En su confirmación aduce un argumento claro. "Los hombres—dice—son parte de la república, compuesta de muchas partes. Ahora bien, el compuesto puede exponer a peligro alguna de las partes que componen el todo, siempre que sea preciso para conservar y defender el bien público, por lo tanto, la república puede exponer a peligro la vida de sus individuos para conservar, bien el interés común, bien su propia existencia y la permanencia del todo." Ni obsta—observa contra las razones de quienes lo niegan—que el hombre haya de preservar su vida por derecho natural, puesto que exponer la vida a peligro por defender la república o al amigo es siempre bueno y honesto, amén de que el derecho natural que manda conservar la vida, autoriza también a cada compuesto—u organización—arriesgar la parte para conservar el todo.

B) No es, sin embargo, Aragón tan extremista que imponga tal obligación siempre, como Cayetano, sino que distingue acertadamente tres casos:

(18) *Ibid.* quaest. 62, art. III, pág. 221.

(19) I. 2. q. 96, art. IV.

1.º Si el peligro de muerte va inherente intrínsecamente a la observancia de la ley, es decir, siempre que dicho peligro nazca de la misma ley, de modo que haya sido previsto y advertido por el mismo legislador, como, por ejemplo, cuando en caso de invasión, el jefe intima a los soldados la orden de ataque, en cuyo caso la ley humana obliga aun con peligro de muerte, porque si las leyes humanas pueden obligar de este modo, y se establece una ley de cuya observancia intrínsecamente se sigue el peligro de muerte, es claro que el legislador, aún así, quiere obligar; de lo contrario, no impondría dicha ley, de cuya observancia ve se sigue intrínsecamente el peligro de morir.

2.º Si el peligro de muerte por la observancia de la ley es accidental y proviene de fuera—conminaciones, amenazas, por ejemplo—y se infiere en odio o desprecio de la ley y de la religión, entonces sigue obligando, aun con peligro de la vida, pues siempre que el bien público y común corre algún riesgo, los ciudadanos están obligados a procurarlo, promoverlo y defenderlo, aun con exposición de su vida.

3.º En todos los demás casos la ley humana no obliga a su observancia con peligro de la vida, ya que el legislador, al dar las leyes, debe atender al bien común sin descuidar el privado; mas el mayor bien privado de cada individuo es la vida, por lo que debe tener cuidado de no exponerla a peligro por cualquier motivo fútil o baladí (20).

De esta doctrina deduce aplicaciones prácticas a casos particulares, en que las leyes humanas e incluso divinas, no obligan con peligro de muerte, recordando con este motivo aquella célebre distinción de los moralistas “*aliqua esse mala, quia prohibita, et alia prohibita, quia mala*”, y añade que lo intrínsecamente malo nunca es lícito hacerlo ni aún para evitar el peligro de muerte. En cambio, lo que es malo únicamente por estar prohibido, es lícito hacerlo siempre que sea preciso para evitar el peligro de muerte, con excepción de los casos referidos en los apartados anteriores (21).

## LAS LEYES PENALES

El estudio de Fray Pedro de Aragón acerca de este punto es muy breve. Únicamente se ocupa de los efectos obligatorios de dichas leyes y en la forma en que lo hacían los teólogos de su época. Al igual que ellos, trata de la obligación de la ley penal, principalmente bajo el aspecto moral o teológico que a ellos correspondía, concretándose, por tanto, a investigar si la ley penal obliga en conciencia o puede ser quebrantada sin culpa moral, grave o leve, según los casos.

Aunque es cierto que no debe confundirse el aspecto moral con el jurídico, no lo es menos tampoco, que entre uno y otro no puede esta-

(20) *Ibíd.* quaest. 62, art. III, pág. 224.

(21) *Ibíd.* quaest. 62, art. III, pág. 224.

blecerse una separación absoluta. Las doctrinas fundamentales son las mismas, porque al fin el derecho es ley moral, y por lo mismo, nadie negará que la obligación de conciencia o moral es un poderoso refuerzo agregado a la eficacia intimidadora de la pena. Porque si abundan los hombres que sólo por temor a la pena se deciden a observar el precepto con ella sancionado, existen también otros muchos, para quienes el temor a la culpa tiene más fuerza que el temor a la pena, conforme al pensamiento del poeta:

Noluerunt peccare boni virtutis amore;  
Noluerunt peccare mali formidine poenae.

Es conocidísima la disputa entre los juristas y moralistas católicos sobre la llamada "teoría de las leyes meramente penales". Nadie coloca su origen más allá de Santo Tomás. ¿Es el Ángel de las Escuelas el autor de esta doctrina? Si nos atenemos a los estudios más modernos hemos de decir que en Santo Tomás se encuentran algunas frases, ciertos como rasgos que convienen a las leyes puramente penales; pero no la teoría misma; es decir, que Santo Tomás no se propuso la cuestión debatida.

Es el Doctor Solemne, el célebre Enrique de Gante, quien primeramente defendió en la Universidad de París, con conciencia de su alcance, dicha teoría, que más tarde nos dejó escrita en el tercero de sus "Aureos Quodlibetos" (22). Un siglo más tarde recoge esta misma doctrina, y hasta la defiende impetuosamente, el piadoso y docto Juan Gersón, canciller de París. Pero al presente se pregunta: ¿Puede sostenerse que las Reglas de los religiosos han dado origen a la teoría de las "leyes puramente penales"? Así lo afirma, al menos, G. Renard, basándose en el Capítulo que en 1236 celebraron los Padres Dominicos en París. No obstante, parece más aceptable la opinión siguiente: Las Reglas de los religiosos no influyeron en el origen de la "teoría de las leyes puramente penales"; brotó ésta independientemente de aquéllas. Las Reglas han influido después y muy eficazmente dando estabilidad a la teoría y una mayor extensión al campo en que se aplicó.

Pasamos a continuación a examinar la opinión de Fray Pedro de Aragón sobre el epígrafe enunciado: ¿Admite nuestro jurista las leyes puramente penales? ¿Qué son para él? ¿Es probable su teoría? He aquí el asunto de nuestro trabajo. Para desarrollarle nos basta leer el artículo III de la cuestión 62, "De restitutione", de su obra "In II, II commentaria". Reza el enunciado del artículo III: "Utrum sufficiat restituere simplum, quod injuste ablatum est" (23); leyendo hasta la mitad del artículo y examinando someramente el contenido del mis-

(22) *Ibíd.* quaest. 22.

(23) *Ibíd.*, quaest. 62, art. III, pág. 218.

mo, nos ofrece materia más que suficiente para poder expresar su opinión respecto a este particular. La doctrina desarrollada en el mismo es bastante clara y ordenada.

#### CONCEPTO.

Ley penal, para Aragón, es la que manda o prohíbe algo poniendo a la vez una pena a los violadores del precepto. Precepto y pena constituyen la ley penal, según este autor.

#### *Obligación de dichas leyes.*

Como la ley penal consta de dos elementos, el precepto y la pena, la cuestión, según el teólogo agustino, comprende estos dos problemas parciales: Primero, el precepto penal, esto es, lo que la ley manda o prohíbe bajo amenaza de una pena a los desobedientes, ¿obliga en conciencia y bajo culpa moral o teológica a su cumplimiento? Segundo, infringido el precepto, ¿obliga en conciencia la pena prescrita por la ley para sus infractores? Nos encontramos ante el primer paso que se da bajo el influjo de las Reglas de los Religiosos. A estos dos problemas se reduce el estudio del P. Aragón, y es tal la importancia que da a la solución afirmativa de ambas cuestiones que sin ella juzga destruida la eficacia de la ley penal.

Estudiemos brevemente el problema. El ya citado Doctor christianissimus, Juan Gersón, juzga que solamente Dios puede dictar leyes y preceptos cuya transgresión sea tan dañosa que ligue al hombre a pena eterna. De tal sentencia deduce que ninguna ley puramente natural o puramente humana, en cuanto tal, puede obligar al hombre "ad culpam". Entre nuestros teólogos y jurisconsultos, cita Juan de Salas (24), como defensores de opiniones algo semejantes a la de Gersón y, por tanto, limitando excesivamente la fuerza obligatoria de la ley penal y la potestad del legislador para obligar en conciencia al cumplimiento del precepto penal, a Martín de Azpilcueta, Luis Gómez, Gregorio de Valencia, y más que nadie, Fernando Vázquez de Menchaca, que expresamente se declara partidario de la doctrina de Gersón, siempre que se concrete al legislador civil, afirmando terminantemente que éste ni quiere ni puede obligar en conciencia a sus súbditos.

A esta argumentación, que demuestra que las teorías pactistas fueron aplicadas al Derecho de penar algunos siglos antes que el Marqués de Beccaria escribiese su famoso tratado "Dei delitti e delle pene", añade el mismo Menchaca otra prueba en favor de su aserto, fundada

(24) "Comentaria et disputationes", disput. XV, sect. 1.<sup>a</sup>, 1609.

en la imposibilidad, por parte del legislador humano, de hacer efectiva la pena eterna que resultaría de la transgresión grave de sus preceptos, y sería absurdo admitir la potestad para imponer dicha pena en quien no la tiene para ejecutarla, puesto que toda potestad se da para que se ejercite (25).

No obstante lo dicho, para Pedro de Aragón, probada ya la potestad del legislador humano para obligar en conciencia al cumplimiento de sus leyes, y supuesto el fundamento de dicho poder, la solución contraria es lógica y concluyente, y así nos dice que no existen leyes meramente penales, leyes que no obliguen en conciencia, ya que es de la esencia de la ley, según él, que imponga un precepto con obligación moral de cumplirlo: "obligatio ad culpam". No basta que la obligación recaiga sobre la pena; es preciso que esta obligación de conciencia, que es de esencia de la ley, recaiga directa e inmediatamente sobre la parte dispositiva de la ley, prescindiendo si—además—se impone o deja de imponerse pena alguna. Por lo mismo, opina nuestro autor, que una ley que no obliga *ad culpam* no es verdadera ley. Sería como afirmar—dice—que lo blanco es negro. *Ley*, vimos que lleva consigo imperio, obligación en conciencia. Por tanto, para él no tiene sentido la pregunta: "¿Existen leyes puramente penales?" Es un postulado que presupone en el artículo III que examinamos: de ahí que escriba esto: "Verissimum est quod leges poenales non sunt proprie leges, nec continent verum imperium, atque ex consequenti nec obligent ad culpam."

De idéntico modo se expresan Bartolomé de Medina, Pedro de Lorca y Concina. El mismo Menchaca confiesa que su opinión acerca de la potestad del legislador para obligar en conciencia o en el fuero interno es opuesta a la comúnmente aceptada por los teólogos y jurisconsultos, según los cuales las leyes civiles y penales obligan regularmente en el fuero de la conciencia, con tal que no sean inicuas y hayan sido dictadas por autoridad legítima.

Francisco Suárez sienta, como principio indiscutible, que el legislador humano tiene potestad para obligar en conciencia al cumplimiento de sus preceptos, aunque a ellos agregue una pena para los infractores, afirmando que la ley que impone tal obligación "puede ser muy conveniente para la república; más bien, la experiencia enseña que en muchos casos es necesaria, y por otra parte, no contiene injusticia alguna" (26). El mismo razonamiento reproduce más tarde Castro Palao (27).

Los autores discuten si existen leyes que, siendo tales en sentido estricto, no obliguen en conciencia. Y en general se responde que sí. Nuestro profesor salmantino, como vemos, da la negativa como pos-

(25) *Controversiarium illustrium aliarumque usu frequentium*, libri tres, 1572, libro I, cap. XXIX, núm. 2.

(26) "*De legibus*", lib. V, cap. III, núm. 2.

(27) "*Summa moralis*", tract. III, disp. I, punct. 14.

tulado, y lo único que discute es si, por el mero hecho de que el legislador sancione con penas la no observancia de sus decisiones, se sigue que éstas no obliguen bajo pecado, es decir, que dejen de ser *leyes* y pasen a ser *consejos* que obliguen solamente a sufrir la pena tasada para su cumplimiento. No pregunta si las leyes penales pueden ser *puramente penales*, sino si las leyes, por la mera sanción penal que las defiende, dejan de ser leyes y se reducen a “decretos de hombres prudentes”, pero sin fuerza para obligar, opinando que no, y la única excepción que admite es que el legislador lo diga así “*verbis expressis*”.

Esta afirmación que acabamos de sentar no la deja nuestro jurista suspendida en el aire. Refuta las razones contrarias y propone las suyas. He aquí, a modo de ejemplo, una de ellas: “*Poenā appositā in lege, ex se et ex natura sua ostendit quod legislator habuit voluntatem imperandi et condendi legem obligatoriam.*” O sea, todo lo contrario de lo que deducen los adversarios. La pena y la culpa, según él, son correlativas. Por tanto, si el legislador establece una pena es porque su ley era obligatoria *ad culpam*. Y como consecuencia lógica de las palabras anteriores, sigue diciéndonos: “*omnes leges etiam poenales obligant in conscientia ad culpam, nisi contrarium explicetur a legislatore*”.

Su pensamiento está, por consiguiente, claro. Las Reglas y Constituciones de los religiosos no son leyes, y no son leyes porque no imponen una obligación moral. Su lógica es impecable. ¿Cómo obligan, pues, estas Reglas y Constituciones? No es conciencia; es decir, bajo pecado, por que no son leyes.

Así, pues, esta cuestión previa se reduce a averiguar si las leyes penales son verdaderas leyes o meros consejos sin fuerza obligatoria, por la sencilla razón de contener penas para los infractores. Los que niegan al legislador humano la potestad de dictar leyes penales que obliguen en conciencia, necesariamente han de seguir esta última opinión. Ya el mismo Alfonso de Castro dedica una buena parte de su conocida obra, “*De potestate legis poenalis*”; a combatir el error de los que opinan que la pena agregada al precepto de la ley exime de culpa (28) “Son tantos—dice—los que han errado, que ya se acepta, como una especie de proverbio, que ninguna ley penal obliga a su transgresor a culpa alguna, porque basta que quien quebranta la ley se exponga al peligro de la pena por la misma ley impuesta.” Y asegura que este error ha causado muchos daños en las almas (29).

Con análogas razones, y en los mismos o parecidos términos, combatieron otros muchos juristas y teólogos la peregrina solución de que venimos tratando, fijándose todos especialmente en que la pena agregada al precepto no libra al infractor de culpa, sino más bien la supone o la confirma.

(28) De potestate legis poenalis, praefatio.

(29) Ibid. lib. I, cap. VIII.

Según Diego Covarrubias, tal opinión “es indefendible, pues si fuese verdadera, las leyes humanas perderían casi toda su fuerza, y poco aprovecharían el cuidado y diligencia de los legisladores si la pena que ellos agregaron a las leyes para mayor vigor de las mismas las hicieran más débiles” (30).

“No siendo dudoso para ningún católico—agrega Gabriel Vázquez—que el legislador puede ligar con sus leyes las conciencias de los súbditos, nadie dudará tampoco que no menos puede obligarles imponiendo una pena que no imponiéndola.” Y cita una ley de Felipe II acerca de la tasa del trigo, que, por voluntad expresa del legislador, obliga en conciencia, no obstante de imponer pena temporal a los transgresores (31).

Pedro de Aragón, como moralista pensador y de criterio bastante independiente, sienta la siguiente conclusión: “La pena añadida al precepto, por sí misma y por su naturaleza, demuestra que el legislador, al penarla, lejos de eximir de culpa, tiene voluntad de imperar y hacer una ley obligatoria, corroborando el vínculo de dicho precepto y haciendo más grave la culpa de la infracción.” Esto supuesto, aduce varias razones para probar la conclusión arriba enunciada. Siendo la primera de las mismas que si la pena dice relación a la culpa, es evidente que cuando el legislador establece penas para los infractores de la ley demuestra que tiene voluntad de imponer una ley obligatoria a culpa. La pena aquí—dice—se toma en sentido jurídico, en cuanto es castigo, defensa, suplicio. Mas infligir penas no es lícito sino cuando hay culpa. Por consiguiente, la pena indica que la ley penal es obligatoria por voluntad del legislador.

La segunda razón es porque si el legislador ordena algo simplemente sin imponer pena, todos tienen tal precepto por una ley obligatoria en conciencia y que el legislador tuvo intención de obligar. Luego “a pari” cuando da una ley penal, porque la pena impuesta en la ley es signo de que el legislador quiere imponer en conciencia lo que ordena.

Y por fin—y es la tercera razón—en las leyes penales se imponen penas desiguales; mas el legislador no obraría de ese modo si no juzgase que con la transgresión de aquellas leyes se dan culpas desiguales, para que así el castigo sea acomodado a la medida de las culpas.

Aduce en confirmación el ejemplo de la primera ley de Dios, impuesta a nuestros primeros padres en el estado de inocencia, en la que se amenazó con pena acerbísima porque su prevaricación era también muy grave. Esto supuesto, expone ya la solución del primer problema en la siguiente conclusión: 1.º Todas las leyes penales obligan en conciencia y no pueden quebrantarse sin culpa, a no ser que el legislador declare expresamente lo contrario. 2.º Que pueden, no obs-

(30) In reg. Peccatum. De regulis juris, lib. VI... comentarii.

(31) “*Commentariorum et disputationum*”, disput. 159, cap. I.

tante, darse leyes penales que obliguen a la pena sola y no a la culpa, si el legislador así lo quisiere y suficientemente lo expresare. Esta conclusión es consecuencia de la doctrina anterior.

Del mismo modo opina Vázquez cuando demuestra, con ejemplos y razones, que, así como existen leyes penales que sólo obligan *ad poenam*—contra Soto—, así también hay otras muchas, las llamadas *mixtas*, que, constando de un precepto expreso y una pena, producen dos obligaciones: una *ad culpam*, derivada del precepto, y otra *ad poenam*, en caso de infracción (32).

Este pensamiento de Vázquez parece confirmado por todas las legislaciones penales, antiguas y modernas, que, fundadas en los principios más elementales de justicia, reconocen e imponen, en caso de delito, las dos obligaciones: la de reparar el daño causado, que nace de la obligación anterior de observar el precepto, y la de sufrir la pena, sin que baste al infractor cumplir una de estas obligaciones para eximirse de la otra; luego una y otra subsisten conjuntamente. Cierto es que estas obligaciones son de orden jurídico, pero su verdadero fundamento está en las respectivas obligaciones morales de cumplir el precepto, de sufrir la pena si aquél no se cumple y de reparar el daño, si es posible y en la medida de lo posible, en la misma hipótesis. Si la pena dada en la ley es signo de que el legislador quiere obligar a culpa, es evidente que las leyes penales obligan en conciencia, si no se declara expresamente lo contrario (33).

Es cierto—dice—que el legislador puede hacer que las leyes o preceptos impuestos por él no obliguen en conciencia. Como quiera que la obligatoriedad de semejantes leyes tiene por fuente inmediata al que la da, éste bien puede despojarla de esa obligatoriedad a culpa declarándola con la debida antelación. De hecho, ésa ha sido y es la común estimación del pueblo hoy día.

Puede imponer las leyes, no mandando seriamente, sino más bien aconsejando y dando ciertas normas rectas, como hacen los legisladores de Ordenes religiosas en sus Constituciones; pero si manda en serio alguna cosa y no declara expresamente lo contrario, ya no está en su potestad hacer que tal ley no obligue en conciencia, porque es de esencia de la ley el que, una vez mandada una cosa en serio, los súbditos estén obligados a obedecerla (34).

Luego refuta uno a uno los argumentos de la opinión contraria, y dice: En la ley penal el legislador no deja en libertad a los súbditos para que elijan entre el cumplimiento de la ley o sufrir la pena; quiere, por el contrario, que cada uno observe la ley, y para moverlos más eficazmente a ello, los intimida con las penas. Ejemplós de esto los encontramos en número muy crecido en el Antiguo Testamento;

(32) "*Manuale confessoriorum*", dispos. 159, cap. I y II.

(33) Fr. Pedro de Aragón. "*De justitia et jure*", quaest. 62, art. III, página 224.

(34) *Ibid.* q. 62, art. III, pág. 224.

cuando Dios imponía leyes obligatorias en conciencia añadía penas gravísimas para inducir a los hombres a observarlas u omitirlas, si- quiera por el miedo al castigo, sobre aquello que estaban obligados por la ley natural a hacer o no hacer (35).

Sentadas las anteriores conclusiones, podría muy bien plantearse este segundo problema: ¿Están obligados en conciencia los infractores a cumplir la pena? Aragón distingue dos casos: después de la sentencia condenatoria y antes de dicha sentencia. En el primer caso admite sin discusión ni distingos la obligación en conciencia de sufrir la pena, es decir, están obligados a no resistir al juez o sus ministros cuando ejecutan la pena. En el segundo caso, esto es, si los transgresores están igualmente obligados en conciencia a sufrir los castigos antes de la condena del juez, ofrece ya alguna mayor dificultad; para solucionarla acude a la célebre distinción de penas "latae et ferendae sententiae", afirmando que los transgresores de las normas sancionadas con penas "ferendae sententiae" no están obligados a sufrir el castigo antes de la sentencia condenatoria del juez.

Mantiene, no obstante, la duda cuando habla de los violadores de preceptos sancionados "ipso jure vel ipso facto" con penas, y se pregunta: ¿El transgresor está obligado en conciencia a sufrir en este caso la pena señalada por el precepto y esto antes de la sanción condenatoria de los tribunales? Como las leyes penales son de por sí odiosas—dice—, y teniendo presente que la interpretación de las mismas se ha ajustado, durante largo tiempo a normas encaminadas, en gran parte, a favorecer al reo—"in dubio pro reo, in dubio mitius, favorabilia sunt amplianda, odiosa sunt restringenda—, siempre que el legislador mande alguna cosa bajo la amenaza de una pena se ha de sobrentender que habla de penas no "latae", sino "ferendae sententiae", a no ser que se diga expresamente en la misma ley o precepto que los transgresores del mismo incurrir en las penas allí señaladas "ipso facto" o "ipso jure", sin esperar sentencia o dictamen alguno condenatorio del juez, y en cuyo caso, en conformidad con el sentir de Alfonso de Castro, expuesto en sus dos obras "De justa haereticorum punitione, et de lege poenali" (36), estarán obligados en conciencia a soportar las sanciones señaladas por la ley penal, aun antes del fallo condenatorio de los tribunales, deduciéndose, por lo mismo, que el hereje, una vez caído en el crimen de herejía, queda, "ipso facto", privado del dominio de sus bienes y obligado en conciencia a entregarlos al fisco para provecho de la república y comunidad.

Idéntico parecer sostienen gran número de canonistas, y cuyas opiniones recoge Córdoba en su lib. I, q. 36, declarándose, por el contrario, opuestos a la opinión anterior, primeramente Santo Tomás y más tarde Cayetano con la mayor parte de los juristas posteriores.

Aragón vuelve a distinguir, dentro de las penas impuestas "ipso

(35) *Ibid.* q. 62, art. III, pág. 224.

(36) Alfonso de Castro: "De justa haereticorum punitione". cap. VI, "et de lege poenali", lib. II, cap. VIII y IX.

facto” por las leyes, las que consisten simplemente en la privación de un derecho y cuyo cumplimiento obliga siempre en conciencia, aun antes de la sentencia del juez, de las otras “*quae requirunt aliquam actionem pass:oni adjunctam, sive actio sit ex illis, quae commodius fiunt a nocente, sive ex illis, quae fiunt commodius a iudice, vel a ministris*”, y a cuyo cumplimiento no están obligados los transgresores antes del fallo del juez, diciéndonos que las leyes, si no quieren pasar a la categoría de cosas muertas, necesitan tanto de jueces como de ministros ejecutores que las hagan cumplir; ahora bien: así como nadie puede ser recto y justo juez en su propia causa, del mismo modo nadie puede ser justo e imparcial ministro ejecutor para hacerla cumplir en su misma persona, no estando, por consiguiente, obligado a sufrir la pena antes de la condena de los tribunales encargados del fallo, confirmándolos con hechos tan palpables y evidentes, al par que opuestos a nuestra propia naturaleza, como sería el caso del que habiendo cometido un crimen que permanece oculto e ignorado tuviera que condenarse a sí mismo a la pérdida de su patrimonio, pena de destierro e incluso la misma muerte, haciendo, por lo tanto, de juez, reo, acusador y testigo de su propia causa (37).

Finalmente, nos habla del reo que en juicio niega la verdad de los hechos por él realizados y por lo mismo se libra del castigo y penas marcadas por la ley, sosteniendo que, en conciencia, queda obligado a cumplirlos, no obstante la sentencia absolutoria de los tribunales humanos; pero por no hacernos demasiado pesados nos abstenemos de todo género de pormenores y razonamientos, pasando a exponer brevemente nuestro juicio crítico respecto a las ideas de Fray Pedro de Aragón, dadas a conocer a través de las páginas anteriores.

*Examen crítico de las ideas mantenidas por nuestro jurista Fray Pedro de Aragón.*

No dudamos que Fray Pedro de Aragón es en esta materia—como en todas las que trata—un autor profundo. Sin embargo, con todo el respeto, nos permitimos poner algunos reparos a su doctrina sobre las leyes penales: 1.º No aceptamos la conclusión de que el legislador no pueda obligar nunca *sub levi* en materia grave; lo contrario sí lo admitimos con todos los autores. 2.º No juzgamos muy probable que por el hecho de que una ley obligue sólo a la pena deje de ser verdadera ley; por lo menos, si aceptamos la definición clásica de Santo Tomás: “*Ordinatio rationis ad bonum commune...*”, el bien común se puede procurar con la sola sanción de la falta jurídica, sin que exista falta moral. 3.º Aceptamos, con Aragón, que de la protección de la ley por medio de la pena no se deduce que no obligue en conciencia; para esto es necesario que el legislador lo diga expresamente (Aragón), o que

(37) Fr. Pedro de Aragón: “*De justitia et jure*”, q. 62, art. III, pág. 227.

se dé—a nuestro parecer—alguna de las condiciones que anotaremos en seguida. Diferimos en esta apreciación tercera en lo siguiente: Este precepto que por voluntad expresa del legislador no obliga *ad culpam*, es para nosotros, como hemos dicho, verdadera ley, y obliga a cumplir el castigo impuesto por no observarla (38), antes o después de la sentencia judicial, corroborando nuestra afirmación con las siguientes palabras de Suárez: “Si el legislador puede obligar en conciencia al cumplimiento de sus preceptos y agregar al precepto una pena contra los infractores, podrá también lo uno sin lo otro” (39). Idéntica opinión mantienen el moralista Tomás Sánchez (40) y el jurisconsulto Covarrubias (41). Más radical, en este punto, es Juan Salas, al negar, o poco menos, la existencia de las leyes puramente penales, coincidiendo en ello con nuestro Pedro de Aragón.

Para la existencia de las leyes puramente penales deben darse, a nuestro juicio, alguna de las siguientes o similares condiciones: a) La declaración expresa del legislador, como ocurre con algunas constituciones o estatutos de las Ordenes religiosas. b) La forma de expresarse la ley, como la que, sin imponer precepto alguno, prescribe que pague un tanto quien exportare, por ejemplo, trigo, o quien cazare en algún lugar o tiempo. c) Que la ley sea abiertamente inútil o pernicioso. d) Que su observancia resulte muy difícil o moralmente imposible... Fuera de estos casos y alguno que otro, para que una ley no obligue más que a la pena, nos parece necesaria la expresa declaración del legislador.

Por tanto, admitimos, con Aragón, que por la sola sanción penal de una ley no se puede deducir que no obliga en conciencia: “Nam illa appositio poenae potius est signum quod legislator non utcumque vult fieri id quod praecipit, sed quod vehementissime vul. siquidem poenam sumit de transgressoribus.” (42). En este aspecto nos parece coincidir casi en absoluto con la nueva teoría del P. Ulpiano López, S. J. (43).

San Lorenzo de El Escorial, 17-VI-1949.

## BIBLIOGRAFIA

- ARAGÓN, FRAY PEDRO DE, O. S. A.: “*De justitia et jure*”. Salamanca, 1590.  
 BALLERINI: “*Opus theologicum morale*”, t. VII, Index scriptorum.  
*Dictionnaire de la Teolo. cathol.*, I. 1728-1729.  
 ESPERABÉ ARTEAGA, E: “*Historia de la Universidad de Salamanca*”, t. II. Salamanca, 1917.

- (38) Fr. P. de Aragón: “*De justitia et jure*”, q. 62, art. III, pág. 226.  
 (39) “*De legibus*”, lib. V, cap. IV, núms. 1 al 12.  
 (40) *Opus morale in praecepta Decalogi*, 1613, lib. III, cap. IX, núms. 32 y siguientes.  
 (41) In reg. Peccatum..., pars. II, núm. 4.  
 (42) Fray Pedro de Aragón, ob. cit., pág. 225.  
 (43) “*Periodica*”, t. 22 (1938) y 29 (1940), págs. 203 y 23, respectivamente.

- FERNÁNDEZ-ALVAR, C.: "La ley". Editorial Labor, 1936.  
 GUTIÉRREZ MARCELINO, O. S. A.: "Fray Luis de León y la Filosofía española del siglo XVI". El Escorial, 1929.  
 HERRERA, TOMÁS, O. S. A.: "Historia del Convento de San Agustín de Salamanca". Madrid, 1652.  
 HURTER: "Nomenclator literarius". Insbruck, 1892.  
 LANTERI, J., O. S. A.: "Postrem socculo sext.", t. III.  
 NICOLÁS ANTONIO: "Bibliotheca nova" t. II.  
 MONTES, JERÓNIMO, O. S. A.: "Introducción al estudio de la ley penal según las doctrinas de los moralistas y jurisconsultos españoles". "La ciudad de Dios", tomos CXXI y siguientes.  
 SOLANA, MARCIAL: "Historia de la Filosofía española del siglo XVI". Madrid, 1942.  
 SANTIAGO VELA, GREGORIO DE, O. S. A.: "Ensayo para una biblioteca iberoamericana de la Orden de San Agustín", t. I. Madrid, 1913.  
 VIDAL, MANUEL, O. S. A.: "Los agustinos de Salamanca". Salamanca, 1751.

## RÉSUMÉ

*C'est bien connue la dispute que les juristes et les moralistes catholiques ont soutenu sur ce qu'on appelle "Théorie des Lois purement pénales".*

*C'est le Docteur Solennel, Henri de Gand, qui a défendu cette théorie à l'Université de Paris, et l'a laissée écrite dans le troisième de ses Aureos Quodlibetos. Un siècle plus tard, c'est Jean Garson, chancelier à Paris, qui recueillit cette même doctrine.*

*Mais il se demande: est-ce qu'on peut soutenir que les Règles des religieux ont originé la "Théorie des Lois purement pénales", ou tout au contraire, celle-ci poussa indépendamment des autres? Fray Pedro de Aragón, grand philosophe et juriste classique de l'école salmantine dans la deuxième partie du XVIème siècle, a résumé sa doctrine sur cette affaire dans ses deux oeuvres "De fide, spe et charitate", et de "Justitia et jure", qui ont plus de mille pages chacune, publiées par lui même et qui sont un commentaire à ces questions de la Summa Theologica, de St. Thomas.*

*D'après Aragón, les lois positives humaines se subordonnent et se dérivent de la loi naturelle, pas par conséquence nécessaire ou à la manière d'une conclusion, nécessairement déduite des principes naturels mais pas spécification ou détermination. Telles sont les lois qui établissent des peines contre les malfaiteurs. Le juriste agustinien ne fait pas attention aux définitions sur la loi données par les autres auteurs et nous donne une explication un peu personnelle de la même.*

*Une fois presupposée la puissance des lois humaines pour obliger en conscience à leur observance, il cherche ses raisons pas dans la volonté seule du législateur, mais dans la mesure dans laquelle sa puissance se subordonne à la puissance divine et à la loi éternelle. Il en déduit que cette obligation se dérive d'une double volonté: celle du pouvoir humain qui est celui qui dicte le précepte, et qui est comme la cause seconde, et celle de la puissance divine et de la loi éternelle qui ordonne,*

en général, que tout ce qui a été ordonné par les puissances humaines soit considéré comme ratifié et confirmé.

Pour notre auteur il n'y a pas des lois purement pénales, des lois qui n'obligent pas en conscience. La loi, d'après lui, entraîne l'empire, la force impérative, qui est comme la substance et l'âme de la même, et par conséquent, une obligation en conscience. Donc, pour le jurisconsulte augustin la question: "Y a-t-il des lois purement pénales?" n'a pas de sens. C'est un postulat, le second "certum" qu'il presuppose dans l'art. III de la quaest. 62, de son oeuvre "In 2<sup>m</sup>. 2<sup>e</sup>. Divi Thomae. De justitia et jure".

### SUMMARY

It is well known the dispute held by the Catholic jurists and moralists about the so called "Theory of the purely penal laws".

It was the Solem Doctor, Henry of Ghent, who defended this theory at the University of Paris and who wrote it in the third of his Aureos Quodlibetos. A century later, it was John Gerson, chancellor of Paris, who took this same theory over.

But he asks himself: is it possible to maintain that the Rules of the monks have created the "theory of the purely penal laws", or on the contrary, this one appeared independently from those rules? Fray Pedro de Aragon, great philosopher and classical jurist of the University of Salamanca during the second half of the 16<sup>th</sup> century, resumes his doctrine about the matter in his two works "De fide, spe et charitate" and "Justitia et Jure", which count more than thousand pages each, published by himself and which are an commentary on these matters of the Summa Theologica of St. Thomas.

According to Aragon, the positive human laws are subordinated and derivated from the Natural law, not as a necessary consequence or like a conclusion which is necessarily infered from the natural principles, but as a mean of specification or determination. These are the laws which establish punishments for the malefactors. The Augustinian jurist prescind from all the definitions of the law given by the other authors and gives us a slightly personal explanation of the same.

After presuming the power of the human laws to oblige conscientiously to their observance, he looks for its reasons, not in the only will of the legislator, but in the measure in which his power is subjected to the Divine power and to the Eternal law. He draws therefrom the conclusion that this obligation is derived from a double will: the one of the human power which dictates the precept, an which is like a second cause and that of the Divine power and of the Eternal law, which generally commands thad everything that has been ordered by the human power must be considered as ratified and confirmed.

For our author there are not purely penal law, laws that do not conscientiously oblige. According to him, the law implicates a coin-

*mand, a commanding force that is like the substance and the soul of the same, and consequently, a conscientiously obligation. Therefore, for the Augustinian jurist the question: "Are there purely penal laws?" has no sense. It is a postulate, the second "certum" which he presumes in the art. III of the quaest. 62, of his work" in 2<sup>am</sup>. 2<sup>ae</sup>, Divi Thomae. De justitia et jure".*

## RESUMEN

Es conocidísima la disputa sostenida entre los juristas y moralistas católicos sobre la llamada "teoría de las leyes meramente penales".

Es el Doctor Solemne, Enrique de Gante, quien defendió en la Universidad de París dicha teoría que nos dejó escrita en el tercero de sus Aureos Quodlibetos. Un siglo más tarde recoge esta misma doctrina Juan Gersón, canciller de París.

Pero se pregunta: ¿Puede sostenerse que las Reglas de los religiosos han dado origen a la "teoría de las leyes puramente penales", o por el contrario, brotó ésta independientemente de aquéllas? Fray Pedro de Aragón, notable filósofo y jurista clásico de la Escuela Salmantina en la segunda mitad del siglo XVI, resume su doctrina acerca del asunto de sus dos obras, "De fide, spe et charitate" y de "Justitia et Jure", de más de mil páginas cada una, publicadas por él mismo y que son un comentario a esas cuestiones de la Summa Theologica de Sto. Tomás.

Según Aragón, las leyes positivas humanas se subordinan a la ley natural y de ella se derivan, no por consecuencia necesaria, o por modo de conclusión, necesariamente deducida de los principios naturales, sino por medio de especificación o determinación. Tales son las leyes que establecen penas contra los malhechores. El jurista agustino, prescinde de cuantas definiciones de la ley habían dado otros autores, y nos da una explicación hasta cierto punto personal de la misma.

Presupuesta la potestad de las leyes humanas para obligar en conciencia a su observancia, busca el fundamento de ello, no en la voluntad sola del legislador, sino en cuanto se subordina su potestad a la potestad divina y a la ley eterna. De donde deduce que dicha obligación se deriva de una doble voluntad: la del poder humano que dicta el precepto, y es como la causa segunda, y la de la potestad divina y la ley eterna que manda, en general, que lo preceptuado por las potestades humanas se tenga por ratificado y confirmado.

Para nuestro autor no existen leyes meramente penales, leyes que no obliguen en conciencia. Ley, según él, lleva consigo imperio, fuerza imperativa, que es como la substancia y el alma de la misma, y por lo mismo, obligación en conciencia. Por tanto, para el jurisconsulto agustino no tiene sentido la pregunta: "¿existen leyes puramente penales?". Es un postulado, el segundo "certum" que presupone en el art. III de la quaest. 62, de su obra in 2<sup>am</sup> 2<sup>ae</sup> Divi Thomae. De justitia et jure.

# Lo parapsicológico en la investigación criminal

ANTONIO ÁLVAREZ DE LINERA

Profesor de Psicología  
en la Escuela de Estudios Penitenciarios

Lo parapsicológico, lo al margen de lo que la *logia* de la *psique* o ciencia de lo psíquico tiene estudiado descubriendo las leyes por que se rige su producción, es objeto de desprecio o burla por parte de personas ilustradas que no ven en ello sino producto de manipulaciones fraudulentas u objeto de la fácil credulidad de espíritus débiles.

Que hay frecuentemente en lo que se presenta como parapsicológico mucho de fraude, es innegable; pero que sea supersticioso y digno de compasión el admitir su realidad psíquica es actitud que debe ser combatida.

No es mi intento hacer la apología o defensa de lo parapsicológico, asunto propio de cursos y tratados de Psicología. Admito su existencia y sólo intento examinar su aplicabilidad al descubrimiento de delinquentes.

## *Experiencias alemanas.*

Un reciente artículo aparecido en la revista de Stuttgart *Kriminalistik* (1), con el título de *El valor del ocultismo para el trabajo de la policía criminal (Consideración sobre la cuestión de la telepatía criminal)*, que firma el director-criminal R. Deferico Kleinsmidt, de Neumunster, sienta una tesis, incompatible, al parecer, con la que defendemos y que resume en las siguientes palabras: "Las investigaciones que el departamento de investigación del primitivo Instituto de Policía de Berlín-Charlottenburgo ha realizado ponen de manifiesto que de las experiencias hechas con sonámbulos, la mayoría da sólo indicios indefinidos junto con muchos datos falsos y que no se puede hablar de una real telepatía criminal".

El autor aduce en confirmación de su postura pesimista un caso ocurrido en Kiel, en cuyo puerto se hallaron trozos de un cadáver de mujer envueltos en papel de estraza. Sólo faltaban la cabeza y la pierna derecha. La policía no sacó nada en claro de sus pesquisas. Un tal S. que actuaba de vidente e hipnotizador ofreció entonces sus servi-

(1) Enero, 1949.

cios para el esclarecimiento del caso. La prensa publicó sensacionales artículos encomiando su competencia en la producción de fenómenos psíquicos extraordinarios, y la policía accedió por aquella vez tan sólo a probar lo que pudiera esperarse de esa clase de intervenciones, invitando, al efecto, al profesor Dr. Ziemke, Director del Instituto forense de la Universidad de Kiel, quien se prestó a presenciar en unión de otros invitados las manipulaciones del vidente. Este, que tenía una colaboradora que dirigía la experiencia, se introdujo dentro de un cajón en el que había instaladas unas lámparas eléctricas y pareció que caía en estado de *trance*. Más como no averiguaba nada que la policía no supiese, temiéndose que el *trance* fuese simulado, se le pinchó con una aguja esterilizada. El falso vidente dió un salto y a toda prisa salió del Instituto y de Kiel en unión de la colaboradora y de su cajón. Se trataba de un embaucador sin solvencia psíquica alguna.

Otros casos son los dos de las cercanías de Iserlohn en los que intervinieron dos señores que se decían videntes—afirmación de la que se levantó acta—, la Sra. Günther-Geffers, de Koenigsberg, y la señora Gerber-Wieghardt, de Düsseldorf, en competencia. No aportaron ningún dato que aclarase los hechos sometidos a sus supuestas facultades extraordinarias, haciéndose público en la prensa los resultados para crear un estado de opinión contrario a la intervención de los *mediums*, telepáticos, que podía llegar a ser incluso perjudicial a las investigaciones policíacas.

La segunda de dichas señoras operó en el lugar mismo del crimen, y la primera hizo un “diagnóstico a distancia”. La actuación de ambas fué recogida y analizada por un Dr. Kr., en un expediente que no se llegó a entregar a las autoridades.

Posteriormente se siguió un proceso contra la Sra. Günther-Geffers por engaño, y en él el tribunal de Insterburg falló que ni en un solo caso había contribuído esta pretendida vidente a la aclaración de los delitos a ella sometidos, sin que los otros casos de supuesta telepatía criminal examinados por el Departamento de investigación del Instituto de policía de Berlín-Charlottenburgo hubiesen hecho variar el juicio del citado tribunal.

Los más moderados entre los adversarios del empleo de lo parapsicológico en el descubrimiento de delincuentes, no niegan la existencia de una seria telepatía, ni su posible colaboración con la acción policíaca y suscriben esta opinión del Conde Klinkowström sobre las mentiras inconscientes de los *mediums*: “Sabemos que los *mediums* suelen ser psíquicamente hábiles, personas débiles, histéricas o neuropáticas, que se dejan dirigir en el estado de relajamiento de la conciencia por influencias sugestivas de su subconsciente”. Lo cual es exacto. ¿Qué actitud, pues, es la que con base científica se puede adoptar, al menos teóricamente, en este punto?

*Mediums y telépatas*

El *medium*, en efecto, es un sujeto anormal; de ordinario, por lo menos, si no siempre, histérico; que tiene una gran facilidad para recibir en su subconsciencia mensajes procedentes de la subconsciencia de otros, en especial, según se ha comprobado, del que consciente o inconscientemente y por el voto explícito o implícito de la concurrencia, que en él ve al perito en las prácticas ocultistas, se constituye en jefe del experimento. Lo que el *medium* manifiesta, por ejemplo mediante el alfabeto convencional de golpes del velador o por medio del fenómeno propio de los histéricos, llamado de escritura automática, es la respuesta concebida por el mencionado jefe de la experiencia que éste ha transmitido inconsciente y aun involuntariamente a la subconsciencia del *medium*, (2). Esos son los mensajes que los asistentes a sesiones espiritistas, si tienen, como suele ocurrir, desconocimiento del carácter natural de esos hechos extraños que no saben explicarse, fácilmente atribuyen a las almas de los difuntos. Por recibir mensajes de seres distantes, como son los jefes de las experiencias, a los *mediums* se les da también, con propiedad etimológica y por extensión, el nombre de telépatas.

Por lo dicho, se comprende que sólo en el caso improbable de que alguno de los presentes a la experiencia de mediumnidad conozca pormenores, que la policía ignore acerca de un delito, su autor o circunstancias, encubridores o cómplices, pormenores que, aun contra su voluntad, enviase su propia subconsciencia a la del *medium* quien así, en calidad de extraño testigo auricular, diese respuesta a preguntas que la policía dicha hiciese a éste, los fenómenos mediúmnicos no ofrecen, en general, utilidad a las pesquisas policíacas distinta de la que se hallaría en esa especie de narcoanálisis psíquico, que consiste en sumir en sueño hipnótico a personas de quienes se sospechara tenían algo que decir sobre el delito cuyo descubrimiento se persigue, las cuales, en ese estado, responderían a las preguntas que el hipnotizador les hiciese en relación con dicho delito.

Mucho menor es el auxilio que puede prestar un telépatas propiamente dicho. La telepatía, en sentido estricto, permite al telépatas conocer lo que en un lugar, distante está sucediendo o acaba de suceder a personas sintonizadas afectivamente con él por razones de parentesco, amistad, simpatía, amor o comunidad de intereses e ideales. Por el pronto, pues, no puede cualquiera presenciar telepáticamente lo acaecido a una víctima o realizado por un delincuente.

---

(2) Omito el tratar del mecanismo psicofisiológico por el que se explica la producción de estos y otros fenómenos maravillosos de que he de hablar, pues el tema a que me ciño es el de su posible utilización en la investigación policíaca. En lo que en particular se refiere a la mediumnidad puede verse mi trabajo *Dados y naipes en Parapsicología*, de la *Revista de Psicología general y aplicada*. (Madrid, 1949, enero-marzo, vol. IV, núm. 9, págs. 91-96 y 102-105.)

Pero, además, no está en manos del telepata experimentar las visiones telepáticas que le interesan.

Conozco el caso de una telepata—y la llamo así porque frecuentemente era sujeto de estos fenómenos—, que durante nuestra Cruzada presencié telepáticamente la batalla sostenida en San Marcial por los *requetés*, que culminó con la toma de Irún y la conquista de esta población, y, sin embargo, no fué a distancia testigo de otros hechos acaecidos cosa de un par de días después en Irún, a pesar de que personalmente le atañía en extremo.

Añádase a esto que la telepatía no se tiene sino de lo que está acaeciendo, como hemos dicho, o acaba de acaecer, por lo cual la cooperación del telepata no es distinta de la de cualquier otro testigo ocular del hecho definitivo, salvo la diferencia de que su presencia no ha sido física como la de éste, sino esta presencia psíquica que se da en los fenómenos telepáticos.

Técnicamente no hay que confundir la telepatía con la percepción a distancia—visual preferentemente, acústica y olfativa—, de los sujetos que algunos hacen figurar entre los llamados lúcidos por unos y clarividentes por otros. Estos fenómenos de telestesia no pueden corrientemente experimentarlos a voluntad los individuos dotados de este extraño poder, por lo cual cabe formar de ellos el mismo juicio que de los telepáticos en cuanto a su eventual cooperación a la policía judicial. Sin embargo, un adiestramiento *ad hoc* permite a tales sujetos echar mano, en cualquier momento, de estas facultades no comunes y entonces es valiosa su colaboración, descubriendo, por ejemplo, el lugar donde se halla escondida la persona a quien se busca, o donde se encuentran ocultos el cadáver de la víctima o los instrumentos del delito. Richard Hodgson habla en los *Annales des Sciences Psychiques* (3) de un individuo que “percibió una bala alojada en la cabeza y la describió con toda exactitud”.

### Radioestésicos

Conocida es la facultad de los zahories de descubrir las corrientes subterráneas de aguas porque al pasar sobre ellas toma una posición más o menos acentuada en relación con la vertical una varita de mirto, encina, almendro o avellano curvada, cuyos extremos sostienen con cada una de las manos. Parecen sufrir una influencia del agua manifestada a través de su organismo en las variaciones de posición de la varita.

Se diría que un principio semejante rige la producción de los fenómenos de radioestesia de los que vamos a hacer una somera descripción porque no son tan conocidos quizás de algunos lectores como los antes mencionados de mediumnidad, telepatía o percepción a grandés

(3) 1894, pág. 364.

distancias o de visión a través de cuerpos opacos, cuyo valor policíaco es bastante escaso, según se ha dicho.

El radioestésico opera con un pendulito, que cuelga de una corta cadena que mantiene cogida con dos dedos. La experiencia ha enseñado a los que en sí han descubierto el poder radioestésico cuáles son las condiciones preferentes de orientación del individuo en relación con los puntos cardinales, modo mejor de tomar contacto con las sustancias cuya presencia se desea acusen los movimientos del péndulo o de recibir la influencia de las mismas, etc., etc., pormenores todos que son recogidos en forma de normas en los manuales prácticos escritos por dichos sujetos.

Observadas dichas reglas, el radioestésico, provisto de su péndulo, precisa el objeto cuya naturaleza química pretende averiguar y por el cual desea ser influido. Al momento, el péndulo comenzará a realizar una serie de oscilaciones circulares o en planos paralelos, oblicuos o perpendiculares al experimentador, de dos o más de estas clases combinadas en cierto número cada una de ellas, constituyendo un período, por ejemplo, de dos circulares y tres paralelas, que se repite idéntica e indefinidamente. Se consulta en unas tablas hechas por los radioestésicos a qué sustancia corresponde aquel tipo de combinación de oscilaciones, y de este modo, se descubre de qué naturaleza química es el objeto cuya influencia se ha querido recibir y de hecho se ha recibido (4).

Ya se comprende que de este modo pueda descubrirse cuál es el contenido, venenoso o no, de un recipiente y patentizarse la existencia de sustancias tóxicas en el tubo digestivo del cadáver de un presunto envenenado.

Ni extrañará semejante afirmación si se admite la veracidad de un párroco católico suizo radioestésico que describe una experiencia repetidamente hecha por él. Dada la configuración montañosa y abrupta del territorio de Suiza no es raro que un individuo desaparezca y su familia tema con razón que se haya desriscado o despeñado, perdiéndose su cuerpo en las profundidades de aquellos valles y precipicios. En casos semejantes, frecuentemente acudían a él los parientes o amigos del desaparecido con el ruego de que diese con el paradero de su cadáver para rescatarlo y darle piadosa sepultura.

El párroco pedía un retrato de la persona cuya suerte se ignoraba y un plano lo más detallado posible de los parajes en que sospechasen pudiera haber sufrido el accidente que le costara tal vez la vida. Mirando muy fijamente la foto para saber bien a quien quería encontrar, y produciendo un intenso acto de voluntad de querer descubrir el paradero del fotografiado, el sacerdote comenzaba a pasear el péndulo sobre el plano en todas direcciones, hasta que empezaba a oscilar, cosa

---

(4) Para más pormenores sobre estos fenómenos, puede leerse mi estudio publicado en la *Revista española de Teología* (Madrid, 1949) con el título de *Adivinación y Psicología*.

que no se realizaba sino en un solo punto del plano, que era el correspondiente al en que indefectiblemente se hallaba el individuo maltrecho o su cadáver.

No creo necesario insistir en la utilidad que estos experimentos representan para la policía, tanto más cuanto que pueden producirse en cualquier momento en que el radioestésico lo intente, a diferencia de otros de que anteriormente he hablado.

Es más: basándome en una experiencia del mismo sacerdote, me atrevo a asegurar que un excelente radioestésico (entre ellos los hay de diversas categorías en razón de su mayor o menor sensibilidad a las mencionadas influencias), puede descubrir a un criminal a quien persiga la policía y que se teme ha escapado de una población por determinada carretera: el pasear el péndulo sobre un plano Michelin permitiría que los movimientos de aquél acusasen la ruta seguida por el criminal y llegasen a localizarlo.

Los fenómenos radioestésicos son verdaderamente maravillosos, pero doy fe de su realidad porque he realizado por mí mismo alguna experiencia de ese tipo.

#### *Lúcidos y psicómetras*

He hablado antes de los sujetos lúcidos, cuya posible colaboración con la policía se comprenderá fácilmente después de lo que de ellos paso a decir.

La lucidez puede darse en cada uno de nuestros sentidos externos.

La menos frecuente de todas es la lucidez gustativa. Cuando se da, suele ser en los casos de exteriorización de la sensibilidad, que, en la terminología de quienes admiten la existencia respecto a cada uno de nosotros de un cuerpo astral, que es como un segundo cuerpo o doble del nuestro, recibe el nombre de desdoblamiento. Se da, en efecto, en ocasiones una como prolongación de la sensibilidad cognoscitiva en una zona que rodea el cuerpo del sujeto adoptando los mismos contornos de éste, como si fuese un molde o cuerpo mayor—el astral—, dentro del cual, como en un estuche que adopta la misma forma, aunque con mayores dimensiones, estuviese embutido el cuerpo visible y tangible del que este otro es como un doble. Pues bien; si se pellizca, por ejemplo, la zona esa que rodea el brazo derecho, el individuo sentirá un pellizco en el brazo derecho suyo; y de igual modo, si en ese estado de desdoblamiento se coloca un objeto sávido en la zona que circunda a la lengua, ésta se sentirá impresionada por el sabor de aquel cuerpo con el que no ha estado en contacto. Tal es la lucidez gustativa.

Tampoco es muy frecuente la olfativa. Hallándose el lúcido de este tipo en estado de sueño magnético (5), por el olor de una prenda que

(5) El sueño magnético no es el hipnótico. Mientras este último se puede producir por una impresión sensorial, como es la del fulgor de un brillante en el que fija la mirada el que queda hipnotizado (técnica del Dr. Braid y de Charcot), o porque se lo sugiere el hipnotizador (técnica del Dr. Liébault, de la escuela de Nancy), o por actuación telepsíquica o influencia a distancia de la

hubiese pertenecido a una persona ya difunta reconocerá que el poseedor de aquel objeto ya ha muerto y aun dónde se encuentra el cadáver.

Algo más frecuente es la lucidez auditiva por la que el magnetizado que se halla en estado de sonambulismo (6), al contacto con un objeto de una persona o carta que ésta haya escrito, manifestará cuál es el timbre de su voz y aun si canta o no bien.

Finalmente se da—y es la más frecuente—, la lucidez táctil en el sueño magnético, en razón también del flúido magnético de cada persona de que están cargadas las prendas de su propio uso. Entregada una de ellas al lúcido, éste hablará del estado de salud de su dueño con tanto más éxito y rapidez cuanto menor sea el tiempo que haga que dicha prenda dejó de estar en contacto con su propietario o por menos manos haya pasado (7). Igualmente y con más facilidad puede tener lugar la lucidez tocando el magnetizado con su mano derecha la mano derecha del sujeto sobre el que va a llevar a cabo la adivinación.

Prácticamente los fenómenos de lucidez y de visión a través de cuerpos opacos en estado de sonambulismo magnético están a disposición de la policía en cualquier momento, siempre que cuente con un buen magnetizador, como si dijéramos de plantilla, ya que el 30 por 100 de las personas de uno y otro sexo, en especial mujeres, por su constitución ingénita o heredada, son débilmente magnéticas, y tanto por su energía nerviosa deficitaria, como por carecer de la fuerza de

---

voluntad, que es la preconizada por el Dr. Richet y estudiada por el Dr. Ochowski, profesor en la Universidad de Lemberg, el sueño magnético es la consecuencia de la proyección sobre el que así se duerma de una radioactividad fisiológica del magnetizador, llamada por algunos flúido vital, de efectos terapéuticos, empleado en varios países para la curación de bastantes enfermedades (neurosis, obsesiones e ideas fijas, manía persecutoria, fobias, alcoholismo, toxicomanía, indigestiones, insomnios, sueños intranquilos, excitación nerviosa, calambres, temblores nerviosos, síncope, neuralgias faciales y dentales, cefalalgias, inflamación intestinal, constipados, dispepsias, gastralgias, asma, bronquitis, afecciones vasculares, cardiopatías, hemiplejías y parálisis de origen cerebral, etc.). El sueño magnético, en cambio, se produce por pases longitudinales y transversales, de efecto diverso unos y otros, imposiciones y aplicaciones de las manos del magnetizador, frotamientos, fricciones, soplo frío, aliento cálido o mirada del mismo; según una complicada técnica que no es éste el lugar de exponer. Ahora bien; ese sueño puede ser más o menos profundo y presentar los cuatro estados de sugestivo, cataléptico, sonambúlico y letárgico, tras el cual se produce la exteriorización de la sensibilidad y el desdoblamiento; pero hay que advertir que el estado sonambúlico ofrece siete fases, en cuya descripción no hemos de entrar, de las que la cuarta y quinta son las de lucidez con los ojos respectivamente cerrados y abiertos.

(6) Véase lo dicho en la nota anterior sobre los diversos estados del sueño magnético.

(7) Relaciónese esto con el caso que he referido en mi citado artículo *Adivinación y Psicología* del párroco católico de Lewin (Checoslovaquia) doctor Pientka, curandero y radioestésico, que para diagnosticar no necesitaba ver al enfermo ni hablarle, sino pasear el péndulo sobre una hoja de papel en que el paciente hubiese dibujado el perfil de su propia mano. Aquí se daba una lucidez táctil fuera del sueño magnético, por la constitución radioestésica de aquel sacerdote.

voluntad exigida para dominar sus escapes conscientes o inconscientes de energía magnética, son fácilmente magnetizables. Lo son además pasajeramente los aquejados de una enfermedad que los haya debilitado o en convalecencia de ella, capaces, como los otros, de recibir ese aumento del tono de vibración de su organismo por la proyección de los efluvios del magnetizador que reciben en sus plexos nerviosos.

### *Psicómetras*

No se trata de personas que midan lo psíquico, como pudiera dar a entender la etimología de esta palabra de origen griego. En Parapsicología recibe este nombre el vidente que, naturalmente o por aprendizaje, es sujeto de retrocogniciones, esto es, que "en presencia o contacto de edificios en que vivieron personas ya desaparecidas, muebles u objetos que pertenecieron a individuos ya difuntos..., o refiere acontecimientos relacionados con aquel objeto, o percibe escenas pasadas, habidas en aquel lugar, en forma de apariciones fantasmales" (8).

He aquí la descripción de un fenómeno de este tipo que tomo textualmente de la traducción al español argentino de la obra de Eileen J. Garrett, *Telepatía* (9): "En cierta ocasión llevé a la habitación en la cual se hallaban realizando experimentos varios discípulos, un viejo frasco del perfume Lalique. Me era familiar la historia del artista que había diseñado y ejecutado el frasco, y conocía muchos detalles de la vida de la persona que me lo había regalado (10). Los discípulos que estaban trabajando telepáticamente obtuvieron sus impresiones de inmediato y dibujaron un inconfundible bosquejo del frasco. Por su parte, los que trabajaban clarividemente, descubrieron el proceso de fabricación del frasco, registraron episodios de la vida del artista y de la persona que me había obsequiado con el perfume. Algunos llegaron hasta interpretaciones líricas sobre la belleza del delicado envase y su significado simbólico para el donante. Mientras tanto, los discípulos clariaudientes reprodujeron palabras y expresiones unidas a visiones relacionadas (11). Algunos oyeron trozos de música y el tañido de campanas que, por cierto, tenían una íntima relación con el hombre que había tenido anteriormente el frasco en su poder".

La otra forma de retrocognición o conocimiento retrospectivo del pasado a través de aparecidos y fantasmas puede indudablemente dar a conocer a la policía, como a cualquier persona, hechos acaecidos en

(8) Sobre estos fenómenos consúltese mi citado artículo *Adivinación y Psicología*.

(9) Editora Interamericana, Buenos Aires, 1943, págs. 160 y 161.

(10) Tal vez por esto la clarividencia de sus discípulos pudiera haberse debido a transmisión telepática a ellos desde la señora Garret de lo que ella conocía, y por eso la autora diga que el experimento que refiere "tiene una estrecha relación con la psicometría", pues si por su causa no fuesen fenómenos de esta clase, el efecto es igual al logrado por los psicómetras. (*Nota del autor.*)

(11) Esto es: a las visiones referidas. (*Nota del autor.*)

el lugar de la aparición o a la persona representada en el fantasma, tanto más cuanto que esos hechos suelen ser delictivos y esas personas las víctimas de ellos (12). Tales son los "príncipes de la Torre" de Londres, fantasmas de los niños a quienes, para apoderarse de la corona, dió muerte su tío el duque de York, que antes de los bombardeos de la *Luftwaffe* alemana se asomaban a sus almenas blancas todas las noches de luna llena; o el del rey Carlos I, que en los aniversarios de su decapitación aparecía en Westminster Hall con su cabeza debajo del brazo; y tantos otros de los castillos escoceses, cada uno de los cuales suele tener uno especial y característico.

\* \* \*

Estos fenómenos de apariciones tal vez se deban a que en los muros de las habitaciones y casas, quizás preferentemente si los materiales de construcción—que es lo que debe acaecer en los castillos de Escocia—tienen una determinada constitución mineralógica, se conservan unas ondas psico-fisiológicas emitidas por el cerebro de las personas que actuaron en la escena que fantasmalmente se reproduce. Reflejadas de continuo esas ondas son "recogidas por los dedos de las manos de los que allí viven, que actúan a manera de antenas, si bien las imágenes visuales, auditivas, olfativas, etc., del episodio ocurrido antiguamente que pueden esas ondas originar en la imaginación de los que las reciben, no llegan durante el día a ser alucinatorias y a confundirse con sensaciones de algo real, como ocurre durante la noche, pues los ruidos, luces, etc., del día les quitan esa viveza que en la noche las convierte en alucinaciones".

Esta hipótesis, que puede no ser la verdadera explicación de estos hechos innegables, me movió a la terminación de nuestra Cruzada a escribir un artículo que entregué a una agencia periodística. No lo vi reproducido en los periódicos suscritos a la misma, tal vez porque éstos, asombrados ante mi tesis, lo creyesen obra de un perturbado. Sostenía, en efecto, yo "la posibilidad de que en los edificios en que, durante la revolución, había habido establecidas *chekas*, pudieran aparecer fantasmas que reprodujesen las escenas de horror allí acaecidas".

El siguiente hecho sucedió a uno de los sujetos cuyos fenómenos constituyen un material de casos suministrados por ellos a mí, que integran mi particular colección o archivo, vino a darme la razón: "La casa de Madrid de P., durante la guerra civil española, había sido cuartel de artillería. Terminada aquélla, y en el curso de la mundial, ha-

---

(12) No siempre sin embargo, es así, como ocurre en el caso del dogo alemán babeante y feroz, autor de muertes ocurridas en el castillo escocés en que se aparece, de que hablo en mi trabajo *Los fantasmas de Hiroshima*, que vió la luz en la *Revista de Filosofía* (Madrid, 1947, tomo V, núm. 18, págs. 468 y 469), que puede consultarse para mayor conocimiento de estos extraños fenómenos. Tampoco sigue esta regla el del conde de Essex, que en determinadas noches aparecía por un ventanal de Whitehall después de haber guiado un fantasmal coche tirado por cuatro briosos caballos que hacían sonar alegres cascabeles.

llándose de noche a oscuras en una habitación de su casa, vió sentado ante sí y con las piernas cruzadas a un soldado con uniforme americano, tanto que le pareció el general Eisenhower y que bien pudo ser la imagen de alguno de los extranjeros llegados a Madrid integrando las brigadas internacionales, que se hubiese alojado en su casa, convertida, como he dicho, en cuartel”.

\* \* \*

El contenido de este artículo podrá mover los labios de algún lector con *rictus* de sonrisa escéptica sobre la realidad de los fenómenos que he descrito, o su utilidad en los servicios de policía. No tengo para ellos otra respuesta que la histórica de Galileo, cuando tachaban de falsa su afirmación de que la tierra es, y no el sol, el que se mueve: *E pur si muove*.

### RÉSUMÉ

*La publication de quelques expériences allemandes, d'un résultat très pauvre, sur l'application de l'occultisme aux travaux de la police criminelle a été la cause qui a mené l'auteur à défendre l'importance qu'en théorie, peut avoir la collaboration des sujets dotés de facultés parapsychologiques au service de la police.*

*C'est par celà que l'auteur de l'article examine les possibilités qu'en cette direction offrent les médiums, les télépathes, les radioesthésiques, les lucides et les psychomètres pour finir par des conclusions optimistes d'une valeur scientifique, écartées de tout sectarisme spiritiste et superstitieux.*

### SUMMARY

*The publication of some German experiences, with a very poor effect, over the application of occultism to the proceedings of criminal police, has been the cause that has compelled the author to defend the value that theoretically may have the collaboration of individuals with parapsychological faculties in aid of the police.*

*Therefore the writer of the article examines the possibilities that the mediums, telepathists, radioestresists, lucids and psychometrists offer in this direction and he finishes with optimist conclusions of scientific value, separated from every spiritualist and superstitious sectarianism.*

# SECCION LEGISLATIVA



# Segunda reforma de la Casación Penal

(LEY DE 16 DE JULIO DE 1949)

I. La estructura legal originaria de la Casación articulada por la Ley de Enjuiciamiento criminal ha sufrido, hasta la fecha, dos reformas importantes: la primera por Ley de 28 de junio de 1933 y la segunda por la reciente de 16 de julio de 1949. Se pueden caracterizar a *potiori* ambas reformas, por un, sentido contrario: La primera fué una reforma ampliatoria del concepto legal, la segunda restrictiva en cuanto tiende a constreñir los motivos y las resoluciones dentro de unos límites más estrechos que los reformados; pero ambas, respetan las paredes maestras de la Institución y se limitan a introducir variaciones accesorias en su estructura. Los precedentes de la última Ley los exponemos esquemáticamente a continuación.

II. La Ley va precedida de un preámbulo muy reducido, casi esquemático, en donde apenas si se dan las razones fundamentales que han inspirado su confección. En síntesis, dice, que "la finalidad primordial es que las causas criminales no sufran estacionamiento en la tramitación del recurso, ya que con frecuencia es el procedimiento a que se acude como medio para dilatar el momento de la entrada en prisión del condenado o demorar el pago de la indemnización por el responsable civil; logrando así mayor rapidez en la administración de Justicia. Para conseguir designio tan definido se unifican los dos recursos: el de por infracción de Ley y el de por quebrantamiento de forma de modo semejante a como se hallaba sancionado ya para las causas de muerte"; "se abrevian sus trámites, se suprime para las sentencias dictadas en apelación de los juicios de faltas y al propio tiempo se suplen omisiones y corrigen algunos textos legales; se establecen las precisas garantías para mantener la pureza procesal y el prestigio de los tribunales".

III. Morfológicamente, la reforma que ha pretendido no ser profunda ha resultado extensa pues alcanza a 59 artículos de la Ley de Enjuiciamiento criminal, algunos fundamentales; deroga 16, totalmente, y como se ha procurado conservar la "caja" donde se hallaba y se halla encuadrada la Casación en su Ley original, muchas de sus reformas se han articulado en su seno bajo el reusable sistema de los números bis y bajo subdivisiones de los mismos, como ocurre con el art. 861, al que se le añaden tres bis. a), b) y c); el 893, con dos bis: a) y b); el 901, con dos bis: a) y b), y el 882 poseedor de un solo bis.

IV. Como reformas de fondo cabe indicar, preferentemente, las que afectan a las resoluciones recurribles y las que se refieren a los motivos aducibles como amparo del recurso.

Con respecto a las primeras, "sólo procede el recurso de casación por infracción de Ley y por quebrantamiento de forma contra las *sentencias* dictadas por las Audiencias en juicio oral y única instancia". Se ha suprimido, pues, el párrafo antiguo que lo autorizaba contra los de segunda instancia, dictadas en los juicios de faltas.

"Contra *los autos* definitivos dictados por las Audiencias *sólo* procede el recurso de casación y *únicamente* por infracción de Ley en los casos en que ésta lo autorice de modo seguro" (art. 848).

"A los fines de este recurso, aclara la Ley reformada, los autos de sobreseimiento se reputarán definitivos en el sólo caso de que fuera libre el acordado, por entenderse que los hechos sumariales no son constitutivos de delito y alguien se hallare procesado como culpable de los mismos." El precepto viejo se limitaba a indicar que las resoluciones fueren "sentencias y autos definitivos de los Tribunales".

V. En cuando a los motivos, se han mantenido intactos en sí los articulados, no muy correctamente, por la Ley, introduciendo dos variaciones en el número 2.º del art. 849, según la Ley de 1933; el primero consiste en suprimir la palabra *actos* en la redacción que decía se daba el recurso "cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de hecho, si este resulta de documentos o *actos* auténticos, etc." Ahora sólo se refiere a documentos auténticos, no dándose la razón de tal supresión. En segundo lugar se observa también haber cambiado la palabra demuestran por *muestran* la equivocación evidente del juzgador, etc. Se funda esta mutación, según oficiosamente se ha dicho, en que por ser indemostrable la evidencia, el precepto se limita a simple "muestra de la evidencia", con lo cual se canjea el término lógico antiguo por el natural sancionado.

VI. En la preparación del recurso ante la Audiencia la parte recurrente. al pedir testimonio ante el Tribunal que la haya dictado, de la resolución, "manifestará la clase o clases de recurso que trate de utilizar". Si se propusiese interponer el de quebrantamiento de forma designará, sin razonamiento alguno la falta o faltas que se supongan cometidas, y la reclamación practicada para subsanarla y su fecha (art. 855). "Si se propone fundar el recurso en el núm. 2.º art. 849. (infracción de la ley material) deberá designar, sin razonamiento alguno, los particulares del documento auténtico que muestren el error de hecho de la resolución impugnada (art. 855)". Es una consecuencia natural de la unificación sancionada.

El Tribunal, dentro de los tres días siguientes sin oír a las partes, tendrá por preparado el recurso, si la resolución reclamada es recurrible en casación y se han cumplido todos los requisitos exigidos en los artículos anteriores, y en el caso contrario lo denegará por auto motivado." La redacción es una forma condensada del viejo artículo 918 de la Ley.

Admitido el recurso, deberá remitir al Tribunal Supremo, con la causa, el certificado de votos reservados y testimonio de la sentencia recurrida, el ramo en

que se suponga cometida la falta "o que contenga el documento auténtico, cuando el recurso se haya preparado por quebrantamiento de forma o al amparo del número 2.º, del art. 849".

Al mismo tiempo se ordena por vez primera en la presente Ley que "el Tribunal dispondrá que se contraiga testimonio de resguardo de la resolución recurrida, que conservará con las piezas separadas de la causa para ejecución de aquella en su caso".

"También acordará en la misma resolución que continúe o se modifique la situación del reo o reos y lo pertinente en cuanto a responsabilidades pecuniarias, así como adoptará en las mismas piezas los acuerdos procedentes durante la tramitación del recurso para asegurar, en todo caso, la ejecución de la sentencia que recayere". Se ha calificado a esta diligencia de "garantía para mantener la pureza procesal y el prestigio de los Tribunales".

VII. El recurso de queja por denegación del testimonio pedido para interponer la casación, se abrevia extraordinariamente con criterio muy certero. En primer término, inspirándose en el precepto que regulaba este recurso en la Ley procesal, declara sintéticamente que procederá "si el recurrente se creyese agravado" que puede utilizar la queja. En la Ley nueva se abrevian trámites, se suprimen otros y se aclaran algunos preceptos incongruentes del texto reformado, añadiéndose aparte otros de ínfima cuantía, la regla de que el escrito interpositorio y del auto denegatorio acompañará "copias autorizadas para las demás partes personadas en la causa." Los tres apartados que dedicaba la Ley de Enjuiciamiento criminal a la queja según la clase de recurso que se interpusiera (material, formal o mixto), se han refundido en uno y en síntesis ejemplar, ya que no se ha perdido garantía alguna del justiciable.

VIII. La fase crítica casacional de la interposición del recurso sufre innovaciones de interés. En el escrito interpositorio del recurso, dice la reforma, se consignará: 1.º "El fundamento o los fundamentos *doctrinales* y legales aducidos como motivos de casación... encabezados con un breve extracto de su contenido." Con ello parece que se da entrada a una nueva fuente jurídica penal, la *doctrina* aunque sea en el estricto sentido indicado.

Junto a los tradicionales documentos que se deben acompañar al escrito se exige ahora también las copias del mismo "para cada una de las demás partes emplazadas", con la grave conminación de que tal falta "producirá la desestimación del escrito y, en su caso, se considerará comprendida en el núm. 4.º del artículo 884".

En este trance crítico se innova el recurso de pobre pues se reduce la intervención de los abogados examinadores de su viabilidad sólo a dos para lograr su desestimación como indefendible, si bien se aumenta el plazo (no término) a quince días. En la Ley, el número exigido eran tres y el plazo de cinco días.

IX. La substanciación del recurso, o mejor instrucción crítica del mismo, ha sido aún más afectada. Interpuesto el recurso, la sala "dispondrá que el Secretario forme nota autorizada del recurso en término de diez días. Dicha nota

contendrá copia literal de la parte dispositiva de la resolución recurrida del fundamento de hecho de la misma y del extracto de los motivos de casación prevenido en el núm. 1.º del art. 874 y en relación de los antecedentes de la causa y de cualquier otro particular que se considere necesario para la resolución del recurso. La razón práctica de esta reforma es irrecusable y su importancia evidente.

La celebración de la vista se hace ahora facultativa para las partes. "El recurrente, en su escrito de interposición, podrá manifestar que no conceptúa necesaria la celebración de vista y en este caso las demás partes deberán expresar, al instruirse del recurso, si están o no conformes con aquella manifestación".

Los motivos de inadmisión del recurso son adicionados por uno nuevo (el número 6.º), que aunque tomado fundamentalmente del artículo que en la Ley fijaba al Tribunal de Instancia los casos en que podía denegar el testimonio de la resolución impugnada, representa una modificación fundamental de la nueva reforma. El recurso, dice, será inadmisibile en sexto lugar: "cuando el documento o documentos no fueren auténticos, no hubiese figurado en el proceso o no se designen concretamente las declaraciones de aquellos que se opongan a los de la resolución recurrida" (art. 884).

"Si a juicio de la Sala fuere admisible el recurso, en su caso, la adhesión al mismo, lo acordará de plano en providencia y hará el señalamiento para la vista o el fallo". Se ha sancionado un puro principio de oficialidad u oficiosidad frente al de disposición o parte que la Ley había adoptado.

X. Las reformas introducidas en la regulación del depósito cautelar han sido radicales, pues afectan tanto a su cuantía como al criterio determinante para su exacción. Respecto a la primera se ha elevado de 1.000 a 4.000 pesetas cuando el recurrente fuere acusador privado y el delito público o semipúblico; de 500 a 2.000 si el delito fuere privado. Si el recurrente fuere el actor civil, el depósito se eleva de 200 a 2.500 pesetas. Cuando dicho recurrente fuere el procesado o el responsable civil, la elevación varía de 125 a 250 pesetas." Como se ve, se combina para su graduación, la clase del delito con las calidades de la parte recurrente, señalándose cuotas o cantidades fijas, según canon tradicional.

El criterio determinante de su pérdida o devolución era antes más complejo, pues junto a las dos notas indicadas unía el de su presunta viabilidad, por el acogimiento del Fiscal que con la reforma desaparece, entregando su resolución definitiva al Tribunal solamente.

XI. La decisión del recurso ha sido afectada por reformas no substanciales. En primer lugar, "la sala podrá decidir el fondo del recurso, sin celebración de vista, señalando día para el fallo" (art. 893 bis). Si, por el contrario, hay que celebrar vista puede verificarse sin asistencia del Fiscal y de los defensores de las partes, pues se ha transformado ésta de obligada en facultativa, ya que para el primero se ha suprimido la condición anterior de ser "precisa" y para los segundos se ha añadido que su incomparecencia injustificada "no será, sin embargo, motivo de suspensión de la vista si la Sala lo estima" (art. 894, núm. 2.º).

Las demás reformas introducidas en esta fase procesal de mera co-

rección verbal se verifican sobre la necesidad de tener que resolver el doble recurso sancionado. "Si la Sala estima no haberse cometido el quebrantamiento de forma alegado declara no haber lugar al mismo y procederá en la propia sentencia a resolver los motivos de casación por infracción de ley." La sentencia se publicará sólo en la Colección Legislativa—no en el "Boletín Oficial"—reservándose la facultad para no publicarla en casos especiales (arts. 888 y 905).

XII. El carácter oficial del recurso de casación en las causas de pena de muerte, se mantiene intacto. "Se considerará admitido de derecho, dice la Ley, en beneficio del reo." Y "la Sala podrá declarar haber lugar al recurso por infracción de Ley o quebrantamiento de forma aunque no lo hubiese sostenido como precedente las partes personadas ni el Fiscal".

Como novedades se añade: 1.ª, La misma tramitación se observará en los recursos *interpuestos* por las acusaciones que *hubiesen solicitado* pena de muerte, si su estimación pudiera dar lugar a la imposición de la misma." 2.ª, "Cuando se declare no haber lugar al recurso, la Sala mandará remitir los autos al Tribunal para que, oyendo previamente al Fiscal emita informe acerca de si concurre algún motivo de equidad que aconseje la commutación de la pena impuesta, requisito nuevo como garantía muy fundada, para aconsejar con acierto la proposición de indulto".

XIII. Como correcciones menores se señalan las modificaciones de los textos de los artículos pertinentes a los términos judiciales para interponer los recursos que se acomodan a las reformas indicadas, en los procesos ordinarios; en los de flagrancia en los de faltas en segunda instancia en cuyo art. 981 se sanciona que contra las sentencias de aquella clase, dictadas en segunda Instancia, no se da recurso alguno.

E. J. A.



# SECCION DE JURISPRUDENCIA



# De la relación concursal entre falsificación y estafa

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad  
de Valladolid. Abogado de los l. Colegios de Vallado-  
lid, Burgos, Zamora y Madrid.

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho*.—II. *Calificación del Tribunal "a quo"*.  
III. *Fundamentos impugnadores de la sentencia*.—IV. *Problema jurídico-penal planteado por la parte recurrente*.—V. *Exposición del fallo de la Sala Segunda*.—VI. *Doctrina jurisprudencial española*.—VII. *Algunos aspectos de la sentencia*.

## I. Supuesto de hecho

(S. 24 mayo 1949.)

Los "hechos probados" nos narran lo siguiente: "Que durante el mes de mayo de 1946, R. S. D., que prestaba sus servicios en F. I. S. P. A., y tenía por misión el extender y cobrar determinados recibos, realizó en diferentes ocasiones, hasta el número de nueve, algunas enmiendas en aquellos recibos después de haberlos presentado al conforme del empleado correspondiente, como medio de obtener una ganancia, consiguiendo por este medio defraudar a la S. en la cantidad de 500 pesetas".

## II. Calificación del Tribunal "a quo"

La conducta anteriormente reseñada fué juzgada por el Tribunal de instancia como constitutiva de un delito de estafa, previsto y definido en el artículo 529, número 1.º (1) y 528, número 3.º, del vigente texto punitivo (2), sin hallar ninguna circunstancia modificativa de responsabilidad

(1) Incurrirán en las penas del artículo anterior:

1.º *El que defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociaciones imaginarias, o valiéndose de cualquier otro engaño semejante que no sea de los expresados en los casos siguientes.* (Art. 529, núm. 1.)

(2) *El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio será castigado:*

3.º *Con la pena de arresto mayor, si la defraudación fuere superior a 250 pesetas y no excediere de 5.000.* (Art. 528, núm. 3.º)

criminal. Y siendo, por supuesto, una conducta de autor, en sentido estricto.

Esta declaración judicial viene fundamentada en las razones de que la presente "alteración de cifras realizadas en los recibos ha constituido el medio engañoso de que el procesado hubo de valerse para lograr el lucro apetecido, condenando, en consecuencia, a aquél a tres meses de arresto mayor, con las consiguientes accesorias, indemnización y pago de costas".

### III. Fundamentos impugnadores de la sentencia

De frente al mencionado fallo, el Ministerio público, celoso custodio de la Ley, prepara el oportuno recurso de casación, amparándolo en el número 1.º del tan conocido artículo 849 de la Ley rituarial criminal, ya que, habida cuenta de los hechos, antes descritos, la sala sentenciadora ha omitido la aplicación del artículo 306 (3), en relación con el número 6.º del 302 (4), y también el artículo 71 (5), todos ellos del Cuerpo penal vigente, porque, a su juicio, las enmiendas que realizó el procesado en los recibos de referencia constituyen por sí solas un delito de falsedad con sus propios elementos, independientes del de estafa mencionado.

### IV. Problema jurídico-penal planteado por la parte recurrente

Como se deduce al primer golpe de vista, el Ministerio fiscal impugna la decisión judicial de la Audiencia, basando su razonamiento jurídico-penal en que lo calificado de "medio"—la alteración de cifras (falsedad)—para conseguir el lucro apetecido—estafa—entraña de suyo una figura delictiva, perfilada, con caracteres autónomos y específicos, en los mentados preceptos reguladores de la falsedad en documento privado.

Así, pues, en tanto que la Sala concedora de los hechos estima embebida la alteración en la "finalidad" perseguida, y posteriormente lograda; la parte recurrente, representada por el Ministerio público, entiende que la conducta realizada es valorable desde dos perspectivas delictivas distintas: una de falsedad, otra de estafa. Y, por tanto, surge en seguida la conexión entre estas dos provincias penales, de contextura semeja en

(3) El que, con perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo, cometiére en documento privado algunas de las falsedades designadas en el artículo 302, será castigado con la pena de presidio menor. (Art. 306.)

(4) Será castigado con las penas de presidio mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas el funcionario público que, abusando de su oficio, cometiére falsedad:

6.º Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido. (Art. 302, núm. 6.º)

(5) Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.

En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos.

Cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán los delitos por separado. (Art. 71.)

algunas dimensiones, si bien divergen en cuanto a otros. Veamos separadamente en qué forma y medida ha terciado la competente Sala Segunda del más alto Tribunal de Justicia, sentando, por supuesto, doctrina que, en buena medida, reitera la ya establecida en similares casos.

#### V. Exposición del fallo de la Sala Segunda

La Sala de casación acoge la posición del recurrente, en virtud de “que la conducta observada por el recurrido en la ocasión de autos—nos expone el único Considerando—se aprecian dos hechos punibles perfectamente caracterizados, aunque fuese una sola la finalidad perseguida por aquél, puesto que guiado el mismo por el doloso impulso del ánimo de lucro en perjuicio ajeno, logró este propósito mediante ciertas alteraciones que realizó en las cifras representativas del valor de las cantidades que figuraban en varios recibos, de cuyo cobro se hallaba encargado por la Entidad en que prestaba sus servicios, apropiándose así de 500 pesetas en perjuicio de la misma Entidad, de donde se infiere que el repetido R. S. D., *mediante la falsedad que define el número 6.º del artículo 302, en relación con el 306, ambos del Código penal, ha cometido una estafa que, a su vez, define y sanciona el artículo 529, en armonía con el número 3.º del 528 del mismo ordenamiento jurídico, por lo que procede hacer aplicación a dicho recurrido de lo que preceptúa el artículo 71 del propio Código penal*” (6).

De modo que, declarada la procedencia del recurso, se dicta nueva decisión judicial, que casa y anula la de la Sala inferior, enjuiciando los “hechos” constitutivos de “dos delitos: uno de falsedad en documento privado y otro de estafa”, definidos en los artículos antes susodichos, y “todos en relación con el 71 del mismo Código; cometido el primero de dichos delitos como medio de realizar el segundo”, con lo que, después de mencionar otros fundamentos la sentencia condena al recurrido “a la pena de seis meses y un día de presidio menor, con los demás pronunciamientos de la sentencia casada” (7).

#### VI. Doctrina jurisprudencial española

Ya a propósito de la sentencia de 10 de marzo de 1945, nuestro buen amigo y compañero F. PUIG PEÑA, en la *Revista de Estudios Penales*, por nosotros dirigida, hizo un sustancioso comentario en que nos resumía la polémica científica y sistematizaba en forma ejemplar las líneas seguidas por la doctrina jurisprudencial (8). Sin necesidad de reinsistir en el tema,

(6) Hemos subrayado.

(7) Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. E. de Eizaguirre.

(8) V. F. PUIG PEÑA, “Falsedad como medio para cometer estafa”, en *Revista de Estudios Penales*, tomo III, Valladolid, 1945-46, págs. 71-81.

Recomendamos, por supuesto, este estudio que tan agudamente plantea y esclarece este aspecto concreto de concurso de infracciones penales.

que doctrinalmente hemos tratado en el pasado curso monográfico del Doctorado, profesado en nuestra Facultad (9), conviene, no obstante, recordar algunos extremos que faciliten la lectura del presente fallo y le enmarquen en la trayectoria seguida por la jurisprudencia española.

Dando de lado a la causa, finamente apuntada por PUIG PEÑA (10), de la contradicción entre la norma disciplinante del concurso colocada en la doctrina general del Código y la aplicada en algún caso concreto delictivo, cuya expresión fiel fué el apéndice de falsedades en los anteriores Códigos penales, interesa señalar, en inmediata relación con el fallo actual, que, en primer lugar, se trata de una típica situación de *engaño*, de la que resulta un lucro ilícito. Situación, por tanto, *característica*, que ha originado a la par la trayectoria adoptada por el Tribunal Supremo. En segundo lugar, que justamente esta posición táctica fué la que desencadenó la actitud dilemática de inscribir los hechos en la figura de la estafa, o bien alentó la entrada de la falsedad, como tipo de delito independiente, en virtud del *engaño* empleado en la obtención del lucro.

En realidad, poca perspicacia se requiere para caer en la cuenta de que la "relación concursal" aparece apoyada en unas vértebras esenciales y constitutivas de ambas infracciones. Ya que tanto la *falsedad* como la *estafa* recuestan su existencia penal en el *engaño*, cuyo elemento infunde cuerpo a entrambos entes penales. Mientras que el lucro ilícito, si bien es elemento integrante de la estafa, sin embargo, viene a ser un elemento extraño en la nomenclatura de las falsedades, salvo en la de documentos privados (11).

Así, pues, en forma resumida la panorámica penal de mayor relieve, podría concretarse en estas o parecidas preguntas: ¿Qué alcance reviste la "intencionalidad" perseguida por la persona en la configuración de una conducta delictiva? (12). ¿Hasta qué punto cabe fragmentar una conducta, que tiende a un concreto y preciso fin, configurando, con ello, varios tipos delictivos? ¿Cuál será, pues, el límite de la relación concursal más allá del cual no cabrá apreciar la ecuación real de "medio necesario para cometer otro"? Las respuestas a estas preguntas vendrán flechadas de dos dimensiones, que habitualmente son analizadas en cualquiera relación concursal: una, la conducta de la persona, tanto en su acepción lata como

(9) En el pasado curso académico explicamos un curso monográfico del Doctorado sobre "Teoría de los delitos de falsificación", en cuyas clases intentamos aclarar, entre otros aspectos, el relativo a la relación entre "falsedad y estafa".

Aquí sólo tocamos ligeramente esta *conexión*, con intención de señalar la dirección de la Sala Segunda del T. S. en un controvertido problema científico. Por supuesto, omitimos otros aspectos de esta sentencia.

(10) V. F. P. PEÑA, trabajo cit., pág. 72.

(11) Sobre estos aspectos, aparte de otras obras que no son del caso citar, véanse F. CARNELUTTI, *Teoría del falso*, Cédam, Padova, 1935, especialmente pág. 29 y sigs., y H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de prejudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, París, 1943, especialmente pág. 48 y sigs.

(12) Por supuesto que saltamos por alto en una nota de esta índole la significación técnicodogmática de la "intencionalidad", ante todo, en el campo de la teoría jurídica del delito. Recuérdese a este respecto el esquema del que fué nuestro maestro de Friburgo (Alemania), prof. E. Wolf. V. DEL ROSAL, *Revista de Estudios Penales*, tomo I, Valladolid, 1942-43.

estricta; otra, de la naturaleza singular de los delitos que sean objeto de examen. De suerte que, sin abundar en otras particularidades que surgen y se entrecruzan ante la mirada del intérprete, serán de suyo suficientes para plantarnos en el *quid* de si efectivamente nos hallamos o no en un *concursum delictorum* (13), (14).

Aun cuando esquematicemos la doctrina de esta competente Sala en

(13) V. F. PUIG PEÑA, trabajo cit., pág. 73.

(14) El artículo 323 del C. p. de 1932 decía lo siguiente: *Cuando sea estimable el lucro que hubiera reportado o se hubieran propuesto los reos de falsificación penados en este título, se les impondrá una multa del tanto al triplo del lucro, a no ser que el máximo de ella sea menor que el mínimo de la señalada al delito, en cuyo caso se les aplicará ésta.*

En las relaciones legales antiguas de falsedades aparecen confundidas con figuras características de estafas. Véase GARCÍA GOYENA, *Código criminal español según las leyes y práctica vigentes*, tomo II, Madrid, 1843, especialmente la pág. 7 y sigs.

PUIG PEÑA apunta por ejemplo un artículo del C. p. de 1822, que es el 413. Todavía en la casuística de nuestro primer texto punitivo no se distinguen exactamente las especies de falsedad y estafa, defecto que perdura a lo largo de los restantes Códigos, y que se corrige en el actual. Y, sin embargo, no se crea por ello que pasó desapercibido a los comentaristas de entonces la íntima conexión entre "falsedad" y "estafa", pues basta y sobra con leer algunas líneas de la obra de GARCÍA GOYENA. Así, verbigracia, nos dice: "tampoco es fácil dar a este delito (se referirá a las falsedades) un lugar conveniente por su analogía con otros delitos. En el proemio del tít. 7, p. 7, se dice que la tiene con el de traición; mayor la tiene, a mi modo de ver, con las estafas y engaños, en los que casi siempre interviene alguna falsedad: lo pongo, pues, aquí como suelto y desprendido". Obra cit., tomo II, pág. 6.

Y en cuanto al C. p. de 1848, el artículo 222 ya introduce expresamente *el perjuicio de tercero, o con ánimo de causárselo* en los documentos privados, con lo que la falsedad en estos documentos queda constituida por un elemento típico de otro grupo delictivo —contra la propiedad—, si bien PACHECO no nos dió una explicación convincente al caso, limitándose a apuntar que "la Ley dice que lo ha de haber, o por lo menos intención de causarlo, para imponer pena. Verdad es que difícilmente se hará una falsificación que no tenga por motivo semejante propósito; pero, en fin, si se presentare, no habrá medio legal de imponer, por este artículo, castigo alguno". PACHECO, *El Código penal*, tomo II, Madrid, 1848, pág. 314.

Idéntica línea polícticriminal mantienen los Códigos del 70 y del 32, en sus respectivos artículos 318 y 311, aparte de los 330 (C. p. 1870) y 323 (C. p. de 1932), cuyo último artículo desaparece en el Código vigente. Y, en cambio, introduce el precepto contenido en el artículo 318, digno de elogio en razón a varias apreciaciones, si bien se conserva en el artículo 306 el fundamento polícticriminal de incriminación de las falsedades en documentos privados en pareja relación a la dada en los antiguos textos penales de exigencia de "perjuicio de tercero o con ánimo de causárselo", siendo aplicable en este supuesto penal la aclaración que algún valioso comentarista francés nos ha dado a propósito del Derecho vecino, que igualmente requiere la probanza de un móvil o intención de causar perjuicio personal, aun cuando se atiene en parte a la ortodoxia de la falsedad, puniendo ésta sin necesidad de subordinar el castigo a la prueba de la realización de un perjuicio, cosa que en verdad también se sobrentiende a tenor del artículo 306 del Código español, puesto que basta con poseer *ánimo de causárselo*.

V. D. DE VABRES, obra cit., pág. 47.

Sobre este aspecto común entre "falsedad y estafa" hemos tenido ocasión en el pasado curso monográfico de exponer un largo repertorio de consideraciones técnicodogmáticas.

La aplicación judicial del precepto ha sido, en la mayoría de los casos, clara y ajustada, hasta el extremo de que la no existencia del perjuicio o el ánimo de causárselo ha paralizado la realización de este precepto, por entender, con sobrada razón, que la falsedad inocua no es la especie descrita en este precepto. Véanse a este respecto las SS. de 24 octubre 1941, 7 julio 1934 y 19 octubre 1946, entre otras muchas.

uno de los aspectos técnico-dogmático de la sentencia comentada, sin embargo no debe perderse de vista que la delimitación entre "falsedad" y "estafa" resultaba todavía más difícil, conforme a la metódica del pasado Código, desde punto y hora que existía una norma, como la del artículo 323, que lamentablemente deshacía la natural esencia de uno y otro tipo de delito. Más aún, que desvirtuaba la auténtica conexión entre "falsedad" y "estafa". De aquí que la Memoria de la Fiscalía del Supremo llegara a decirnos, con harta razón, que el artículo 323 del Código penal de 1932 era "un concepto perturbador de la precisión de las normas penales por introducir en un delito como es de falsedad, inspirado por el propósito de alterar la verdad, el dolo específico de una clase totalmente diferente de delitos, como es en los patrimoniales el ánimo de lucro. Por tal confusión se producían diversidad de sanciones y relación de la jurisprudencia, que no bastaban a corregir el estudio más detenido para distinguir la estafa mediante documento falso y la falsedad con lucro" (15).

De otra parte, desde el punto de vista práctico es casi imposible recurrir al extremo de la culpabilidad para lograr la distinción entre uno y otro delito, aunque, pese a los inconvenientes, no queda otra salida airosa de solución, siempre y cuando que la estimación de las circunstancias configurantes de las conductas y las modalidades de ésta nos ponga sobre el camino de una comprensión de la "finalidad" perseguida, ya que la poca luz esclarecedora de la cuestión sólo puede provenir del estudio de la "causa" de la falsedad, como atinadamente ya ha sido apreciada por CARNELUTTI (16). En buena medida será en este concreto enlace entre "falsedad" y "estafa" en donde recupere vigencia la *tendencia finalista* de la conducta, en la forma más o menos acertada con que fué expuesta por las Dogmáticas alemana y austríaca (17).

El mentado autor italiano distingue la *causa decipiendi* de la *nocendi*, así como la *fraudandi*, ya que "no solamente se falsifica para engañar, sino también para obtener mediante el engaño lo que sin éste no se hubiera podido lograr. La injusticia del daño y, por consiguiente, del provecho, es la expresión lógica de la necesidad del engaño para procurarlo; el provecho del estafador no sería injusto si él hubiera obtenido el goce de la cosa sin necesidad de emplear el engaño" (18). En pocas palabras, he aquí explanada la conexión entre "falsedad" y "estafa", sirviéndonos en este caso de zona de conexión el elemento del *engaño*.

Ahora bien: nada de extraño tiene que la orientación jurisprudencial haya tropezado con dificultades casi insuperables, puesto que la misma Ley penal entorpecía la buena dialéctica de ambas entidades penales, sobre todo, en la antigua redacción. Y es que para colmo de males, la regulación de la culpabilidad en el Código penal aparece tan recordada y poco convincente como para quedar su aclaración en manos del intérprete. Así,

(15) F. PUIG PEÑA, trabajo cit., pág. 73.

(16) V. F. CARNELUTTI, obra cit., pág. 29, especialmente pág. 31. También PUIG PEÑA estima que la *intencionalidad* confiere la línea separatoria entre uno y otro delito.

(17) Prescindimos, por supuesto, de una referencia detallada al tema enunciado en el texto.

(18) V. F. CARNELUTTI, obra cit., pág. 32.

nada tiene de extraño que la busca de una franja claramente delimitada, en que, de un lado, esté la “falsedad” y de otro la “estafa”, sea, aparte de otros motivos de confusión, un extremo de suyo de espínosa determinación, principalmente en el supuesto delictivo de “estafa realizada mediante falsificación en documento público” (19).

Sólo a título de ejemplificación señalaremos algunos fallos que toman partido por una u otra solución (20). Cabría, pues, ofrecer, entre otras decisiones, las siguientes: a) calificación de “estafa” en virtud de la apreciación de la “causa” o “animus”. Así, por ejemplo, cuando “el propósito doloso del agente en la determinante de la infracción que debe castigarse, y en el caso actual la extensión de los recibos no fué más que el medio engañoso que facilitó el logro de su finalidad criminal, que era el de hacer suyas las cantidades importe de aquéllos característica del delito de estafa (21); b) estimación de los delitos distintos —“falsedad” y “estafa”—, en cuanto el perjuicio no es constitutivo de la falsedad, cosa que sucede en la falsificación de un documento mercantil, por cuanto el menoscabo patrimonial confiere vida a la “estafa” al lado de la “falsedad” (22); c) enjuiciamiento de *falsedad*, con el natural desvío de la figura de “estafa”, sobre todo, en fallos antiguos y absorción de la “estafa” en la “falsedad” (23); d) apreciación conjunta de “falsedad” y “estafa”, a pesar de la existencia del *animus lucrandi* (24); e) sobrevaloración del elemento de *lucro*, oscureciendo, por ello, los indicios que cupiera apreciar de “falsedades” (25), y ya recientemente se distingue entre el ánimo de

(19) F. PUIG PEÑA, en su estudio anteriormente citado resume las variedades de relación entre “falsedad” y “estafa” en las formas siguientes: 1. *Que la falsedad realizada no pueda subsumirse dentro de la casuística general del art. 302.* 2. *Que la falsedad realizada integre sólo una de las llamadas “falsedades ideológicas”.* 3. *Que la falsedad cometida para realizar la estafa se verifique a través de un documento privado.* 4. *Que la estafa se realice mediante la falsificación de un documento público,* cuya última hipótesis, como acertadamente señala PUIG PEÑA, es la que engendró la confusión en la doctrina y jurisprudencia”, pues que no exigiendo la falsificación de esta clase de documentos el perjuicio de tercero ni la *intención de causarlo*, se puede dar perfectamente la colateralidad de situaciones. La estafa, por una parte, y la falsedad documental, por la otra.

Y ha surgido el problema porque se traía a colación el precepto del artículo 323 del Código de 1932 para castigar estos supuestos bilaterales, cuando en realidad el mentado precepto parecía estar sólo escrito, según dijimos, para los supuestos de simple falsedad de la cual se derivase un lucro.

Ante la confluencia de los dos hechos delictivos integrantes de la hipótesis especial se podrán seguir para su calificación y justa penalidad los criterios siguientes: 1. *Entender que el hecho no es nada más que una simple estafa.* 2. *Considerar que el hecho no es más que una falsedad que recibe una supervaloración por el aditamento específico del artículo 323;* y 3. *Estimar que estamos en presencia de una situación concursa de delitos,* que debe repirse de acuerdo con los principios generales del *concursum delictuorum*.

(20) Remitimos al lector a la anterior nota para tener una idea sistemática de la doctrina jurisprudencial.

(21) V. SS. 9 febrero 1932, cit. por P. PEÑA; 11 febrero 1929 y 29 septiembre 1933; 26 abril 1941.

(22) V. S. 18 marzo 1896.

(23) V. SS. 18 febrero 1891, 7 febrero 1890, 15 octubre 1935.

(24) V. SS. 24 diciembre 1891, 24 enero 1891.

(25) V. SS. 6 julio 1931, 28 octubre 1935. Prescindimos del juego del perjuicio en su doble acepción de material y moral como de su relación con el derogado artículo 323 del C. p. de 1932.

lucro y el elemento objetivo del perjuicio de tercero y el subjetivo del ánimo de causarlo (26); *f*) ausencia total de cualquiera de estas infracciones, por cuanto no aparece ni el lucro ni la alteración de verdad (27); *g*) coexistencia de la “falsedad” con otras figuras delictivas—valga de ejemplo la “malversación” (28), como su inmediato enlace con las de defraudación (29) y otras que no son del caso citar; *h*) valoración del *engaño*, como ingrediente de la “falsedad”, y no de la “estafa” (30); *i*) neta separación entre “falsedad” y “estafa” (31).

## VII. Algunos aspectos de la sentencia

Sin necesidad de traer a colación las variadas cuestiones que plantea el parentesco, bien real, ora aparente, de las “falsedades” con otros tipos delictivos, bueno será ceñirse escueta y limpiamente al fallo reseñado, mejor aún, al concreto aspecto del mismo, que no es otro sino la relación concursal entre “falsedad” y “estafa”, siempre más entrelazada aquélla con ésta, desde el punto y hora que se trata de una falsificación en documento privado, la cual exige constitutivamente el perjuicio o ánimo de causarlo—introducido por el Código penal de 1848—, siendo por esto, como se dice por los comentaristas, un delito *material*, por cuanto requiere una doble lesión de intereses, en tanto que la falsificación en documento público es más *formal* que otra cosa (32), aunque la naturaleza formalística ha sido afortunadamente aflojada en virtud de la nueva redacción experimentada en el Código penal de 1944.

Cualquier lectura de los fallos de esta ilustre Sala nos descubre, a las primeras de cambio, cómo se ha acentuado indiscutiblemente la característica técnico-dogmática de la “finalidad” (33), propuesta y alcanzada o meramente intentada por el agente, con lo que resulta bien sencillo subrayar el carácter, pudiéramos decir, *tendencial* de la conducta, especialmente si intenta perjuicio. Así es que vendría a ser un caso, entre otros, en el cual la acción habrá de evaluarse con el módulo técnico-jurídico de la idea “finalista”, ya que la apreciación del “perjuicio o ánimo de causárselo” de la falsificación en documento privado implica, por supuesto, un anticipo legal de la culpabilidad del individuo, mejor aún, viene a ser un elemento precioso para enjuiciar la actitud psíquica de la persona (34).

(26) Véase S. 19 febrero 1949. Cfr. GONZÁLEZ SERRANO, “Jurisprudencia penal correspondiente al primer cuatrimestre de 1949”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, tomo II, fasc. I, 1949, Madrid, pág. 83.

(27) V. S. 24 marzo 1942.

(28) V. SS. 25 junio 1896, 18 diciembre 1941.

(29) V. SS. 21 enero 1891, 18 mayo 1901.

(30) V. SS. 6 mayo 1904, 17 mayo 1879, 16 noviembre 1880, 8 mayo 1904.

(31) V. SS. de 13 y 29 enero y 30 marzo, todas ellas del año 1949, en las cuales se condena la involucración de la “falsedad” y la “estafa”. Cfr. GONZÁLEZ SERRANO, trabajo cit. supra, pág. 83.

(32) V. SS. 7 junio 1934, 21 abril 1900.

PUG PEÑA halla “una tenue justificación técnica” en esta diferencia de trato. Cfr. su estudio; también H. D. DE VABRES, obra cit., pág. 42 y sigs.

(33) En numerosas sentencias está presente el vocablo “finalidad”, entre ellas, la actual.

(34) Esperamos en mejor ocasión explicar la tesis, que ahora sólo apuntamos.

Y como, además, se trata en el caso actual de una falsedad en documento privado, dicho se está que todavía estará más a lo vivo manifestada esa dirección o "tendencia específica interior de la voluntad", propia de los llamados delitos de intención o utilitarios, en la terminología de E. WOLF, nuestro maestro de la Universidad de Friburgo (Alemania) (35).

Ahora bien: independientemente de la estima que se hiciere de la acción en sus tres fases de "resolución", "activación" y "resultado", siguiendo la línea marcada por el profesor WOLF, interesa de modo particular en este comentario un solo aspecto del fallo, a saber, la relación concursal entre los dos delitos, conectados en virtud de la entrada en juego de nuestro precepto vigente, del artículo 71. Y la última parte de esta norma general nos dice: *o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro.*

De modo que la cuestión queda circunscrita estrictamente a determinar si efectivamente existe o no una relación de *necesidad* entre ambos delitos, es decir, una auténtica conexión teleológica, la que nos explique la razón de existencia del primer delito. Si la "finalidad" perseguida por la conducta del agente no se agota en la realización de la primera conducta, antes bien, encuentra la horma de su culpabilidad en el segundo, no cabe duda alguna que ésta sólo es comprendida a la vista del segundo tipo de delito, que viene en consideración. La referencia, pues, de uno a otro será de medio a fin, como tiene declarada acertadamente la Jurisprudencia (36), puesto que sin ese enlace teleológico carece de sentido el susodicho precepto legal (37). Y hasta tal extremo la corriente jurisprudencial ha dado en el clavo, que niega la existencia del llamado por ella "delito conexo", en cuanto surgen pluralidad de hechos delictivos provenientes de *intenciones* varias dirigidas a la lesión de bienes jurídicos diferentes (38).

Vista la doctrina jurisprudencial y la redacción legal, está sobrada de razón la observación que nos hace FERRER respecto al entendimiento absoluto o relativo de la *necesidad* entre uno y otro delito, propugnando por la tesis "del sentido relativo", que en buena parte es la sostenida por esta competente Sala (39), si bien cabría preguntar si de suyo el vocablo *necesidad*, ¿no entraña ya una relación de inexcusable conexión, de forma que sólo en términos absolutos sea comprensible? ¿Pues no viene

(35) V. E. WOLF, *Die Typen der Tatbestandsmässigkeit*, Breslau, 1931, pág. 61. Cfr. J. DEL ROSAL, "Reflexiones sobre el estudio de la Parte Especial del Derecho penal", en *Rev. de Estudios Penales*, tomo I, Valladolid, 1942-43, y en *Estudios Penales*, Inst. Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1948. Por cierto que en la traducción española que ofrecimos del cuadro de la "estructura del juicio valorativo jurídicopenal" con que WOLF construyó su estudio sobre la teoría general de la Parte Especial del Derecho Penal se deslizó una errata relativa a la denominación de un tipo de delito, que de momento no interesa anotar.

(36) V. SS. 12 junio 1878, 8 noviembre 1902, 29 febrero 1924.

(37) De aquí que nos parezca por entero acertada la opinión de nuestro maestro RODRÍGUEZ MUÑOZ, en lo tocante a la penalidad y demás extremos. V. MEZGER, tomo II, 1949, pág. 344, en cuya opinión abunda FERRER, *Comentarios*, tomo II, págs. 299 y 293.

(38) V. SS. 9 febrero 1935, 19 abril 1927.

(39) V. A. FERRER SAMA, obra cit. supra, pág. 294.

a significar gramaticalmente "precisión absoluta de una cosa", o "hace falta para un fin"? Sólo una interpretación teleológica del precepto en cuestión parece obviar el obstáculo que sale al paso de una comprensión gramatical de los vocablos "medio necesario"

De todas formas, no deja de suscitar especial interés esta redacción de la Ley penal que conceptuamos acertada; en cuanto se matizan los pormenores que plantea en relación con la conducta del agente. Así, por ejemplo, sabido es que trata de una conducta, fragmentable en dos acciones delictivas, de las cuales una es medio para realizar la otra, enlazadas por un mismo propósito criminal, ¿no será de sumo interés analizar esta conducta en los diversos ingredientes que la forman, tales como el "resultado", la "conexión causal", la "resolución" y otros para conferirnos el grado de *necesidad* existente entre uno y otro delito? (40). Quede para otra ocasión la respuesta a esta pregunta, que nos alejaría del modesto objetivo que pretende esta nota.

Sólo nos resta consignar, a título final, que el presente fallo, que ha casado la sentencia del Tribunal de instancia, se ajusta en un todo a la buena interpretación técnico-dogmática de la "relación concursal", en este concreto caso de "falsificación y estafa", puesto que en resumen puede decirse que precisamente la conducta de la persona enjuiciable nos ofrece el típico caso de cátedra, en que los hechos de autos son constitutivos de dos delitos distintos, valorados a tenor del precepto del artículo 71, ya que el primero se realiza como medio para cometer el segundo, siendo caracterizada la conducta de una doble infracción penal, puesto que en ambos concurren, además, requisitos que entrañan las dos entidades penales, y este último sólo se ha logrado en virtud del *nexo necesario* que la falsificación representa con la figura delictiva de estafa.

---

(40) V. F. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. II, seconda ediz., Milano, Giuffrè, 1947, particularmente las págs. 172, 205 y otras.

# Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1949

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Fiscal de Salamanca

## CODIGO PENAL

1. Artículo 1.º... *Delito*.—Aluden a la construcción del delito continuado las sentencias de 25 de mayo y 6 de junio.

La primera expone que aunque los cinco hechos descritos representan cinco etapas de una actividad delictiva dirigida a producir fraudes en el mismo patrimonio, conociéndose con precisión los objetos distintos, así como las fechas o tiempos del desarrollo de tales hechos hasta separarlos de los demás, ofrece cada uno de ellos la autonomía jurídica necesaria para perseguirlo con independencia de los restantes.

La del 6 de junio confirma la independencia de doce delitos de falsedad sancionados, aunque el culpable persiguiera como último fin el de lucrarse con las cartillas de racionamiento obtenidas por medio de esos actos delictivos; “pues la ficción jurídica del delito continuado la admite la doctrina jurisprudencial sólo en casos excepcionales, y siempre a base de indeterminación del número, el tiempo y la entidad de las acciones criminosas del delincuente, imposibles de valorar por separado y con independencia de la totalidad de su conjunto”.

2. Art. 8.º, núm. 4.º... *Legítima defensa*.—La exención completa o incompleta de responsabilidad penal por legítima defensa exige la existencia de un acto de fuerza o acometimiento inesperado que ponga en peligro la vida o integridad personal del agredido, sin causa, razón o motivo que lo justifique; lo que no se estima en el caso de autos, en el que al oír el procesado unos disparos hizo uso del revólver de seis tiros que portaba, disparando cinco, y con uno de ellos ocasionó la muerte de una persona; pues no hay dato alguno determinante de que fueran dirigidos contra él (S. 27 junio).

En igual sentido, la sentencia de 10 de junio rechaza la existencia de agresión ilegítima en la sospecha infundada de agresión, que no es acometimiento revelado de manera inequívoca.

Se aprecia la eximente en el procesado que lanza la primera piedra

que encuentra a mano contra la mujer que le insulta y pretende golpearle con una hoz que portaba (S. 4 junio).

La sentencia de 6 de junio rechaza la eximente de legítima defensa de un pariente, pues a ella se oponen: a) Que el hecho delictivo se produjo en el curso de una riña, "lo que por sí sólo excluye la aplicación de las tres eximentes 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>o</sup> del artículo 8.<sup>o</sup> del Código penal, y b) Que los actos del agente tienen que obedecer a una realidad objetiva y no a la falsa creencia de que el pariente ha sido víctima de una injusta agresión que exija intervenir por medios violentos en su defensa.

3. Art. 8.<sup>o</sup>, núm. 8.<sup>o</sup> *Caso fortuito*.—No se aprecia la eximente, pues el mal que se causa con negligencia y culpa del agente nunca puede estimarse comprendido en la misma (S. 15 junio).

4. Art. 8.<sup>o</sup>, núm. 10. *Miedo insuperable*.—La sentencia de 28 de mayo contiene una amplia doctrina sobre la circunstancia eximente de miedo insuperable:

a) Describe sus modos: unas veces acomete súbitamente, de improviso, y otras se produce mediante un laborioso proceso de gestación que lentamente va creando un estado obsesivo propenso a reacciones violentas en presencia de un hecho revelador de la posible e inminente realización del mal temido, estado de perturbación espiritual fronterizo a la demencia fugaz y transitoria. b) Aprecia esta segunda situación en la mujer continuamente amenazada por su marido. c) No son óbice a la estimación de la eximente las condiciones de la vivienda, que daban seguridad a la misma y hubiesen impedido la entrada del marido, a quien la mujer disparó por la ventana, "pues el peligro existía y el miedo es esencialmente de índole subjetiva". d) Pero la reacción excesiva de la mujer y todavía extemporánea, no permite conceder a la circunstancia décima del artículo 8.<sup>o</sup> del Código penal la plenitud de sus efectos liberatorios de la responsabilidad criminal, y sí únicamente los que corresponden a la misma como eximente incompleta, comprendida en el marco del núm. 1.<sup>o</sup> del artículo 9.<sup>o</sup> e) Es inconciliable ese trastorno psíquico que el miedo produjo con una circunstancia, cual la alevosía que lleva en sí el estigma de la traición y de la cobardía.

La sentencia de 20 de junio rechaza la eximente de miedo insuperable, al no existir elemento alguno en el resultando de hechos probados que permita estimar la coacción moral, que es su base inexcusable.

Tampoco se aprecia si el miedo resulta superado por la violenta actitud del procesado que dice sufrirlo, pues voluntariamente estaba colocado en la discusión acalorada sostenida con sus cinco amigos (S. 27 junio).

5. Art. 9.<sup>o</sup>, núm. 2.<sup>o</sup> *Embriaguez*.—El estado parcial de embriaguez que consigna el resultando de hechos probados no puede equipararse a la eximente completa o incompleta de enajenación mental a que alude el número 1.<sup>o</sup> del artículo 8.<sup>o</sup> del Código penal de 1932, dada la falta de datos sobre los caracteres de plena y fortuita (S. 23 mayo).

6. Art. 9.<sup>o</sup>, núm. 4.<sup>o</sup> *Preterintencionalidad*.—Concurre en quien da una bofetada que derriba al suelo, fracturándose el derribado al caer la base del cráneo (S. 10 junio).

Y no se aprecia al no existir notoria desproporción entre los actos

realizados por el culpable y sus consecuencias, pues un mordisco en la oreja es lógico y natural que produzca la pérdida de parte de su pabellón, integrante de deformidad (S. 6 julio).

7. Art. 9.º, núm. 5.º *Provocación*.—No está probada una provocación por parte del lesionado, pues no consta en el resultando que careciera de derecho al uso de las aguas que se puso a utilizar, o que con ello vulnerara un derecho existente a favor del procesado (S. 11 mayo).

8. Art. 9.º, núm. 7.º *Motivos morales*.—La disparidad de ideologías políticas no autoriza a estimar que concurra esta atenuante ni otra cualquiera circunstancia análoga a la misma (S. 13 mayo).

9. Art. 9.º, núm. 8.º *Arrebato*.—Los motivos productores del arrebato han de ser próximos e injustos (SS. 7 mayo y 7 julio) e imputables a la víctima (S. 7 mayo).

Se aprecia una circunstancia atenuante análoga al arrebato en la madre y abuela que para ocultar la deshonra practican una inhumación ilegal (S. 31 mayo).

10. Art. 10, núm. 1.º *Alevosía*.—La circunstancia agravante de alevosía, que es de naturaleza subjetiva y sólo puede concurrir en los delitos contra las personas, exige y consiste en el empleo intencionado y consciente de medios, modos y formas que, como expresión de pensamiento y voluntad, con meditación anterior o surgida de manera espontánea, tienda especialmente en el propósito del culpable a la doble finalidad de asegurar la consumación de la agresión y eludir todo riesgo personal que pudiera derivarse de la reacción defensiva del ofendido y no de un tercero (S. 27 mayo).

No es preciso para apreciar la agravante que esté determinada la situación de agresor y agredido, pues bastan los datos de estar desprevenida la lesionada y de ser acometida rápida e inesperadamente para deducir de modo lógico que ha existido aseguramiento del golpe sin riesgo para la ofensora (S. 29 junio).

No puede apreciarse la alevosía si es el mismo ofendido el provocador del suceso, pues con ello no podía estar desprevenido y tenía que sospechar al menos la posibilidad de una reacción violenta para contener sus desmanes (S. 28 mayo).

11. Art. 10, núm. 13. *Nocturnidad*.—Se aprecia la agravante de nocturnidad en el procesado que no concurrió materialmente a la realización del hecho, pues el delito se ejecutó de noche y ésta fué buscada de propósito para cometerlo con el conocimiento y el acuerdo previo de todos los procesados (S. 3 mayo).

12. Art. 12... *Autoría*.—La sentencia de 20 de mayo marca la diferencia entre los conceptos de autores comprendidos en el núm. 1.º del artículo 14, de cómplices y encubridores; aquéllos toman parte inmediata y próxima, de mayor o menor entidad, en la ejecución de los actos delictivos; los cómplices son delinquentes de participación inferior, de segundo grado, sin ser sus actos coadyuvantes necesarios, aunque sí eficientes para la comisión del delito, y los encubridores son auxiliares posteriores, sin anterior conocimiento, y para lograr la impunidad o aprovechamiento. De los primeros, dice la sentencia que tienen idéntica responsabilidad

criminal, cualquiera sea la acción individualizada que realice cada uno, cuando media entre ellos acuerdo o concierto, previo o circunstancial. Y en igual sentido, la sentencia de 3 de mayo dice que la responsabilidad de los dos procesados traspasa el límite de la complicidad para convertirlos en autores del delito, dada la afirmación de la unidad de propósito que se contiene en los hechos declarados probados, el previo concierto entre todos los culpables y el desarrollo de la actuación de cada uno al servicio del mismo fin, en la forma y por los medios más adecuados para lograrlo conforme al plan trazado.

Y aplicación de esa doctrina se hace igualmente en la sentencia de 20 de mayo, estimando a la procesada Encarnación..., autora por participación directa conforme al núm. 1.º del artículo 14 del Código penal, pues aunque se limitó a tapar la boca a la víctima para que no gritara—en lo que la golpeaba el procesado Vicente..., hasta ocasionarla la muerte, “hubo un acuerdo o concierto previo” entre ambos procesados.

La sentencia de 23 de junio alude a la autoría definida en el núm. 2.º del artículo 14 del Código penal; comprende a los que fuerzan, esto es, utilizan medios de violencia o intimidación, o inducen directamente a otros, es decir, mediante orden, pacto o consejo, a ejecutar el hecho constitutivo de delito, participación moral que requiere para su existencia la prueba concluyente de actos que reúnan aquellas acentuadas características, con entidad y eficiencia bastante para influir en el ánimo de los elegidos como autores materiales; y así se aprecia en quien induce con insinuaciones persuasivas, explicando la forma de cometer el hecho punible y facilitando para ello unos sacos, y una vez verificado el robo dió a los autores materiales una cantidad por haberlo ejecutado y haberle entregado los cereales sustraídos.

En esa forma de autoría prevista en el núm. 2.º del artículo 14 está incluido el pacto remuneratorio, según la sentencia del 20 de mayo.

13. Art. 17... *Encubrimiento*.—Para estar incluidos en el concepto de encubridores es indispensable una completa, total y absoluta falta de intervención en los actos constitutivos del delito, y que la tenida sea exclusivamente posterior, a los fines de auxilio para la impunidad o aprovechamiento (S. 4 junio).

14. Art. 19... *Responsabilidad civil*.—Son antecedentes de la sentencia de 13 de mayo: los daños ocasionados en el inmueble del perjudicado han sido valorados en 1.207,15 pesetas; se le han abonado 90 pesetas, pues el resto hasta la cantidad antes dicha lo cubría una póliza de Seguro, cuyo importe ha satisfecho la Compañía aseguradora; la Audiencia condena por delito de imprudencia temeraria y ordena la indemnización al perjudicado de 1.207,15 pesetas; el recurso invoca la regulación del pago en Código civil como medio extintivo de las obligaciones, y deduce que la responsabilidad civil del condenado sólo puede extenderse a aquella parte de la obligación que por no estar afectada por un pago liberatorio, como el hecho por la Compañía aseguradora, no está extinguida.

La sentencia declara que la responsabilidad civil derivada de la responsabilidad criminal es inseparable de ésta, y su cuantía, que es siempre el quebranto apreciado en los bienes de la víctima dañados por la con-

ducta punible del reo, no puede alterarse en virtud de obligaciones que a su vez hubiera contraído aquélla con tercera persona en orden al aseguramiento de dichos bienes, puesto que estos aseguramientos no se estipulan para redimir de dicho cargo al delincuente ni en su caso al responsable subsidiario, que son del todo ajenos al otorgamiento de aquel contrato y a sus consecuencias; y no sería justo eximirles de sus responsabilidades a costa de una entidad aseguradora con la que nada hubieran pactado a este efecto.

En la sentencia de 6 de junio se establece: la aparente antinomia entre la repetición, segunda acción o acción de regreso que el párrafo segundo del artículo 102 del Código penal concede al tercero que adquiere la cosa por un medio legal, y se ve privado de ella por el acuerdo del Tribunal de que se restituya a la víctima del delito, y la indemnización al mismo tercero del perjuicio material y moral irrogado por razón del delito, según el párrafo primero del artículo 104 del referido Código, desaparece si se observa que el Tribunal de lo penal tiene atribuciones para resolver las consecuencias civiles del delito, no sólo por la completa y precisa regulación de la responsabilidad civil contenida en los artículos 101 y siguientes del Código represivo, sino también por el artículo 1.092 del Código civil, que prescribe que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal, así como por los principios de intermediación y economía procesales recogidos en diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento criminal y especialmente en su artículo 18, y, en consecuencia, procede acoger la tesis del Ministerio Fiscal recurrente, en el sentido de que el acuerdo del Tribunal de lo Criminal de restituir al propietario, desposeído por la sustracción delictiva, la cosa ocupada en poder del hurtador o de tercero que de buena fe la adquirió de éste, no impide en este último caso, sino, por el contrario, reclama como secuela lógica, el acuerdo de que se indemnice a los terceros de buena fe, tan perjudicados por el delito como antes de la restitución lo estuvo el propietario.

El "quantum" de la responsabilidad civil no es impugnabile en casación (S. 11 mayo).

15. Art. 74. *Multa*.—Nunca puede imponerse por razón de delito, como pena principal, multa inferior a 1.000 pesetas, pese al juego de las circunstancias atenuantes (S. 7 julio).

El grado mínimo de la multa correspondiente a los delitos no puede ser inferior a 1.000 pesetas (S. 27 mayo).

16. Art. 119. *Funcionario*.—Los términos del artículo 119 del Código penal no pretenden la reproducción de cuantos requisitos administrativos hayan de acompañar al funcionario en sentido estricto, sino que en defensa del interés colectivo traza un círculo más amplio, dentro del cual se comprenden también los Auxiliares temporeros de la Administración, o aquellos que eventualmente llenasen un cometido oficial, y que con ocasión de cumplirlo infringiesen las leyes punitivas aplicables al caso (Sentencia 21 mayo 1949).

Tiene la cualidad de funcionario público, que reconoce el artículo 119 del Código penal, toda persona que preste sus servicios en alguno de los

organismos dependientes de la Delegación Nacional de Sindicatos (S. 8 junio).

17. Art. 231... *Atentado*.—Se acredita que el guardia de Seguridad ofendido se hallaba en las funciones de su cargo, tanto porque a la sazón vestía el uniforme como porque con tal carácter fué considerado por la procesada, dada la causa que impulsó a ésta a su actitud insolente para con aquél, que fué la detención de dicha mujer por motivos políticos, realizada por el guardia en ocasión anterior (S. 13 junio).

18. Art. 240... *Desacato*.—Al expresarse en el escrito de la parte que el primero de los resultandos no obedece a ningún fundamento de verdad, sino a un interés incomprensible del que lo dictó, se ha proferido por escrito contra el Juez de Instrucción, hallándose en el ejercicio de sus funciones y con ocasión de las mismas, expresiones que integran el delito de desacato definido en el artículo 240 del Código penal. Y aunque se trate de dos escritos reputados injuriosos, habiendo existido unidad de pensamiento o propósito, tendente a idénticos fines, de sujeto activo y pasivo, y presentación simultánea en el mismo lugar y procedimiento, no puede pensarse separadamente, ya que son constitutivos de un solo delito de desacato (S. 27 junio).

19. Art. 302... *Falsedad*.—La sentencia de 1 de junio hace apreciaciones distintas de la falsedad civil y la falsedad penal: ante los hechos declarados probados de que en el Juzgado de Primera Instancia se promovió juicio declarativo de mayor cuantía, reclamándose el pago de pesetas 40.847 por el procesado Arnulfo..., acompañando al escrito demanda una letra de cambio por valor de 36.000 pesetas, en la que el procesado intercaló en el cajetín del recibo estampado por la sucursal del Banco de España las palabras de don Arnulfo..., “colocándose por la adición de las palabras dichas en posición privilegiada en los autos del juicio ordinario referido”; se declara que en ciertos casos existe falsedad de naturaleza civil en la letra de cambio, y es de competencia de la jurisdicción de dicho orden determinar el alcance y efectos de la misma en relación con los derechos y obligaciones en litigio; y tal debe estimarse el caso de autos, en que la intercalación en el recibo de la referida letra, como pagador de ella, del nombre y presentante y demandante, no da vida al ilícito penal comprendido en el núm. 6.º del artículo 302 del Código represivo, mientras no se declare probado que esta adición material constituye variación substancial que afectará al fondo, y, en cambio, sólo se expresa que por ello se colocó el reo en posición privilegiada en un juicio ordinario, y se explica como tal posición la de tratar de convertir la cambial en un documento de crédito a su favor; dado que no es la inveracidad formal lo que la ley castiga en este caso, sino la mendacidad esencial.

Las sentencias de 7 de mayo y 25 de junio afirman que el delito de falsedad en documento público no requiere el perjuicio de tercero; y así, el segundo de dichos fallos aprecia que la alteración de su fecha verdadera en una letra de cambio, con el fin de precipitar su vencimiento, produce notoriamente la falsedad de la misma, conforme al caso 5.º del artículo 302 del Código penal, háyase o no logrado aquel propósito y aunque, en definitiva, no sufran perjuicio los intereses del obligado al pago.

20. Art. 339. *Inhumación ilegal*.—Se aprecia la circunstancia atenuante 10 del artículo 9.º del Código penal, en relación con la 8.ª de igual precepto (significación análoga al arrebató), en la madre y abuela que inhumaron clandestinamente un feto de origen ilegítimo (S. 31 mayo).

21. Art. 341... *Salud pública*.—Cuando un Auxiliar de Farmacia, sin la formalidad de receta u orden de facultativo, ni autorización de su principal, vende medicamentos distintos de los comprendidos en la clasificación de uso común o medicina doméstica, entre los cuales no figura la digitalina, que es sustancia altamente venenosa, y cafeína, que es estimulante de acción cardíaca, máxime al hacerlo en proporciones excesivas, es indudable que comete el delito contra la salud pública, sancionado en los artículos 348 y 349 del Código penal de 1932, en relación con el 19 de las Ordenanzas de Farmacia, aprobadas por Real Decreto de 12 de abril de 1860 (S. 23 mayo).

22. Art. 364... *Infidelidad en la custodia de documentos*.—El artículo 366 del Código penal castiga como delito de infidelidad en la custodia de documentos el hecho de abrir los que cerrados se confiasen, bien al funcionario público por razón de su cargo, bien a los particulares que los recibieren a su vez de los funcionarios mismos encargados de tenerlos; de suerte que basta la tenencia accidental con fines de cumplimiento de alguna comisión para que si aceptada ésta ejecutare la persona comisionada el acto infiel se consume el delito; y así se aprecia en quien con el carácter de simple particular abre una carta que antes le encomendare un cartero para entregarla a su destinatario (S. 25 junio).

23. Art. 394... *Malversación*.—Comete el delito de malversación a que se refieren los artículos 394 y 399 del Código penal el depositario de bienes embargados, aunque sean de su propiedad, que dispone en cualquier forma de ellos; y no se excusa de responsabilidad criminal ese propietario y depositario de bienes embargados que los enajena en su propio beneficio, porque por su solvencia no pueda irrogar ningún perjuicio patrimonial ni sustraerse al pago de la cantidad garantizada por el embargo, pues de otra suerte el depositario solvente podría disponer a su antojo de la cosa depositada, frustrándose la finalidad a que responde la medida precautoria y de garantía que el embargo representa (S. 21 mayo).

Esa modalidad especial del delito de malversación, definida en el artículo 399, no requiere que el infractor sea funcionario público, ni que los caudales o efectos sustraídos o aplicados a usos propios tengan aquel carácter, siendo suficiente que pertenezcan a una Institución de Beneficencia; y así se califica de tal malversación, y no de apropiación indebida, la conducta del procesado, cobrador de Auxilio Social, que prevaliéndose de esa circunstancia se apropió y dispuso en beneficio propio de la cantidad correspondiente a los recibos de varios meses de la Ficha Azul (S. 8 junio).

24. Art. 407. *Homicidio*.—Quien en una discusión da a su contradictor una bofetada, produciéndole erosiones, y por pérdida de equilibrio la caída al suelo, con el resultado de que pegándose un fuerte golpe se fractura la base del cráneo, causa determinante de su muerte, es responsable de delito de homicidio, pues realizó aquel acto de fuerza injusto, volunta-

rio y directo, que fué motivo exclusivo de la caída y ésta, a su vez, de la lesión mortal sufrida, siendo aplicable el principio de Derecho penal de que el que es causa de la causa lo es del mal producido, y que el ejecutante de un acto ilícito punible responde de todas sus consecuencias y efectos. Pero está bien estimada y como muy calificada la circunstancia atenuante de preterintencionalidad (S. 10 junio).

25. Art. 420... *Lesiones*.—Integra deformidad la pérdida de parte del pabellón de la oreja izquierda, que el Tribunal expresa afea notablemente a la víctima, que pertenece al sexo femenino (S. 6 julio).

26. Art. 429... *Violación*.—El perdón conjunto de la menor sin capacidad civil completa y de sus padres o tutor cuando la asistieren, precisa la aprobación del Tribunal concededor del asunto.

La fuerza sobre la violada debe apreciarse a través de aquellos datos de lugar, hora y posible auxilio de personas extrañas que contribuyan a formar concepto claro sobre el extremo fundamentalísimo de si la mujer adoptó una actitud de abierta resistencia hasta el límite mínimo donde comenzare algún peligro serio para su persona, o si, por el contrario, la levedad de su repulsa no traspasó la categoría de mera protesta formularia, confundible con el pasivo dejar hacer, propio del consentimiento tácito (S. 4 mayo).

27. Art. 434... *Estupro*.—El no constar en los autos la partida de nacimiento de la estuprada no dice nada en contrario a la edad que la sentencia condenatoria expresa; pues la falta o el desconocimiento de una inscripción en el Registro Civil no impide en el juicio criminal averiguar por otros medios de prueba actos no registrados (S. 5 julio).

28. Art. 440... *Rapto*.—Se estima el hecho comprendido en el artículo 442 del Código penal (falta de explicación satisfactoria sobre la muerte de la raptada), porque hubo el rapto de una mujer, siquiera fuese con su anuencia; porque todavía en poder del raptor murió la mujer raptada a resulta de lesiones que los hechos mismos expresan pudo inferir el reo u otras personas de acuerdo con éste, pero que desde luego éste conoce, sin duda; porque el conjunto de afirmaciones de facto no excluye la intervención física o moral del procesado en la muerte de la mujer, aunque otras personas le produjeren a él las lesiones también sufridas, y finalmente, porque quien condujo a la joven raptada en las horas del anochecer hasta el paraje extraurbano donde encontró muerte violenta se prevale ahora de la singularidad del caso para crear un confucionismo impunista (S. 9 mayo)

29. Art. 449... *Adulterio*.—La resolución recurrida reconoce, sin duda alguna, la existencia del yacimiento carnal, cuya consumación tipifica la dolosa aspiración de todo adúltero, pues afirma que los querellados hicieron vida marital desde el año 1940 hasta el 25 de octubre de 1947, y que ostensiblemente "llevaban vida en común, presentándose corrientemente como esposos" (S. 13 junio).

La pérdida de la acción para perseguir el delito de adulterio por parte del marido agraviado que lo hubiere consentido ha de fundarse en manifestaciones o actos inequívocamente expresivos de esa aquiescencia (S. 4 julio).

30. Art. 457... *Injurias*.—El dolo específico o “animus injuriandi” se presume siempre, mientras circunstancias especiales no demuestran su inexistencia (S. 7 mayo).

La sentencia de 8 de julio marca una distinción entre delito de injuria y calumnia: existe el primero y no el segundo, pues el culpable no hizo pública una falsa y malévola creación de su fantasía, engendrada por móviles insanos, sino que su actuación se concretó a difundir los antecedentes del ofendido que obran en la Dirección General de Seguridad, historial policíaco que no es lícito dar a la publicidad, porque su divulgación por quien no está autorizado para hacerlo cede en descrédito de la persona a que se refiere y perjudica considerablemente la fama de que goce o el buen concepto de que disfrute (S. 8 julio 1949).

El expediente gubernativo tramitado para enjuiciar en vía disciplinaria la conducta de un Secretario de Juzgado de Instrucción tiene la equivalencia de un juicio, a los efectos del párrafo segundo del artículo 467 del Código penal (S. 19 mayo).

31. Art. 487... *Abandono de familia*.—Encaja el hecho en el número 1.º del artículo 487 del Código penal (“si abandonare maliciosamente el domicilio familiar”), pues el procesado hizo tal abandono “para hacer vida marital públicamente con otra mujer”, y no atendió con cantidad alguna a las necesidades de su cónyuge, pudiendo hacerlo (S. 1 junio).

32. Art. 493... *Amenaza*.—Las amenazas delictivas han de revestir los caracteres de formales e intimidatorias de males dependientes de la persona que amenazare (S. 19 mayo).

33. Art. 500... *Robo*.—Marca un concepto extensivo de dependencia de casa habitada la sentencia de 15 de junio: se extiende a todas las dependencias que comunican interiormente de algún modo con la casa habitada, formando un solo todo, entre las cuales figuran los locales de comercio, en cuya trastienda existe una puerta que da al portal de la finca, destinado a uso continuo de los vecinos, pues en tal supuesto constituye parte integrante del edificio, sin necesidad de unidad de pertenencia.

Conforme al fallo de 2 de julio, resulta cometido el delito previsto en el artículo 509 del Código penal (tenencia de útiles para el robo), dados el número y la clase de los objetos que portaba el procesado (diez llaves de las llamadas de cerradura inglesa y una lima), la ocasión en que se le detuvo y registró, sus muy sospechosos antecedentes personales y la falta de explicaciones satisfactorias acerca de la tenencia de aquellos instrumentos.

34. Art. 514... *Hurto*.—Las seis anteriores sustracciones, constitutivas de otros tantos delitos de hurto al tiempo de ser juzgadas, si bien todas eran, respectivamente, de cuantía inferior a 250 pesetas, motivan la circunstancia de doble reincidencia, prevenida en el núm. 3.º del artículo 516 del Código penal, porque conforme al núm. 4.º del artículo 515 y al 1.º del 587 merece el hecho la calificación legal y castigo de delito de hurto, aunque el valor de la cosa sustraída no excediese de la suma expresada, si el culpable estuviese condenado anteriormente dos veces en juicio de faltas por estafa o hurto (S. 10 mayo).

La circunstancia agravante de abuso de confianza, que es cualificativa

en los delitos de hurto conforme al núm. 2.º del artículo 516 del Código penal, presupone y exige la existencia, en el momento de la ejecución del hecho, de un vínculo o relación entre el culpable y el perjudicado, que imponga al primero deberes de fidelidad y lealtad con el segundo; por lo que no se aprecia si consta que tales vínculos estaban rotos con anterioridad, ya que por la mala conducta del procesado su tía le había expulsado de su casa, de la que se marchó unos seis o siete días antes de realizar la sustracción en la que aquélla resultó perjudicada (S. 23 junio).

El hurto quedó consumado, pues el procesado sustrajo de la farmacia ciertos productos, que vendió en el mismo día, esto es, transcurrido cierto lapso de tiempo con posibilidad de disponer, y la incautación se verificó "inmediatamente después de consumada la venta", o sea la entrega de la cosa y recibo del precio, que constituye el ejercicio de una de las facultades principales del dominio (S. 23 mayo).

35. Art. 528... *Estafa*. — La sentencia de 15 de junio contiene dos pronunciamientos importantes sobre el delito de estafa:

a) Requiere como elementos esenciales la existencia probada de engaño, que es su dolo específico; ánimo de lucro, perjuicio patrimonial logrado o propuesto y nexo o relación causal, pues de no ser así la actuación del inculpado, aunque reprobable dentro del amplio orden moral, pudiera carecer de adecuado marco en la esfera penal, que es más restrictiva.

b) No se opone a la estafa la circunstancia de no haber pedido el estafador las cantidades que se estiman estafadas, porque para la realidad de ese ilícito punible es suficiente que por procedimientos dolosos se incline el ánimo, posibilite el error y seduzca la voluntad.

La sentencia de 9 de junio acopla al perímetro extenso del núm. 1.º del artículo 529 del Código penal las defraudaciones cometidas con suficiente simulación de poder o influencia, como las que realiza un Secretario de Ayuntamiento cuando finge obtener favores de otros organismos públicos y a cambio de servicios futuros, conseguibles con sus intervenciones de valor, percibe diversas cantidades.

En igual sentido, la sentencia de 20 de junio encaja en dicho precepto a quien aparenta tener influencia con persona adscrita a un organismo estatal, y por ese medio consigue que le entreguen determinada cantidad para arreglar un asunto, y no realiza ninguna gestión porque la influencia de que alardeaba era imaginaria.

De caso de simulación de contrato, tipificado en el núm. 2.º del artículo 532 del Código penal, considera la sentencia de 25 de mayo el de las procesadas que concurren a la Notaría y aparentan en la escritura la adquisición por título oneroso de las fincas que su dueño les traspasa a título gratuito y con el solo fin, entre todos acordado, de privar de esos bienes a determinada persona con derecho a heredarlos.

Y la sentencia de 24 de mayo aprecia los delitos de estafa y falsedad, y hace aplicación del artículo 71, en quien guiado por el dolo impulso de ánimo de lucro en perjuicio ajeno logra tal propósito mediante ciertas alteraciones que realiza en las cifras representativas del valor de las cantidades que figuraban en varios recibos de cuyo cobro se hallaba en-

cargado por la entidad en que prestaba sus servicios, apropiándose así de 500 pesetas, en perjuicio de la misma entidad.

36. Art. 535. *Apropiación indebida*.—El dolo específico del delito de apropiación indebida es el abuso de confianza, y por ello no se califica de tal delito, y sí de hurto, el acto de apropiación realizado después de extinguido el vínculo de confianza, como en el caso del procesado que una vez recogido el cajón con artículos de orfebrería y plata, y ya entregado al empleado designado para transportarlo a su destino, aprovecha una ausencia momentánea de ese empleado y se apodera de la mercancía (S. 4 junio).

Y con igual criterio se estima que los hechos declarados probados integran delito de hurto, conforme a los artículos 514, 515 y núm. 2.º del artículo 516 del Código penal, y no de apropiación indebida, pues el procesado, por ser auxiliar de Caja de la entidad perjudicada, no desempeñaba, en cuanto a los fondos de la misma de que se apoderó, otra misión que su tenencia material, transitoria y precaria, como mero encargado del servicio propio de aquel negociado, siendo, por consiguiente, obvio que dichos fondos no los había recibido en virtud de ninguno de los títulos legales que relaciona y define el artículo 535 del indicado Código (S. 14 mayo).

No se estima este delito por falta de su elemento intencional en el procesado que retiene determinada suma por entender que procede hacerse una liquidación de los beneficios obtenidos en el negocio, y además porque el que "retiene" una cosa no se la apropia (S. 27 junio).

Comete apropiación indebida quien recibe cierta cantidad con el destino concreto de comprar para la persona mandante determinadas acciones y se apropia en su beneficio de ese dinero; sin que borre el carácter delictivo del hecho la circunstancia posterior de entablarse reclamaciones para la devolución del metálico, que consiguieron en parte, se aminora el perjuicio económico, pues el delito se consumó al llevarse a cabo la ilícita ocupación (S. 19 mayo).

37. Art. 565. *Imprudencia*.—Concurren en el hecho de autos los tres elementos que establece la doctrina jurisprudencial como característicos del delito de imprudencia, cuales son una acción u omisión voluntaria no maliciosa, un daño efectivo y concreto y la relación de causa a efecto entre aquella y éste; hallándose constituido el primer elemento por la voluntaria insistencia del recurrente en la conducción del camión y sin disminuir su velocidad, no obstante sentirse invadido por los síntomas del sueño, cuya presencia en un organismo normal jamás se presenta de manera inesperada, súbita e instantánea (S. 21 mayo).

A la acción única del procesado, pretender con su coche adelantar a un camión tomando la calzada por la mano derecha, debe corresponder un agrupamiento de todos los daños derivados de esa acción, sean experimentados por el camión o por un tercero, cuya tienda sufrió desperfectos al ir a parar aquel vehículo contra la casa en que se halla instalado ese comercio; por lo que se estima el recurso interpuesto por el F.ºscal contra la sentencia absolutoria, que estimó no era el hecho delictivo por alcanzar

los daños en el camión tan sólo la cuantía de 161 pesetas, cuando los de la fachada eran de 125 pesetas (S. 11 junio).

Se estiman hechos constitutivos de imprudencia temeraria el disparar a 52 pasos de distancia con ánimo de intimidar a dos sujetos que robaban en los locales que estaban bajo la custodia del procesado, resultando muertos aquellos dos sujetos (S. 20 mayo); el circular de noche a velocidad superior a 70 kilómetros por hora, por una carretera de mucho tránsito, en automóvil ocupado por seis personas, dos de las cuales lleva el conductor en su mismo asiento impidiéndole conducir con desenvoltura, no disminuyendo la velocidad ni haciendo señal acústica al aproximarse a dos peatones, a los que atropella (S. 28 mayo); y el conducir un tren durante las horas de la noche, sin ninguna luz en la cabecera y sí sólo con la luz roja del furgón de cola, lo que indujo a error a las personas que se encontraban en la estación, que por la distancia a que veían la luz del convoy creyeron que aún tardaría en llegar el tiempo suficiente para darles lugar a colocarse en el andén de acceso, y al hacerlo así resultó atropellada y muerta una de ellas; sin que exista indicio que permita derivar la responsabilidad del delito culposo hacia persona distinta del maquinista (Sentencia 4 julio).

Si en un hecho se dan las notas características de la imprudencia temeraria, no es lícito degradar esta calificación porque además se haya observado algún precepto reglamentario (S. 19 mayo).

Se califica de imprudencia con infracción de reglamentos la conducta del que guía un camión por la vía pública de una ciudad sin tocar la bocina, y sin llevar la marcha moderada que exigía la hora y el sitio frecuentado por numerosos niños que salían de un colegio, pues claramente se advierte la infracción de los artículos 17, 102 y 103 del Código de la Circulación (S. 4 junio).

Y la sentencia de 28 de junio explana que en ese concepto de Reglamentos infringidos por la conducta imprudente se comprende no sólo los emanados del Poder ejecutivo en uso de la autorización para aplicar las leyes, sino también las Ordenanzas, los bandos de buen gobierno para el régimen de las poblaciones, los preceptos de Policía y las reglas dictadas por una Corporación u Organismo para el cumplimiento de sus empleados, con los fines de velar por la seguridad de personas y cosas, o sea, en definitiva, todas las que afectan a los intereses generales; y entre las cuales se encuentra incluido el convenio celebrado entre una Compañía de Ferrocarriles y la Junta de Obras del Puerto, conteniendo acuerdos sobre la forma en que han de circular por determinados lugares, sometidos a la jurisdicción de la segunda, los convoyes ferroviarios (S. 28 junio).

38. Art. 570. *Faltas*.—La sentencia de 15 de junio distingue en su doble naturaleza jurídica las dos faltas de desobediencia y ofensas leves, aunque se comprenden juntas dentro del número 6.º del artículo 570 del Código penal; pues si es cierto que las de la primera clase implican siempre menosprecio o desprestigio de la Autoridad o agente desobedecido, las de la segunda requieren la actitud, el ademán, el gesto o la palabra directa y personalmente ofensivas; y así, vulnera la sentencia dicho artículo 570; por cuanto tras de admitir que carecían de fuerza de obligar

las órdenes de los agentes de la Autoridad, se condena al acusado como autor de una falta de ofensas leves, sobre el fundamento único de que quienes desobedezcan, aunque sea en aquellas condiciones, producen siempre el desprestigio de esos agentes (S. 15 junio).

### LEGISLACION PENAL ESPECIAL

39. *Caza*.—Aun en el supuesto de que no debiera haberse tenido en cuenta como circunstancia genérica la 13 del artículo 10 del Código penal, por la razón invocada en el recurso de que el artículo 7.º del propio Ordenamiento establece que no quedan sujetos a las disposiciones del mismo los delitos y faltas que se hallen previstos en leyes especiales, siempre resultará que el juzgador de instancia pudo aplicar la pena señalada en la extensión que lo hizo, en uso del prudente arbitrio que a tal fin le autoriza el artículo 50 de la Ley de Caza, al disponer que las penas en él señaladas serán aplicadas “según las circunstancias del caso” (S. 1 junio).

### LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL

40. *Cuestiones prejudiciales*.—El Juez sentenciador que se hallaba frente a dos afirmaciones contradictorias de las partes acerca de la pertenencia exclusiva o proindivisa de la tierra donde entraron las reses objeto de denuncia, pudo, en funciones de soberanía propia, según atributo de los artículos 3 y 6 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, decidir con vista de la prueba, dicho punto de carácter previo tan interesante como preciso para los fines represivos, hasta quedar expedito el camino que le condujo a la condena de una falta contra la propiedad que supone siempre el ataque abierto contra la cosa ajena (S. 15 junio).

41. *Competencia*.—Es presupuesto necesario en toda cuestión de competencia, cualquiera que sea la forma en que ésta se haya planteado y las jurisdicciones contendientes, que antes de dictar requirente y requerido las resoluciones que estimen procedentes, oigan al Ministerio Fiscal (Auto 16 mayo). Igual exigencia de audiencia al Ministerio Público mantienen los autos de 13 y 27 de mayo.

El del 23 del mismo mes interpreta que el Tribunal requerido, sea del fuero común o de alguno de los especiales, debe oír al procesado, lo que deduce del artículo 459 del Código de Justicia Militar.

42. *Costas*.—La excepción que decreta la sentencia de las costas de la acusación privada entre aquellas que debe pagar el reo que ha sido condenado al abono de las causadas en el procedimiento, aunque no aparece como fundada en la apreciación de temeridad del querellante particular, conforme al último párrafo del artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, apreciación que por su carácter discrecional no tendría acceso a la casación, debe estimarse autorizada por tal potestad, máxime si el Tribunal sentenciador estima que en el aspecto penal el hecho de autos fue provocado por el perjudicado (S. 20 junio).

43. *Infracción de Ley.*—Se rechaza el motivo del recurso por no ejercitarse en él una tesis penal cuya estimación pudiera traducirse en una más favorable situación en la presente causa, de María... procesada hoy recurrente; sino que, por el contrario, sin haberse en ningún momento de la instancia ejercitado por dicha recurrente acción penal alguna acusatoria contra el otro procesado y también condenado Manuel... y, en consecuencia, sin haber preparado o interpuesto recurso legal a tal fin, se impugna en dicho motivo la aplicación que en la sentencia recurrida se hace a favor de dicho Manuel... de la circunstancia atenuante 8.ª del artículo 9.º, resultando así inconclusa la inoperancia de dicho motivo del recurso por falta en la que recurre de la procedente acción en tiempo y forma debidamente ejercitada (S. 11 mayo).

La infracción de un precepto de carácter adjetivo, como lo es el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, es discutible solamente en el concepto de quebrantamiento de forma (S. 30 junio).

Mantienen el criterio de inadmisión del recurso por falta de respeto del recurrente a los hechos declarados probados en la sentencia, los fallos de 6 y 14 de mayo y 13 de junio.

La falta de declaración de hechos probados, en sentencia dictada en juicio de faltas, impide un fallo condenatorio (S. 7 mayo).

La diligencia de inspección ocular, en la parte que refleja la observación directa del Juzgado, constituye documento auténtico (S. 15 junio).

Un recibo de carácter privado no puede reputarse auténtico sin que lo haya reconocido la persona a quien se atribuye y que lo autoriza con su firma (S. 15 de junio).

No son documentos auténticos a efectos de casación: las actas del juicio oral (SS. 4 mayo y 1 junio), los dictámenes periciales (SS. 4 y 11 mayo y 2 julio), las declaraciones de testigos (SS. 7, 11 y 25 mayo y 1 julio), las declaraciones de procesados (SS. 7, 11 y 25 mayo, 1 junio y 1 julio).

44. *Quebrantamiento de forma.*—No hay inadmisión de prueba si se admitió la pericial articulada, limitándose el Tribunal a encauzarla y dirigirla, acordando los medios oportunos para que la misma tuviera lugar con las máximas garantías de efectividad y acierto, aunque la forma decretada fuese distinta de la pedida notoriamente improcedente (S. 4 junio).

La facultad del Tribunal para acordar o no la suspensión interesada por las partes de las sesiones del juicio oral por incomparecencia de testigos (núm. 3.º del art. 746 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), hace referencia al supuesto de que esos testigos hayan sido citados o, cuando menos, se haya intentado llevar a la citación a efecto; y así, si de lo actuado no aparece realizada la citación, ni además que el Tribunal de instancia decidiera no acceder a la suspensión por estimarse suficientemente instruido con las pruebas ya practicadas, es obvio se produjo al denegarse la suspensión del juicio oral una verdadera indefensión (S. 8 junio).

Pero estuvo bien denegada la suspensión, si el testigo fué solicitado a los efectos de determinar el estado mental del procesado con anterioridad al hecho de autos, pues este extremo de la prueba, dada la naturaleza médico-legal del problema que implicaba, sólo podía ser tratado efi-

cientemente en aquel momento procesal mediante dictamen emitido por peritos médicos, como efectivamente tuvo lugar como primera diligencia de prueba practicada en el juicio (S. 14 junio).

Se desestima el motivo del recurso de que en el fallo no se han resuelto todos los puntos que fueron objeto de acusación, pues para tal fin ha de referirse necesariamente a problemas de Derecho, y el juzgador no tiene obligación de recoger todos y cada uno de los hechos alegados por las partes en sus conclusiones definitivas, sino los que estime probados en cuanto sean esenciales y útiles (S. 4 junio).

Es concepto jurídico, a los efectos del número 1.º del artículo 912 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, aquella palabra de la Ley sustantiva que por sí misma, y dada su significación legal, constituye una fórmula sintética que totaliza la idea representativa de alguna forma de responsabilidad que la misma Ley establece mediante su adecuado empleo, y por ende sólo incurre en el aludido quebrantamiento la sentencia que transcribe literalmente en su primer Resultando aquella palabra como expresión o reflejo de los hechos probados, y omite la debida y detallada puntualización de éstos con sus características punibles (S. 14 junio).

La sentencia de 11 de mayo admite la consignación de fundamentos "de facto" en los Considerandos de la sentencia.

La del 17 de mayo interpreta el artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento criminal (colocación en el local del Tribunal de las piezas de convicción) en el sentido de que atañe a los instrumentos, armas u otros medios utilizados en la perpetración del delito, pero no cabe referirlo al cuerpo y los efectos del mismo.

45. Respecto a la falta del acto conciliatorio previo, como requisito formal establecido en el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, cabe afirmar que no constituye infracción determinante de los efectos pretendidos en el recurso de casación, según lo razonado con acierto por la Sala de instancia, que expone no es "defecto anulatorio porque la exigencia legal tiene por finalidad evitar, a ser posible, el juicio criminal por medio de la avenencia de las partes, impidiendo con ello la incoacción del procedimiento en asunto, que por la conciliación está legalmente terminado, y en el caso de autos el riesgo que trata de evitar el legislador no existe, ya que lamentablemente la disparidad entre las partes es bien notoria (S. 5 julio 1949).

## INDICE ALFABETICO

Abandono de familia, 31.  
 Abuso de confianza, 34.  
 Adulterio, 29.  
 Alevosía, 4, 10.  
 Amenazas, 32.  
 Apropiación indebida, 36.  
 Arrebató, 9.  
 Atentado, 17.  
 Autoría, 12.  
 Casación, 43 al 45.

Caso fortuito, 3.  
 Caza, 39.  
 Competencia, 41.  
 Complicidad, 12.  
 Conciliación, 45.  
 Costas, 42.  
 Cuestiones prejudiciales, 40.  
 Delito, 1.  
 Desacato, 18.  
 Desobediencia, 38.

- Embriaguez, 5.  
Enajenación mental, 5.  
Encubrimiento, 12, 13.  
Estafa, 35.  
Estupro, 27.  
Falsedad, 19.  
Faltas, 38.  
Funcionarios, 16.  
Homicidio, 24.  
Hurto, 34.  
Imprudencia, 37.  
Inducción, 12.  
Infidelidad en la custodia de documentos, 22.  
Infracción de Ley, 43.  
Inhumación ilegal, 20.  
Injurias, 30.  
Juicio oral, 44.  
Legítima defensa, 2.
- Lesiones, 25.  
Locura, 5.  
Malversación, 23.  
Miedo, 4.  
Motivos, 8.  
Multa, 15.  
Nocturnidad, 11.  
Precio, 12.  
Preterintencionalidad, 6, 24.  
Provocación, 7.  
Quebrantamiento de forma, 44, 45.  
Rapto, 28.  
Responsabilidad civil, 14.  
Riña, 2.  
Robo, 33.  
Salud pública, 21.  
Simulación, 35.  
Violación, 26.

# REVISTA DE LIBROS



**ALMARAZ HARRIS, JOSÉ: "Tratado teórico y práctico de Ciencia penal".  
Tomo II "El delincuente".—México, D. F., 1948.—621 págs.**

El autor, recientemente fallecido, tenía el propósito de que su "Tratado", destinado a explicar la Ciencia penal, constase de los siguientes tomos: I. Concepto, naturaleza e integración de la Ciencia penal. Evolución histórica. La Ley penal y su aplicación. II. El delincuente. Primera parte: El individuo y la conducta. Segunda parte: Las diferentes clases de responsabilidad, sus correspondientes criterios, la exclusión de responsabilidad, y la imputabilidad atenuada. III. El delito y la delincuencia. IV. Los tipos legales de los delitos. V. La pena y su ejecución. VI. Los procedimientos penales. VII. Los procedimientos técnicos de exploración. VIII. La Policía científica y la criminalística. Se publica ahora el segundo, está en prensa el primero, próximos a publicarse los tomos III y IV y quedaron en preparación los demás.

Concretándonos al libro que vió la luz pública en 1948, asegura el autor en la introducción "que si el Derecho penal se halla en crisis y discute en demasía, y si la afirmación es cierta o peca de exagerada, no insiste acerca de este punto; pero es lo cierto que esa rama de conocimientos debe tomar una forma distinta de la actual, que aclare el fin que persigue, que precise los métodos que emplea y que incluya de un modo coherente y no anárquico las doctrinas y técnicas de que se vale". Todo un cúmulo de datos diversos revelados en libros y revistas, complejos problemas de hechos y leyes, son sistematizados por Almaraz en su *Ciencia penal*, y siguiendo las inspiraciones de Spencer en su construcción de Filosofía sintética, funda su Tratado de Filosofía sintética del Derecho penal, en el conocimiento de los problemas penales en conjunto, relacionándolos con los otros dominios de la investigación, que ejercen influencia en lo penal al modo de plantearlos y resolverlos.

En la primera parte del volumen editado, que responde al inicial: "El hombre, el individuo y su conducta", parte de la hipótesis de la nebulosa, para estructurar la vida orgánica a manera de serie de hechos regidos por leyes que encauzan la sociabilidad humana. En el hombre, la lucha por la vida es gregaria, colectiva y social. Ley general de toda sociedad, es el egoísmo; del mismo modo que en el orden biológico los seres vivos trabajan para conservarse y para perpetuarse, aun en las sociedades animales. Su repercusión en la justicia penal es evidente, pero el investigador quiere apartarla de todo convencionalismo y ficción, que no solamente interese el

delincuente como ser peligroso, sino su propia personalidad. Ante esta justicia tradicional, dice el escritor: "El hombre es simplemente *el acusado*, que comparece—ejemplo, por robo—. De su vida entera no queda más que este recuerdo, el estigma de un delito que cometió en un momento—quizá fué un paréntesis de su vida—y que ahora borra por completo esa vida. De su persona no ve más que un gesto, la vergüenza; de sus nombres y títulos no se retiene más que una palabra, *ladrón*. Lo convencional continúa del otro lado de la sentencia. En la prisión viene a ser *el penado número 108, primera galería*. A veces, por un capricho de la suerte, el número del artículo de la Ley coincide con el de la celda donde cumple la pena, el destino penal manda".

La criminalidad es estudiada en su tipo antropológico, descartándose los falsos problemas, las observaciones mal hechas y los trabajos inútiles, pero examinando con todas las peculiaridades particulares físicas y morales, su constitución individual, conformación y funciones, temperamento y carácter; influencia que ejerce en la herencia normal o patológica, étnica y familiar. Las tendencias afectivas, intelectuales y volitivas; las estructuras funcionales del yo, especialmente la *agresividad*, su preponderancia en la afectividad, a manera de impulso psíquico para exteriorizar el afecto, y a esta urgencia se añade la satisfacción de vencer el obstáculo, y ante su perspectiva, consistente en ese obstáculo que hay necesidad de vencer, o la experiencia que de él se tiene, es lo que desencadena la tendencia agresiva a superarlo; las estructuras sexuales, que forman la personalidad del delincuente en cada una de las etapas de la vida. El modo como se desarrolla el impulso sexual en la pubertad, determina la criminalidad juvenil, y el valor de los artículos 119 y siguientes, en relación con el 108 del Código, acerca de la minoridad penal y la trascendencia de la posterior constitución sexual; las estructuras sociales, las superestructuras psíquicas; la actitud criminógena en la que interviene toda la personalidad del delincuente, con sus tendencias positivas, negativas, dominantes y dominadas; y el delito debe tener su causa preponderante en el mundo interior del individuo, deberse más que a factores exógenos, a factores endógenos. En estos casos el psiquismo efectivo nace de los impulsos y éstos dan el ritmo a los procesos mentales que conducen al delito. Tales impulsos al acto pueden brotar sin que haya lucha en la disposición, pero también pueden ser voluntarios, es decir, manifestarse después de luchar con las inhibiciones y decidir la personalidad. Concluye esta primera parte con los estudios fundamentales para conocer la peligrosidad.

En la parte segunda desarrolla el tratadista la doctrina penal de la imputabilidad y de la responsabilidad, que siguen las dos direcciones más en boga: la ecléctica y la positiva. Los eclécticos aceptan las proposiciones prácticas de la escuela positiva, pero sin abandonar los principios metafísicos de la responsabilidad. Los positivistas consideran la personalidad integral del delincuente a fin de explicar su delito como acto de conducta y conocer su peligrosidad y de las medidas más adecuadas para transformar la personalidad delictuosa en otra socialmente útil, inocua o menos peligrosa. Separación de adultos y de menores y clasificación

de ambos acuerdos con sus personalidades. Organizar establecimientos especiales en los que se apliquen los tratamientos adecuados, manicomios, asilos, casas de trabajo, reformatorios, granjas penitenciarias y hospitales. Creación de instituciones auxiliares, Caja para el pago de reparaciones de daños en los casos en que el Estado deba pagarla por muerte o insolvencia del delincuente, libertad provisional como última etapa del tratamiento penal, Casas de Hogar, talleres, casillero criminal, Cuerpos de vigilancia y Patronatos; y formación de especialistas, e inamovilidad de funcionarios. No se limita al método abstracto y dogmático, sino enlazándolo con los conocimientos científicos acerca del hombre delincuente, hacia el cual converge toda la doctrina, vista en las teorías clásicas y positivistas y en los Códigos penales mejicanos, que aun basados en la responsabilidad moral acogieron diversos puntos de la tendencia positiva, teniendo en cuenta el grado de una posible enmienda cuando de la relación entre el delincuente y el delito y la génesis de éste se quiera deducir el modo cómo reacciona el individuo.

Diego MOSQUETE

*Profesor Adjunto de la Universidad  
de Madrid.*

**MARQUES DE BECCARIA:** "Tratado de los delitos y de las penas".—  
**MARQUES DE DRAGONETTI:** "Tratado de las virtudes y de los premios".—Editorial Atalaya.—Buenos Aires, 1945.—269 págs.

La versión que lanza la Editorial Atalaya, de Buenos Aires, del Tratado de los delitos y de las penas, del Marqués de Beccaria, no es una edición más, entonces sobraría toda noticia sobre ella, ya que pasan de diez las versiones de dicha obra al castellano. La novedad consiste—además de precederla un estudio sobre la vida y la obra de Beccaria, de Guillermo Cabanellas, poniendo de relieve la contradicción entre una y otra, que no explicaría la tesis de Lombroso, de tratarse de la obra de un epileptoide alucinado, por lo que apunta la tesis, de ser otro, el Conde de Verri, el autor de la obra—en seguir la contestación del autor a la impugnación de su obra hecha por el dominico Vincenzo Fachinei de Corfri, suplementos de Mórellet, Berenger, Franklin, Roederer, Servan, Voltaire, notas de Hautefort, Diderot, Warville y Mirabeau, y, sobre todo, lo completa una versión muy libre del Tratado de las virtudes y de los premios, de Dragonetti, escrita para que corriese paralelamente al Tratado del otro Marqués.

Así viene a ser este libro el reflejo de la impresión que produjo la obra de Beccaria en sus contemporáneos, que llega fresca a su presentador actual parecido en la ideología y hasta en la retórica de aquellos tiempos.

Domingo TERUEL CARRALERO  
*Magistrado.*

CASTEJON, Federico: "Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil".—Ed. Bosch.—Barcelona, 1949.

La segunda edición de un "trabajo de juventud", como le califica el ilustre autor, acaba de llegar a nuestras manos. Desde la primera página el profesor Castejón plantea en toda su dimensión el tema: se trata de saber si en realidad existe o no separación específica entre el pensamiento penal y el civil. Gradualmente el autor va penetrando por entre esta entramada cuestión, siempre cubierto por un largo cortejo de oportunas citas y abundantes testimonios. La monografía desde el principio cobra acento de auténtico trabajo de investigación. Se nota a seguida que el competente Magistrado de nuestro más alto Tribunal de Justicia ha ido decantando en el transcurso de largas horas, y años, las notas y apuntes en los que se ha recostado su especulación, en todo momento expresada en un terso y conciso lenguaje, de buena cepa.

Externamente, la obra viene articulada en tres grandes partes, precedida de una introducción, en la que se nos concreta el propósito y la forma en que pretende darle vida. La primera parte versa de "lo ilícito penal y lo ilícito civil en la doctrina científica", y en los cinco capítulos de que consta, el profesor Castejón nos describe una panorámica científica realmente exhaustiva en lo referente al extremo señalado.

Antes de entrar en esta zona, esencialmente dialéctica, en la que el autor ha sabido sistematizar con mirada maestra el encrespado volumen de criterios, se establece el objeto de discusión, que no es otro sino el siguiente: "entiendo que en teoría no existe límite entre lo civil y lo penal, y que lo hay en la práctica, según el legislador, en la razón política de incriminar los hechos más graves; según la Ley, en la definición del hecho como delito; y según el Magistrado, en la perfecta e indudable configuración del dolo, como acabo de exponer" (págs. 11-12).

Y una vez que el insigne monografista nos descubre el objetivo que desea esclarecer en toda su dimensión, empieza por plantear la peliaguda cuestión de si son idénticos o distintos los ilícitos penal y civil. Para llegar a buen fin la investigación acerca de este punto, el profesor Castejón dispone el estudio en la forma siguiente: Capítulo I, planteamiento del problema; capítulo II, notas diferenciales entre ilícito y civil e ilícito penal; capítulo III, afinidad intrínseca de lo ilícito penal y lo ilícito civil; capítulo IV, la responsabilidad sin culpa, lazo de unión entre el Derecho civil nuevo y el Derecho penal futuro; y, por último, el capítulo V, concerniente a "la unión de los Derechos civil y penal". En cada uno de estos capítulos el autor revisa a fondo el repertorio doctrinal y, por supuestos, endereza su razonamiento en apoyatura de su tesis: la responsabilidad sin culpa como fruto ya logrado del pensar jurídicopenal actual. Pocas, muy pocas veces se nos ofrece una obra en que la cualificación de "investigativa" no sea manido tópico, y en que, por otro lado, el autor no limite de antemano su estudio. Para el profesor Castejón no reza en este caso concreto nada de eso: su estudio es una aportación seria, medida y bien construída, tanto formal cuanto sustancialmente.

El ilustre Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo apro-

vecha, como buen dialéctico, cuantas coyunturas ofrece la orientación de tal o cual postura doctrinal o hallazgo científico, utilizándola, dentro de una honrada y leal interpretación, en favor de la tesis propugnada, pues una, entre otras, buena condición de la obra consiste en la imparcial y objetiva cita de las opiniones favorables y adversas, cosa que en verdad no abunda, por desgracia, al menos entre los cultivadores de nuestra disciplina. Domina, pues, más que el apasionamiento o el partidismo contenido de escuela, un claro y objetivo ajenio de apoyar el razonamiento en el dato escueto y preciso, aunque sea discutible en mayor o menor medida, lo que al fin y a la postre, es una virtud en vez de achaque de la obra.

Más que señalar pormenores de esta primera parte, que nos llevaría lejos de esta breve recensión, bueno será anotar algunos rasgos de la doctrina sustentada por el autor.

Así, por ejemplo, el profesor Castejón concluye por decirnos en uno de los pasajes de más interés definitorio, "que la parte sancionadora del Derecho civil y el Derecho penal no son contenido de dos normas jurídicas distintas, sino forman parte del gran cuerpo del Derecho al que está encomendada la augusta misión de velar por la integridad del orden jurídico; y que si hoy aparece aquélla destacada de su raíz y con vida científica y legal independiente, se debe no más que a razones históricas y políticas (pág. 47). Igualmente es digna de subrayar la opinión mantenida en la página 55, relativa a cómo se debiera reprimir por la vía civil muchas infracciones que se punen en la esfera penal; por el mismo motivo reviste singular valor la misión atribuida al Derecho penal (v. pág. 65). La cuestión de la responsabilidad sin culpa es tratada con especial agudeza y profundidad. Aquí se baraja con soltura y ordenamiento las numerosas posturas respecto a la responsabilidad objetiva o subjetiva; la fundada en la participación personal y concreta de la persona o la que se satisface con sólo evaluar la gravedad del daño, sin conexión alguna con la actitud del agente. Y así "el derecho penal—subraya el autor—primitivo excluía la idea de culpa. La idea de responsabilidad en el sentido moderno de la palabra le era extraña. Este Derecho penal completamente objetivo, que excluía toda idea de responsabilidad, es un Derecho penal fundado únicamente sobre la idea del riesgo" (pág. 71). Y a renglón seguido nos diseña en forma magnífica el esplendor de la llamada responsabilidad objetiva, traída en parte por la llamada teoría del riesgo, y en general aquellas direcciones que intentan por todos los medios desvirtuar "la responsabilidad subjetiva", apelando a criterios de naturaleza jurídica—presunciones—o económica, que patrimonio soportara las consecuencias. De relieve es igualmente la postura adoptada en la página 80, concerniente a la determinación de la polémica entre ambas concepciones, la responsabilidad subjetiva y la objetiva, indicándonos concretamente el despliegue que entraña este dualismo y su inmediata comprensión en nuestro Derecho. Sigue una exposición, digna de alabanza, de la llamada "responsabilidad sin culpa" en el Derecho civil y en el penal, tanto por lo que se refiere al aspecto doctrinal cuanto al positivo, con la natural proyección en problemas actuales, según el autor; criminales de guerra, criminalidad postbélica, etc., etc. (v. pág. 94). De aquí

que el profesor Castejón llegue a sostener este criterio: "Hoy se delinea con firmes caracteres en Derecho penal la teoría de la responsabilidad sin culpa, no sólo en atención al excesivo número de anormales que nutren las filas de la criminalidad, sino también a la evolución que ha sufrido la pena: no es un mal que se impone al delincuente, es una reacción que no se hace descender de razones de justicia abstracta, sino de las necesidades exigidas por la existencia de la sociedad" (pág. 95). Como se verá, la presente publicación, como acertadamente expone el autor en las primeras líneas, mantiene una postura sumamente *polémica*. Continúa el autor describiéndose la perspectiva del tema señalado en otros ámbitos del pensamiento penal, tales como, por ejemplo, en la pena, en el módulo de responsabilidad penal, y otros más. Y, sobre todo, toca con acusado rigor la cuestión de la "peligrosidad" para llegar a la conclusión de que "en la noción del estado de peligro no figura ninguna cuestión sobre culpa del peligroso, es posible afirmar que el Derecho penal nuevo tiende a la consagración de la responsabilidad sin culpa" (pág. 101). Punto de vista que, en verdad, se opone a los expresados por otros penalistas; ante todo teniendo presente el desarrollo y concreción positiva de la idea penal; pero que, indiscutiblemente, no deja de brindarnos una hermosa coyuntura para participar en el esclarecimiento del tema (v., sobre todo, págs. 104 y siguientes).

Y todavía más: cuando el profesor Castejón penetra en el tema en el Código penal español, véase cuál es la posición: ¿Será posible que el legislador penal haya podido desentenderse, al redactar sus mandatos, del principio de la responsabilidad objetiva, que se impone con fuerza incontrastable, ya que encuentra su raíz en la esencia misma de las cosas, y su desarrollo en las necesidades de la convivencia social?" (página 109). En seguida estudia minuciosamente los supuestos, según el autor, en que se inscribe en el Código penal español la llamada responsabilidad objetiva y su aplicación a distintas personas (v. pág. 121).

En el capítulo V el profesor Castejón nos presenta una especie de paralelo entre ambos pensamientos—el civil y el penal—para demostrar una vez más la unión existente entre ambos Derechos (v. págs. 129 y siguientes). Y en esta línea bueno será señalar, ante todo, la actitud del autor en la página 132, en que acertadamente nos concreta la finalidad perseguida por el uno y el otro ordenamiento jurídico. También recientemente Quintano Ripollés, en *Revista de Derecho privado*, octubre 1949, nos señala aspectos comunes y diferenciales entre ambos pensamientos, casi obedeciendo a una preocupación acentuada en la hora actual, de la que ya habíamos tenido pruebas inteligentes en trabajos de Silva Melero. Esto es: relaciones entre Derecho penal y civil, si bien aquí nos interesa descubrir la clave del arco que sostiene aquella especial predilección por el tema de la conexión o separación entre los susodichos pensamientos.

La segunda parte de la presente monografía va dedicada al ilícito penal y civil en el Derecho positivo y jurisprudencial, y digamos, en justo elogio a ésta, que el profesor Castejón ha realizado un trabajo realmente valioso, no ya en consideración a los rasgos y fisonomías que nos dibuja en el Derecho positivo y en la práctica judicial, sino, ante todo, por

la reflexión y abrumadora atención con que ha verificado el estudio, trayendo al primer plano cuestiones tan candentes como, verbigracia, la relativa a la identidad o separación entre el dolo en la estafa y el incumplimiento en el contrato (pág. 143), y en relación con otros instintos jurídicos, concluyendo con una aportación al debate, con vistas no sólo a la polémica científica, sino a atajar el abuso de la querrela por delito de estafa en hechos "que revisten exclusivamente carácter de obligación civil" (pág. 169); y aun cuando no es posible trazar una línea fronteriza entre ambos Derechos, al menos el profesor Castejón sostiene a propósito de esta cuestión que no existe división "entre lo civil y lo penal, en teoría, y su señalamiento en la práctica por el legislador que consulta la razón política de incriminar los hechos más graves, y así define en la ley penal lo que sea delito o falta y lo que no reputa penal, y por el Magistrado por la concurrencia de dolo y culpa penal" (pág. 170).

Y últimamente, en la parte tercera, el autor nos perfila, a fuerza de manejar una extensa baraja de preceptos de los Códigos civil y penal, las figuras de delitos y sus sanciones contenidas en el Código civil español y sus correlativos delitos y penas en el Código penal. Tarea que no sólo es abordada en forma total, por vez primera ahora, sino que además representa un esfuerzo de interpretación comparativa de ambos mundos jurídicos estatuidos, de insustituible manejo de aquí en adelante.

En suma, se trata de la obra de un jurista, elaborada en plena madurez, cuando la contemplación del especialista cobra un tan hondo acento de comprensión como para elevarse por encima de las quimeras del especialista y recrearse en la armonía sin par que debe presentar el orden jurídico en general para que sea fiel trasunto de aquel otro perfecto, siempre inalcanzable, por perfeccionado y humanizado, si bien deberá constituir una perenne aspiración de todo jurista de buena ley.

J. del R.

**JEAN CONSTANT: "Manuel de Droit Pénal". Deuxième partie. Tome I. Tome II, "Les infractions".—Liège, 1949.**

Ya en otra ocasión, con motivo de la publicación del volumen primero de este "Manual", dedicado, por supuesto, a la parte general, señalamos la finalidad perseguida por el autor, así como la diáfana exposición del repertorio doctrinal de nuestro Derecho.

Actualmente aparecen dos gruesos volúmenes, ambos destinados al estudio de la "parte especial", abarcando el primero desde los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado hasta el título VI, relativo a los crímenes y delitos contra la seguridad pública. Estudia, por tanto, en esta primera parte, a más de los delitos anteriormente citados, los relativos a los actos atentatorios contra los derechos garantizados por la Constitución (título II); las infracciones contra la fe pública (título III); las contra el orden público cometidas por funcionarios en el ejercicio de sus

funciones, etc., etc. (título IV), y los crímenes y delitos contra el orden público cometidos por particulares (título V).

En tanto que el tomo segundo de esta parte especial abarca los restantes crímenes y delitos del vigente cuerpo penal belga. Así, cabe citar los crímenes y delitos contra el orden familiar y contra la moralidad pública; los contra las personas y la propiedad. Y por último, las contravenciones, en las cuatro clases en que las clasifica el legislador belga.

Una apreciación general sobre ambos volúmenes forzosamente habrá de ser elogiosa, entre otras razones, porque el autor, que de antemano ha limitado su propósito, lo ha alcanzado plenamente, ya que la obra, en conjunto, cumple con creces el carácter elemental en que ha sido concebida con vistas, sobre todo, al alumnado de la cátedra de Lieja. Pero es que, además, no sólo está ajustada la presente publicación a los clásicos moldes de lo que *es* un Manual, sino que además la rigurosa sistematización, la ponderada proporción con que ha tratado los temas y el lenguaje transparente y sencillo confieren, en suma, interés a su lectura, que a la par que instruye sobre la literatura penal de aquel país nos pone en nuestras manos un precioso instrumento para dar en el conocimiento del Código penal vigente, ya que el autor sigue la exposición de aquél. En apoyo del proceso interpretativo del articulado del Código, el colega belga recoge elementos de trabajo principalmente de este país, si bien no está exento de alguna que otra cita de autores de otras naciones.

En prueba a la orientación técnica seguida por el autor, no estará de más dar a conocer, por ejemplo, el dispositivo de trabajo con que trata un grupo de delitos bien conocidos, como son los referentes a las "personas", los cuales aparecen bajo la rúbrica de los crímenes y delitos contra las personas, comprensivos de los artículos 392 al 460 bis. A la vez consta de varios capítulos: del homicidio y de las lesiones corporales voluntarias (capítulo I); del homicidio y de las lesiones corporales involuntarias (capítulo II); del duelo (capítulo III); de los atentados a la libertad individual y a la inviolabilidad del domicilio cometido por particulares (capítulo IV); de los atentados contra el honor o a la consideración de las personas (capítulo V), y el capítulo VI que versa sobre algunos otros delitos contra las personas. Así, por ejemplo, el profesor Constant describe en distintos epígrafes el contenido del precepto penal, y antes de penetrar en el estudio pormenorizado de cada figura delictiva del presente título, dedica una sección a "observaciones preliminares", en la cual explana en forma muy sucinta el *carácter voluntario de la infracción, atentado sobre las personas que se han encontrado o reencontrado, error sobre la persona, aberratio ictus, móviles, lesiones*, y la sección segunda a la muerte y sus varias especies, analizando aquélla en el *homicidio, asesinato, parricidio*; posteriormente, las *excusas*, el *envenenamiento* y la *premeditación*. Ya puesto en tránce de estudiar un tipo de delito, el autor nos descubre resumidamente los elementos constitutivos, deteniéndose de modo particular en el examen de los requisitos materiales. En realidad, el autor continúa la trayectoria francesa, en cuanto distingue la dimensión material y subjetiva de la noción delictiva, en buena parte congruente con la técnica un tanto anticuada del texto vigente.

En suma, la obra presta un servicio inestimable en cuanto es preciosa guía para el conocimiento sistemático, tanto de los conceptos generales como especiales del ordenamiento punitivo del país belga.

J. del R.

**CAMAÑO ROSA, Antonio: "Delitos".—Organización taquigráfica Medina.—Montevideo, 1949.—224 págs.**

Forma parte este interesante libro de la serie que comentando el vigente Código penal de la República del Uruguay, de 4 de diciembre de 1933, viene publicando el ilustre fiscal letrado Antonio Camaño Rosa; en el que titula "Código penal anotado" comenta los artículos 1 al 131; en este trabajo hace un cuidado comentario que comprende desde el artículo 132 al 359, y de los artículos 360 al 366 se ocupa en el titulado "Las faltas", del que ya hemos dado cuenta en este ANUARIO.

Sigue el sistema de ir exponiendo los artículos del Código penal por su orden numeral, poniendo un número junto a aquellas palabras que por su carácter técnico o por ser de difícil interpretación necesitan una aclaración, haciéndolo con gran maestría a través de las 951 notas que complementan el texto del Código.

Son estudiados los siguientes delitos: *Contra la soberanía del Estado*, contra Estados extranjeros y sus jefes o representantes. *Contra el orden político interno del Estado*—atentado contra el Presidente de la República, rebelión, sedición, etc.—. *Contra la paz pública*—instigación, apología, asociación para delinquir—. *Contra la Administración pública; contra la Administración de la justicia*, estudiándose aquí la omisión de denuncia, el falso testimonio, la evasión y el quebrantamiento de condena, el encubrimiento y el duelo. *Contra la seguridad pública; contra la salud pública; contra la fe pública*—falsificación de moneda, títulos de crédito, documentos, sellos, etc.; delitos de marcas de fábrica y comercio—. *Contra la economía y la Hacienda pública*—quiebra, destrucción de materias primas o de productos industriales o de medios de producción, contrabando—. *Contra las buenas costumbres y el orden de la familia*—suposición del estado civil, bigamia, raptó, violación, estupro, corrupción, proxenetismo, espectáculos y publicaciones inmorales—. *Contra la libertad*; se comprende aquí el estudio de los delitos que atentan a la libertad individual, a la inviolabilidad del domicilio, a la libertad política, a la religiosa y al sentimiento religioso. *Contra la personalidad física o moral del hombre*; comprende este título el homicidio, el infanticidio, la inducción al suicidio, las lesiones, la riña, el aborto, el abandono de niños y personas incapaces y la difamación e injuria; se encuentra también aquí comprendido el tan censurado delito de disparo de arma de fuego. *Contra la propiedad*, siguiéndose aquí el criterio de agrupar los delitos según se dirijan contra la propiedad mueble, contra la inmueble o contra ambas a la vez, resultando con este criterio así agrupados los distintos delitos contra la propiedad de la siguiente forma:

Delitos contra la propiedad mueble: *con violencia en las cosas*: hurto y hurto de energía eléctrica. *Con violencia en las personas*: rapiña, extorsión y secuestro. *Mediante engaño*: estafa, destrucción maliciosa de la cosa propia, abuso de la inferioridad psicológica de los menores e incapaces. *De la cual se está en posesión*: apropiación indebida, abuso de firma en blanco, apropiación de cosa perdida.

Delitos contra la propiedad inmueble: usurpación, violenta perturbación de la posesión, penetración ilegítima en el fundo ajeno y caza abusiva.

Delitos contra la propiedad mueble o inmueble: daños.

Estos comentarios contienen, al comienzo de los respectivos títulos y capítulos, la bibliografía uruguaya concerniente al tema, así como la doctrina inserta en la "Revista de Derecho Penal de Buenos Aires"; concordancias con el Código penal anterior, Código penal argentino, Código penal militar y demás disposiciones legales vigentes en aquel país.

La jurisprudencia está muy bien sistematizada, siguiéndose con ella el mismo sistema, que dejamos indicado al principio, que con los comentarios.

En fin, se trata de una obra de gran interés para los profesionales del Derecho de la República hermana.

César CAMARGO HERNANDEZ  
*Tcniente Fiscal de la Audiencia de Cuenca.*

**CAMAÑO ROSA, Antonio: "La instancia del ofendido".—Organización taquigráfica Medina.—Montevideo.—209 págs.**

Comienza diciéndonos el autor que el ejercicio del Ministerio público despertó en él la afición al tema y que se propone enfocar en forma sistemática y completa el panorama legislativo, doctrinal y jurisprudencial sobre el instituto de la instancia.

Camaño Rosa, a través de los ocho capítulos que componen esta interesante monografía, y que, respectivamente, tratan de la ubicación, antecedentes, concepto, naturaleza, titulares, ejercicio, ámbito y extinción de la instancia, consigue ampliamente su propósito.

Comienza el capítulo primero estudiando la intervención del ofendido, y dice que tanto la querrela como la instancia se relacionan con la ingerencia del ofendido en el proceso penal, lo que se ha considerado como un residuo de la antigua concepción privatística del proceso. El autor se opone a esto con las siguientes observaciones:

"a) La noción de justicia privada está hoy superada. Podemos considerarla como una delegación del Poder público en ciertas circunstancias. Está reconocida en los modernos poderes de autoprotección concedidos al individuo en materia civil y aun penal.

b) Revela incongruencia considerar que supone un residuo de venganza privada la conducta de quien, autorizado por la Ley, se limita a impetrar del juez imparcial el castigo pertinente, estando prohibida la justicia por la propia mano.

c) El reproche cabría dirigirlo al Estado, dueño del magisterio punitivo; pero la defensa social que ejerce no es venganza, dentro de los regímenes de libertad.

d) No es cuestión que deba enfocarse desde el ángulo político, sino científico..." Examinando la legislación de su país, acusa una tendencia a la oficialidad.

Sigue estudiando las formas de enjuiciamiento; el carácter y las atribuciones del Ministerio público; las acciones ex delicto; el concepto, caracteres y ejercicio de la acción penal; órganos para el ejercicio de la acción penal—sosteniendo que el ofendido no tiene el carácter de parte y haciendo un detenido y documentado estudio de la legislación comparada—; acciones ex delicto en la legislación uruguaya y extinción.

En el segundo capítulo estudia con una gran minuciosidad y detenimiento, en la sección primera, el sistema derogado de 1878; en la segunda, el sistema vigente de 1916, y en la tercera hace unas consideraciones sobre el sistema:

Al estudio del concepto de la instancia está dedicado el tercer capítulo, en el que después de ocuparse de la querrela y de la denuncia nos dice que instancia, derivado etimológicamente del verbo latino instar, tiene la acepción jurídica de demanda, y la define, siguiendo a otros autores, como "una declaración de voluntad privada, a la cual, en ciertos delitos lesivos de los intereses privados, está subordinada la persecución del reo por parte del Estado". *Sustancialmente*, es el derecho que compete a la persona ofendida por algunos delitos particulares de requerir que el Estado haga valer su pretensión punitiva; *formalmente*, es una demanda que en algunos delitos propone la persona que se pretende ofendida, a fin de que sea ejercitada la acción penal. Estudia la cuestión en el Derecho comparado y pasa a señalar las diferencias entre la querrela y la denuncia; la instancia y la denuncia; la querrela y la instancia, y las diferencias y analogías entre las tres instituciones.

En las dos secciones en que divide el capítulo cuarto estudia el fundamento político y la naturaleza jurídica de la instancia, ocupándose, entre otras interesantes cuestiones, de los presupuestos penales y procesales y de las condiciones de punibilidad.

El capítulo quinto, dedicado a los titulares de la instancia, está dividido en tres secciones, en las que se examinan los problemas referentes a la "pertenencia", "ejercicio personal" y "representación".

En el capítulo sexto se estudian las formalidades, desarrollo y efectos del ejercicio de la instancia, distinguiendo en cuanto a los efectos sobre la acción, sobre los hechos y sobre los sujetos.

En los capítulos séptimo y octavo se exponen los problemas referentes al ámbito y extinción de la instancia. Termina este interesante estudio con una amplia bibliografía sobre el tema.

Es de resaltar la claridad y perfecta sistemática en la exposición, lo que unido a la naturaleza del tema hace que sea, además, una obra de inestimable valor científico y al mismo tiempo práctico.

**CASTAN TOBEÑAS, José: "Idea de la equidad en las letras españolas".**

Discurso leído en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 23 de mayo de 1949, en su recepción pública.—Imp. Viuda de Galo Sáez.—Madrid, 1949.—158 págs.

Comienza el ilustre jurista diciéndonos que ha elegido este tema después de preguntarse si, "¿No será ya hora de que, un poco avergonzados de nuestra apatía y de que sean los extranjeros quienes hayan de investigar nuestras tradiciones y descubrir nuestras glorias pretéritas, tratemos de recoger y analizar las doctrinas emitidas acerca de la equidad por nuestros filósofos y juristas de las diversas épocas, para reconstruir así el concepto español y fijar la relación que guarda con las concepciones del Occidente europeo?"

Inicia este interesantísimo estudio con una introducción y divide luego su trabajo en siete capítulos: en el primero estudia la equidad en la época hispanorromana, ocupándose ampliamente del pensamiento de Lucio Anneo Séneca y Marco Fabio Quintiliano. En el capítulo segundo, que dedica a la época visigótica, expone magníficamente el pensamiento de San Isidoro de Sevilla, ocupándose también de las fuentes legislativas. Dedicó a la época de la Reconquista el tercer capítulo, que divide en dos partes, donde con todo detalle se estudia la idea de la equidad en la Alta y Baja Edad Media, tanto en los textos legales como a través del pensamiento de los escritores. En el cuarto es estudiada la equidad en la época del Renacimiento español, haciéndolo a través de logistas, humanistas, filósofos y escritores de política y práctica judicial, extendiendo su investigación al teatro con Lope de Vega y a la novela con Cervantes. El capítulo quinto lo dedica al estudio del siglo XVIII, que denomina "Época de transición". El sexto, a la época moderna y contemporánea, y en el séptimo sienta unas interesantísimas conclusiones como resultado de este magnífico y bien meditado trabajo de investigación.

El autor no olvida ocuparse de la equidad con relación a aquellos autores que de una manera constante o accidental dedicaron sus actividades al orden penal, y así se refiere al tratado "De la clemencia", que Séneca dirigió a Cicerón, diciéndonos que es un verdadero tratado de la equidad, en el que recomienda la moderación, que no es incompatible con la severidad, pero sí con la crueldad, sin que tampoco sea perdón. Así el juez sabio y clemente "reprenderá a uno, pero no le castigará, atendiendo a su edad, que le permite enmendarse; a otro, a quien su crimen expone al odio público, asegurará su salvación, porque delinquirá seducido o embriagado".

Al tratar de la época de la Reconquista nos dice que en varios textos de los Usatges, de Barcelona, aparece la idea de la equidad como fundamental, y así nos cita el Usatge 88, en el que al tratar de las funciones del juez a la vez que de las del acusador, el defensor y los testigos, se dice del juez: "Judices autem debent uti aequitate."

Refiriéndose a Alfonso de Castro, dice que "si bien no se ocupó ex profeso de la equidad, abordó indirectamente y con gran amplitud los temas de la equidad englobados en la triple teoría de la dispensa, la interpretación y la aplicación de las leyes penales".

Para el P. Juan de Mariana, en su conocido tratado "De rege et regis institutione", la equidad y la justicia son la base de una buena vida social y política; "estamos, pues, persuadidos de que la salud pública estriba principalmente en sancionar la equidad y no dejar impunes los delitos".

Al hablar de Francisco de Quevedo y Villegas nos cita estas frases suyas: "Verdad es que enmienda mucho el castigo; mas también es verdad que corrige mucho la clemencia, sin sangre ni horror. Y el perdonar tiene su parte de castigo en el delincuente, que con vergüenza reconoce indigno su delito del perdón que le concede la misericordia del rey." Quevedo asignaba a la pena el doble fin de la defensa social y la corrección o enmienda del delincuente.

Para el autor merecen especial interés las ideas que expone Jerónimo Castillo de Bobadilla en su "Práctica para corregidores y señores de vasallos en tiempos de paz y de guerra", en cuya obra expone que es más lícito al juez indignarse contra los poderosos inicuos que contra los pobres, porque la necesidad de éstos excusa la benignidad de los jueces y los mueve a que procedan más presto a equidad que a riguroso castigo. Cita aquellos pasajes en que dice que "los hechos de los hombres no se pueden medir por regla de hierro...", diciendo que, por el contrario, "conviene que se reglen por la regla *lesblana* de plomo, que se puede encorvar y aplicar a las circunstancias de las obras". Este autor pasa de la *equidad benignidad* a la *equidad individualizadora*.

Cita las frases de Lardizábal cuando, abogando por la reforma de las rígidas y severas leyes penales reinantes, decía que "si los fines que debe tener presentes el legislador en la imposición de las penas pueden conseguirse con castigos moderados, el agravarlos sería crueldad y tiranía y se excederían los límites de la justicia y de la equidad". También se ocupa ampliamente de la equidad en el pensamiento de nuestra gran penalista doña Concepción Arenal.

Termina el autor su magnífico e interesantísimo discurso diciendo que "no podemos ni pretendemos reivindicar paternidades que no nos pertenecen. España no ha creado nunca una concepción verdaderamente original de la justicia, ni tampoco de la equidad; pero ha prestado un gran servicio al mundo coadyuvando al mantenimiento, a la continuidad y al desenvolvimiento, teórico y práctico, de esas dos ideas tradicionales". "La sabiduría española ha comprendido que equidad y vida no pueden separarse."

C. C. H.

**R. W. COOPER: "Le procès de Nuremberg. Histoire d'un crime".—Librairie Hachette.—Paris.**

El autor, periodista que asistió al ya famoso juicio de Nuremberg, nos hace un reportaje amplio y detallado, en donde no sólo cuenta las peripecias del citado proceso, sino que busca las causas inmediatas de la política nazi, así como las desencadenantes de la derrota alemana.

La obra se lee con especial interés, pues acredita las buenas condicio-

nes de periodista y a la par nos descubre nuevas perspectivas histórico-políticas del proceso, narradas con una pluma vibrante y entusiasmada por la causa de la paz, propio del clima post-bélico, del que ya está tan lejos el mundo de estos años.

Acaso el mayor acierto de la obra consista en que el autor, llevado de sus conocimientos históricopolíticos, ha sabido acentuar aquellos aspectos de más subido interés histórico, discerniendo lo accesorio de lo esencial del acontecimiento, sin que por ello la descripción pierda la línea viva y polémica del reportero, que ha captado a plena luz la trayectoria del suceso. Valgan de ejemplo los capítulos siguientes: El genocidio, en que se aprecia cómo el autor ha ojeado los antecedentes penales a este delito, su perspicacia política nos la descubre en varios capítulos de la obra así; la nueva diplomacia y la vieja; el complot contra la paz y otros, y su visión netamente periodística en los perfiles de los hombres de Nuremberg.

El libro está avalado por una introducción de particular interés jurídico-penal, que ha escrito David Maxwell Fyfe, del equipo del Ministerio público inglés y uno de los juristas que desde el principio al fin ha intervenido en las responsabilidades penales de la guerra. De aquí que su posición nos descubra la orientación seguida a, en una palabra, la idea que presidió la redacción del Estatuto y la forma en que se condujo el proceso. En esta introducción, el fiscal inglés tantea los puntos más sobresalientes del proceso: la definición de los entes penales; la cuestión del principio de legalidad; la no menos debatida del llamado crimen contra la humanidad, y tantos otros más, que adquieren carácter de casi interpretación auténtica por ser una de las personas que ha intervenido de modo más directo en las sesiones y en las deliberaciones de la Comisión de crímenes de guerra de las Naciones Unidas.

J. del R.

**CUELLO CALON, Eugenio: "La reforma penal en España". — Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, pronunciado en la sesión del día 6 de marzo de 1949.—Madrid, 1949.—83 págs.**

Comienza el autor diciéndonos que ha escogido este tema por ser la renovación de nuestra vieja legislación penal "asunto de trascendencia nacional y, llegado el momento propicio, de urgente e inaplazable realización". Hace constar el ansia de reforma que se siente al no haberse colmado el vivo anhelo de una ley plasmada en los novísimos postulados científicos, y adecuada a las exigencias sociales, económicas y jurídicas del presente, con la promulgación del vigente Código penal, texto refundido, de 1944.

Como consecuencia, "a medida que pasan los días se siente con más fuerza la necesidad de una reforma penal, no parcial y limitada, de mera superficie, como las hasta ahora realizadas, sino una renovación profunda y completa que asiente sobre nuevas bases nuestro ordenamiento pu-

nitivo”, ya que el Código penal que nos rige envejece, pues con algunas reformas es el de 1848, “con su mismo contenido, su espíritu, su sistema fundamental, sus mismas ideas directrices”.

Estudia la reforma realizada en el extranjero en el último cuarto de siglo, diciendo que a este formidable movimiento de cambios legislativos ha permanecido ajeno nuestro país.

El profesor Cuello Calón, al propugnar la reforma, no se refiere de modo exclusivo a la de nuestro vetusto Código. La actividad reformadora ha de alcanzar mayor amplitud, no puede limitarse a la ley criminal fundamental, ni aun en el caso de su renovación total y completa; debe aspirar a un cambio, también esencial y profundo, de todas nuestras leyes e instituciones relativas a la represión y prevención del delito.

Este plan renovador comprendería:

A) La reforma del Código penal.

B) La reforma de la legislación penal especial. Es preciso volver a ésta considerable número de preceptos, que nunca debieron ser desglosados de ella, actualmente contenidos en el Código penal.

C) Normas de prevención social relativas al tratamiento de sujetos peligrosos que aún no han delinquido y al de los extranjeros peligrosos.

D) Normas de ejecución penal. Entre ellas destacan la trascendental cuestión de la organización penitenciaria, las directivas de la misma, la creación de instituciones para presos y condenados anormales, locos, epilépticos, tuberculosos, etc.; la ejecución de las medidas de seguridad.

E) Normas para la ejecución de las medidas de prevención social antedelictuales; creación y organización de las instituciones de prevención.

F) Formación criminológica y penológica del personal judicial y fiscal.

G) Tratamiento de los niños y adolescentes. Tribunales tutelares. Adopción de nuevas normas de tratamiento y creación de nuevas instituciones.

Después de estudiar las ideas inspiradoras del Código penal vigente y las transformaciones acaecidas en el campo del Derecho penal durante la última centuria, afirma que las nuevas aportaciones científicas al Derecho penal son compatibles con el mantenimiento de sus postulados tradicionales, debiendo tener la reforma penal por base una transacción entre las diversas doctrinas.

Refiriéndose concretamente a la reforma del Código penal, señala los siguientes fundamentos y principios sobre los que debería asentarse la reforma penal española, y que son los siguientes:

PARTE GENERAL.—*Establecimiento del principio de legalidad.*—“A la cabeza del Código, en su disposición inicial, ha de consignarse el principio de legalidad de los delitos, “nullum crimen sine lege”, y el de legalidad de las penas, “nulla poena sine lege.”

*Título preliminar. Aplicación de la ley penal.*—En el actual Derecho penal positivo, una serie de disposiciones referentes a la aplicación territorial y extraterritorial de las leyes penales, a los delitos cometidos en el mar o en los buques nacionales o extranjeros o en el espacio aéreo, etcétera, no se encuentran en el Código penal, sino en el civil, en la ley

orgánica del Poder judicial y en el Código de justicia militar; pues bien, “todos estos preceptos reguladores de la aplicación de la ley penal en el espacio tienen su puesto adecuado en el Código penal común, y precisamente en un título preliminar que, salvo en el Código de 1928, nunca ha figurado en nuestros cuerpos legales criminales”. A este título preliminar se traerían también las normas referentes a la aplicación de la ley penal en el tiempo, irretroactividad y retroactividad de las leyes penales, las que determinan el lugar de comisión del delito—siempre silenciadas en nuestras leyes—y la regulación del concurso de leyes.

*La culpabilidad.*—El concepto y regulación de la culpabilidad y de la responsabilidad criminal han de fundarse por completo sobre la creencia en el libre albedrío humano. Deberán mantenerse las formas tradicionales de la culpabilidad, el dolo o intención y la culpa o negligencia; pero “desechando el absurdo criterio, reiterado en nuestros Códigos, incluso en el hoy vigente, de considerar la imprudencia como un delito específico”. Deben desaparecer las lagunas referentes al error de hecho y de derecho.

*Circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad.*—Entiende que no son de gran entidad las modificaciones que demanda la regulación actual de las eximentes y atenuantes; entre otras reformas propugna, con relación a las eximentes, la distinción entre causas de justificación e inimputabilidad, y con referencia a las atenuantes la conveniencia de fundir en una sola las tres circunstancias de provocación o amenaza, vindicación próxima de una ofensa grave y la concurrencia de estímulos determinantes de arrebato y obcecación. En materia de agravantes, entre otras reformas necesarias, indica la eliminación de la de abuso de superioridad y la de ejecutar el delito con auxilio de gente armada o de personas que aseguren o proporcionen la impunidad, por estar comprendidas en el concepto de la alevosía.

*Frustración y tentativa.*—“El futuro Código penal deberá ser elaborado sobre un criterio subjetivo.” “El sistema más certero, en el que debía inspirarse nuestra reforma, es el adoptado por el Código penal suizo, cuyos preceptos, en los casos de tentativa y de delito frustrado, autorizan al juez para atenuar la pena, a menos que la peligrosidad del culpable aconseje la imposición de la pena plena. El mismo criterio debe seguirse para el llamado delito imposible.”

*Encubrimiento.*—“Es preciso abandonar el sistema tradicional en nuestros Códigos... Lo que hace el encubridor es cometer un delito conexo, relacionado con el principal, pero al fin y al cabo diferente.” Este es el criterio que debe inspirar una moderna legislación penal.

Sigue tratando temas tan interesantes como: “Sentido y fin de la pena”; “Medidas de seguridad”; “Individualización de la pena”; “Penas de privación de libertad” y “Causas de extinción de la responsabilidad criminal. Rehabilitación”.

PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL. — *Innovaciones exigidas por las transformaciones de la vida social.*—Muchas y muy importantes—dice el autor—son las innovaciones que demanda la parte especial, en particular la consagrada a los delitos. Entre otras muchas señala las siguientes: en el campo del Derecho laboral un importante número de hechos viola-

dores de sus normas, como las infracciones referentes a la seguridad e higiene del trabajo, a la prevención de accidentes, las más graves infracciones en materia de trabajo de mujeres y niños, etc., deben de ser sancionados penalmente e incluidos en la legislación penal.

También ha de merecer la atención del futuro legislador "el enorme avance realizado en el terreno de la técnica, que ha puesto en manos del hombre formidables fuerzas naturales que éste capta, encauza y utiliza y son fuente de riqueza inestimable, pero también ocasión y motivo para la comisión de gravísimos delitos". Dedicar una especial atención a la regulación penal de automóvil. También habrán de ser tenidos en cuenta los hechos que se presentan en el terreno de la especulación financiera, de gran repercusión económica y social.

A continuación se ocupa de "Otras innovaciones necesarias en la parte especial del Código penal", entre las que citaremos: la necesidad de exigirse como elemento esencial de la falsificación de documentos la concurrencia de un dolo específico, ánimo de lucro e intención de perjudicar a un tercero a la causa pública; una mayor protección a las comunicaciones y transportes terrestres, marítimos y aéreos, teléfonos, telégrafos, correos y radiocomunicación, etc. También señala importantes reformas en relación a los delitos contra las personas y contra la propiedad.

*Reforma en materia de faltas.*—En esta materia, entre otras reformas, propone el Sr. Cuello Calón una separación entre las llamadas "faltas delictuosas" y las "faltas contravencionales".

Sobre estas bases, que la autoridad del profesor Cuello Calón señala, habrá de elaborarse el futuro Código penal si se quiere que sea científico y esté de acuerdo con las necesidades del presente.

C. C. H.

**FONTAN BALESTRA, Carlos: "Manual de Derecho penal" (parte general).—Editorial Depalma.—Buenos Aires, 1949.—471 págs.**

Se trata de un moderno y bien cuidado libro, tanto por su contenido como por su presentación, destinado a la juventud universitaria.

Comienza con una "Introducción" formada por dos capítulos. En el primero, que denomina "Preliminares metodológicos", trata de la enciclopedia criminológica, del concepto y caracteres del Derecho penal y del método; el segundo capítulo lo divide en dos secciones, en las que estudia los "presupuestos naturales" y los "culturales" (históricos, doctrinales, legislativos y filosóficos).

Después, bajo la denominación general de "Exposición dogmática de la ley penal", pasa a exponer las materias propias de la parte general en cuatro "partes", que respectivamente tratan:

La primera de la "Teoría general de la ley penal", en la que en seis capítulos son estudiadas las fuentes del Derecho penal, la ontología y la interpretación de la ley penal y la ley penal con relación al tiempo, al espacio y a las personas.

La segunda de "El delincuente en la ley", y está formada por tres-

capítulos, en los que se examina la imputabilidad, la peligrosidad y otras referencias al delincuente (reincidencia, habitualidad, menor edad, etc.).

La tercera de "El delito" (ocho capítulos); comprende el estudio de la definición del delito; el delito como acción; la antijuridicidad—y las causas de justificación—; la culpabilidad—y las causas de inculpabilidad—; la tipicidad; la punibilidad; las figuras accesorias—tentativa y coparticipación—, y, por último, la unidad y pluralidad de hechos y de delitos.

La parte cuarta de "La sanción" (cuatro capítulos); comprende el estudio de las penas y de las medidas de seguridad.

Termina el ilustre catedrático de la Universidad de Buenos Aires este magnífico Manual con una bien seleccionada bibliografía, clasificada por materias y con indicación de página, a fin de que el estudiante pueda con toda facilidad ampliar los puntos tratados.

En fin, una obra que constituye un claro exponente de la capacidad técnica de los profesores argentinos, y en la que el autor consigue plenamente sus propósitos de precisión, claridad y sencillez.

C. C. H.

**FONTAN BALESTRA, Carlos** "Delitos sexuales. Estudio jurídico, médico-legal y criminológico".— Editorial Depalma.— Buenos Aires, 1945.— 323 págs.

La dificultad que ofrece siempre el estudio de los delitos en particular parece que tienta a los autores hispanoamericanos, que dedican a él sus mejores actividades. En el de los delitos sexuales se aumenta aquélla por las aristas del tema; pero el Dr. Fontán Balestra lo salva, tratando el tema con profundidad de catedrático, justeza y mesura de magistrado y elegancia de académico, cuyas tres condiciones reúne.

El primer problema que se plantea es el de la denominación de estos delitos, y después de analizar las diversas que han recibido, acaba optando por la que titula el libro, si bien reconoce que no tiene un fundamento estrictamente jurídico; como tales considera y estudia: adulterio, violación, estupro, corrupción y prostitución, ultrajes violentos al pudor, publicaciones obscenas y raptó.

El subtítulo de la obra nos dice las tres partes de ella. La jurídica tiene dos subpartes, la que podíamos llamar substantiva y otra procesal. La substantiva es el estudio individualizado de cada delito, dividido, a saber, en otras dos, doctrinal una y otra de exposición y análisis de la legislación argentina. En la doctrinal, tras la reseña histórica del concepto del delito estudiado y de su punición, con detallada referencia a nuestro común Derecho histórico, analiza el bien jurídico tutelado, el grado, el medio, los sujetos activo y pasivo, con técnica clásica, aunque se note la influencia de los neopositivistas italianos, sobre todo de Manfredini.

Como notas más destacadas de esta parte diremos: que se muestra partidario de la desincriminación del adulterio, una vez que la legislación civil admite ampliamente el divorcio; violación es el acto sexual logrado con violencia que puede ser física efectiva, moral efectiva y presunta por

ausencia de voluntad determinada por la corta edad, sueño, hipnotismo, ebriedad, acción de narcóticos y afrodisíacos; en el estupro ve la seducción no como fin, sino como medio de conseguir el acceso carnal con mujer honesta fuera de matrimonio, bastando para su existencia la honestidad y no la virginidad, por lo que admite el estupro de la ya violada y de la mujer casada; distingue corrupción de prostitución y en la corrupción la material de la moral, no constituyendo delito ésta, que sólo puede ser tentativa de la material; prefiere llamar delitos de atentado violento al pudor, a los que los Códigos argentino y español llaman de abusos deshonestos; finalmente, en el de publicaciones obscenas ve que la valoración del elemento intencional es el único medio de diferenciar lo obsceno de lo científico, artístico y literario.

Es de gran justeza y precisión el estudio que hace de los problemas procesales planteados, por la especial naturaleza de estos delitos, ejercicio de la acción, prueba, perdón del ofendido, etc.

Pero lo mejor, más completo y original de la obra es el estudio criminológico de la delincuencia sexual, en el que, tras de fijar su concepto de la criminología, habla de la influencia de la enfermedad, no creyendo que cada determinado delito sea consecuencia de determinada enfermedad, sino que el estado general que produce ésta hace al que lo padece más propicia a la comisión de un delito determinado; de las anomalías sexuales, que si no determinan a un correlativo delictivo predisponen a la realización de actos libidinosos que pueden ser antijurídicos, porque estas anomalías crean un estado de perversión latente, quizá no advertido por el que lo sufre y, por tanto, contra el que no se puede prevenir; los factores fisiológicos normales, como la llegada de la pubertad, que determina frecuentemente una indecisión u homosexualidad transitoria e inconsciente y la declinación sexual, destacando la importancia cada vez mayor del estudio de la menopausia masculina, como la femenina, corregible por un inteligente tratamiento hormonal; de los elementos étnicos y telúricos; de los factores sociales, como la educación y el medio, y, por último, de las intoxicaciones.

Con un estudio magistral de las cuestiones medicolegales en estos delitos, cierra el Sr. Fontán Malestra su libro, que puede parangonarse y aun superar a los mejores que sobre tan ardua materia se han escrito. Libro que es de gran interés para el público especializado de España, no sólo por su parte doctrinal, sino porque la analogía de textos legales represivos en ambas naciones hace que el estudio de la ley argentina esté lleno de sugerencias para el estudio de la española.

D. T. C.

**HERRERA, Julio: "Redención y prevención".—Ley orgánica de aplicación de la pena y amparo social.—Código del niño.—Buenos Aires, 1949.**

El senador argentino Julio Herrera ha presentado al Senado de su país dos proposiciones de Ley, que transcribe, explica, justifica y comenta en este libro. Una ley orgánica de aplicación de la pena y amparo social,

de aquí el título de "Redención", y un Código del niño, de aquí el título de "Prevención". La primera ha obtenido la aprobación unánime del Senado y esperaba cuando el libro se publicó la del Congreso; la segunda sólo ha pasado a estudio de la correspondiente Comisión de aquel Cuerpo legislativo.

El autor, con profundo espíritu filial que late en todo el libro, se apresura a advertir que estos proyectos están inspirados en las ideas que su padre, del mismo patronímico, propugnó y divulgó. Como aquellas ideas coinciden con las sustentadas en España por Montesinos, Dorado Montero, Concepción Arenal, etc., que forman nuestra solera penal y penitenciaria, y el autor confiesa la influencia que sobre él han ejercido nuestras actuales realizaciones en aquel orden, redención de penas por el trabajo, etcétera, no ha de extrañar que la primera proposición de ley de las mentadas nos parezca cosa propia y merezca nuestra cariñosa atención.

A demostrar la constitucionalidad de esta proposición de ley van dirigidas las mejores y más extensas páginas del trabajo, por haber pretendido su autor que se aplicare, una vez fuese ley, y se extendiese la jurisdicción de la Dirección General de Institutos Penales, que la había de ejecutar o fiscalizar su ejecución, a todos los establecimientos penitenciarios argentinos, y ser en aquel país cometido de las Administraciones provinciales la ejecución de las penas impuestas por los Tribunales de provincia, consiguiendo sólo en parte su propósito, pues al salir del Senado va ya retocada para que se extienda sólo a las provincias que acepten previo convenio que el Ejecutivo nacional sea el que se encargue de la vigilancia y ejecución de las penas impuestas por los Tribunales de aquéllas.

Justifica las novedades, siendo las más destacadas respecto al sistema español:

Consagración, junto a la Escuela de Penología, análoga en fines a nuestra Escuela de Estudios Penitenciarios, de un Instituto de Criminología, ya creado por una ley anterior de carácter puramente científico, cuyo fin es propulsar el progreso de la ciencia criminológica.

Supresión del artículo 91 del Código penal, por el que parte de la remuneración del trabajo del penado se aplicaba a las víctimas del delito, justificando la reforma con el derecho que tiene todo hombre al producto íntegro de su trabajo, del que no puede detraerse cantidad alguna para el pago de deudas, ni aun de las que provengan de un delito y por razón de una política criminal, pues si el trabajo es el gran instrumento de regeneración, aumenta el estímulo de trabajar en el penado el saber que va a ser el producto íntegro para él y para los suyos; pero al retener una cuarta parte para el Estado en pago de los vestidos y alimentos recibidos se distribuye dicho rendimiento así: una cuarta parte para el Estado, otra para el penado y su familia y la mitad restante para formar el peculio que ha de entregársele a su liberación.

Prohibición de que los establecimientos penales tengan muros de circunvalación, debiéndose demoler inmediatamente los existentes, justifi-

cada por creer que no añadiendo su existencia seguridad, ni basándose ya la pena en la expiación, no hacen más que herir la sensibilidad del que los contempla.

Otra novedad es la de permitir, a petición de los reclusos casados, visitas íntimas de sus esposas en los establecimientos penales en que por su arquitectura pueda proporcionarse a estas entrevistas el recado y discreción convenientes, justificada en el propio articulado de la ley con el respeto que a todos debe merecer la institución del matrimonio y por el autor en los antecedentes legislativos de otros países.

La segunda parte de la obra, denominada "Prevención", como ya dijimos, es la transcripción de la otra proposición de ley, como también consignamos, denominada Código del niño, y la explicación del fin propuesto por el autor con su presentación de los motivos que determinaron la redacción de su articulado, que comprende las materias más diversas—claro que siempre relacionadas con los menores—, desde la protección a la maternidad, a la regulación de la patria potestad y creación de Jueces Tutelares de Menores, por cierto con menos atribuciones que las asignadas a los Tribunales de la misma denominación en España.

D. T. C.

**LUISE, Paulina:** "Otra voz clamando en el desierto".—Montevideo, 1948. Dos volúmenes.—345 y 186 págs.

La autora de este magnífico libro—titulado "Otra voz clamando en el desierto", creemos que para indicar que une la suya a la de la célebre abolicionista inglesa Josefina Butler, que en el año 1887 publicó su famosa obra titulada "Una voz en el desierto"—es una autoridad reconocida universalmente en la materia: Doctora en Medicina (la primera en su país), miembro de varias Asociaciones científicas, del Comité de expertos contra la trata de mujeres de la Sociedad de Naciones, miembro de honor del Colegio de Doctores de Madrid, etc.

Su interesante trabajo lo divide en tres partes: en la primera trata de "Abolicionismo y reglamentación", recogiendo en ella una serie de publicaciones y trabajos de la autora, referentes a la materia, realizados durante cuarenta años de incesante lucha contra la reglamentación de la prostitución, que es lo que se propone el "abolicionismo", por entender que esa reglamentación de la prostitución es "la sanción de esa ignominia por el Estado que la legitima y reglamenta". Al ocuparse de los delitos de violación y estupro pide que se aumente el límite de edad establecido para la víctima.

En la segunda parte, titulada "La lucha internacional", se estudian el proxenetismo y la llamada trata de blancas, comentándose por la autora las Convenciones internacionales y Tratados establecidos para combatirlos; nos explica el proceso formativo de algunos y curiosas anécdotas.

En la tercera parte nos ofrece el texto de las Convenciones internacionales referentes a la materia.

Para terminar, se trata de una obra de gran interés científico, con profusión de datos estadísticos, en la que están condensados los magníficos y humanitarios afanes a los que la autora ha dedicado su vida.

Precede a la obra un interesante prólogo del catedrático de la Universidad de Montevideo Carlos Salvagno Campos.

C. C. H.

**GIUSEPPE MAGGIORE: "Normativismo e antinormativismo nel Diritto penale". — Estratto dalla Riv. "Archivio Penale". — Gennaio. — Febbraio, 1949.**

El profesor de la Universidad de Palermo G. Maggiore trata en este estudio de un tema por demás sugestivo, que rondaba, sobre poco más o menos, por nuestra Dogmática desde los ya lejanos tiempos del año 34. Ya en otra ocasión nos ocupamos del tema en una recensión que hicimos hace años de la conocida obra de R. Thierfelder ("Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft un serer Tage". — Mohr. — Tübingen, 1943). Por entonces, el autor alemán propugnaba por una nueva consideración metodológica de los problemas penales, enraizada, por supuesto, en lo normativo y el valor. Principalmente en el valor y realce de lo que era lo normativo dentro de la ciencia punitiva.

Ahora, el profesor italiano revisa al trasluz de las profundas renovaciones del pensamiento penal lo que se entiende por *normativo* y su alcance en el ámbito del pensar jurídicopenal. Revisión, por otra parte exigida por las opuestas tendencias de la Dogmática de los últimos años, en la que en mayor o menor medida predominó un marcado acento irracionalista.

Para llevar a buen puerto el trabajo, Maggiore busca los antecedentes inmediatos—Kelsen—, y haciendo gala de sus conocimientos filológico-jurídicos, habitual en un penalista de tan compleja formación intelectual.

De otra parte, interesa sobremanera determinar lo que es el normativismo a la hora actual, en que por doquier se habla de "actos normativos", de "concepción normativa de la culpabilidad", de "omisión normativa", de "tipos normativos de autor" y de tantas otras nociones penales. En suma, cree el autor que en *grosso modo* normativismo no es otra cosa que la doctrina que reduce todo el Derecho a normas y complejos de normas. Y nos perfila con mano certera las fronteras del normativismo, así como el esplendor y miseria de esta concepción, para desembocar en la pregunta relativa a la reconstrucción crítica del concepto de norma: ¿Se trata de una entidad lógica o de una determinación práctica? ¿Consiste la norma en un imperativo, en una valoración, en una dirección o guía? ¿Cuáles y cuántas especies de normas existen? ¿Cómo se diferencia la norma de la ley? El penalista italiano contesta a cada una de las preguntas, apoyándose para ello en testimonios de filósofos del Derecho, y de modo especial en nuestro Suárez, pues "mucho antes que la Filosofía moderna hubiese hecho objeto de estudio esta forma de la actividad es-

piritual, Suárez se había representado con fina perspicuidad el carácter volitivo de la norma”.

Y una vez que nos esclarece los conceptos de norma y valoración, carácter del precepto jurídico, y otros extremos, pasa revista desde el ángulo del normativismo a cuestiones que actualmente consumen la atención del estudioso de la disciplina penal, tales como, por ejemplo, el legalismo y normativismo, el hecho y el delito, los llamados elementos normativos del tipo penal, la omisión normativa, los tipos normativos de autor, acen tuando en cada uno de estos problemas la significación del elemento normativo en la explicación de los mismos.

J. del R.

**GIUSEPPE MAGGIORE: “Delitto naturale e delitto legale”.—Estratto da “La Scuola Positiva”.—Milano.—Giuffré, 1948.**

El autor advierte al principio del estudio que indudablemente se acogerá con cierto recelo su aportación, en buena parte, al carácter estrictamente *técnico* de la especulación jurídica del penalista. Pero si bien es verdad que Maggiore no intenta ni de lejos ni de cerca subvertir la metódica de trabajo, tampoco es menos verdad que su trabajo tiende nada menos que a esclarecer un tema de *justicia*, por encima del limitado ámbito del Derecho positivo. A tal fin, el profesor de Palermo toca una tanda de cuestiones penales en última relación con el objeto de esta explanación, tales como, por ejemplo, las definiciones formal y sustancial del delito; una o doble noción de la acción delictiva; el Derecho natural como promesa imprescindible de una definición sustancial del delito; validez del principio de legalidad, y otras tantas más, que confieren especial interés al trabajo citado.

A lo largo de la reflexión del penalista italiano salta a la vista el aguzado deseo de no sacrificar “la vida al dogma, la historia al esquema, el acto al hecho”, criticando, por supuesto, todo cuanto suponga cerrado formalismo. Y una vez que ha roto su concepción al puro dato del Derecho positivo, el autor se plantea problemas de Filosofía jurídica. Sin ir más lejos, entre otros, éste: ¿La libertad del legislador es ilimitada? O por por el contrario, ¿está incardinada a una legislación superior de la cual no puede salirse sin caer en la iniquidad?

A propósito de lo que es el delito, nos hace un minucioso análisis de los elementos constitutivos de toda definición y en particular de la infracción delictiva, deteniéndose en el examen de la noción *formal*, la cual hace depender la criminalidad del hecho del juicio o del mandato de la potestad legislativa y de la noción *sustancia* que viene referida el hecho criminal a un orden superior, necesario y universalmente válido.

La justificación de que el Derecho natural constituye el quicio y fundamento del pensar penal surge claramente de la misma naturaleza del acto delictivo, ya que en verdad el Derecho positivo deja sin respuesta algunas exigencias de aquélla. Define el delito natural como toda acción mala que lesiona o pone en peligro la personalidad humana en su existencia

individual o social o en uno de sus atributos esenciales, siempre que no intervenga una causa de justificación.

En tanto que el concepto del delito—aparte del llamado delito natural—es toda acción que el legislador, en un momento histórico, considera dañosa o peligrosa para el orden constituido, y por esto merece aquella grave sanción que es la pena.

En suma, la presente monografía replantea un tema ya viejo de nuestra disciplina, si bien utiliza en su explanación y desarrollo puntos de vista nuevos, que hace por demás sugestiva su lectura.

J. del R.

PELLA, V. V.: "Fonctions pacificatrices du Droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix".—París. Ed. A. Pectone. MCMXLVII.

Sería ocioso presentar al penalista rumano profesor Pella en el terreno específico, tan agudamente cultivado por él, como el del llamado "Derecho penal internacional". Sin embargo, no debe pasar desapercibida esta "comunicación", pues de un lado refuerza la antigua tesis propugnada en su conocida obra "La criminalidad colectiva de los Estados y el Derecho penal del porvenir" (traduc. esp. de J. Mallo, ed. Aguilar. Madrid, 1931); de otra parte, actualiza su postura a la vista de la novísima revisión de los temas penales internacionales, experimentada a raíz del fallo de Nuremberg, y de los cuestionarios que circulan hoy en los últimos Congresos penales.

El autor comienza por enlazar su propósito con la corriente internacional de la primera guerra europea, para en seguida salir al encuentro del objeto concreto que espera explanar en el curso de este estudio. Se trata, ni más ni menos, que de ver hasta qué punto las sanciones penales pueden surtir efecto en el plano de las relaciones internacionales. ¿No sería, por tanto, posible que la fuerza intimidante de la sanción penal proyectara su luz en las relaciones interestatales? Para ello, el profesor Pella reafirma, una vez más, su típica postura de conceptuar la sociedad—en este caso, el Estado—como un auténtico ente penal, con lo que se pondría en marcha la ideología, ya expuesta en su obra citada, de un verdadero *Derecho penal estatal*.

Hace una breve reseña de los esfuerzos realizados, antes del advenimiento de la última conflagración universal, para inmediatamente dibujarnos que ahora más que nunca el campo es propicio para dar cabida a esa criminalidad *sui generis*, de profundo carácter inhumano y lesiva del patrimonio de la comunidad internacional. Y puesto que en el decir del autor el juicio de Nuremberg posee, además de un valor práctico, político, jurídico y filosófico, una virtud que le convierte en una página de la Historia, para que no quede en una simple peripecia histórica es necesario que sea "generador de nuevas instituciones". Algo parecido a lo que ya nos dijo uno de los jueces del Tribunal: D. de Vabres.

Recoge la opinión autorizada de Truman relativa a que debe establecerse un *Código de Derecho criminal internacional*, y, por último, la reso-

lución, importante en este sentido internacionalista, de la Asamblea general de las Naciones Unidas, dirigida a formar un *Código de Derecho criminal internacional* expresivo de las enseñanzas de la citada decisión judicial de Nuremberg.

Ahora bien: la pregunta que se formula Pella y que desarrolla en el presente estudio se refiere concretamente a este punto: ¿Cómo se debe concebir la organización de la justicia penal internacional? De las tres respuestas dadas, con anterioridad, a esta pregunta, Pella se inclinó por la responsabilidad comulativa de las personas y de los Estados. Y en cuanto a la responsabilidad penal de los individuos, ya ha sido confirmada prácticamente en la sentencia de Nuremberg. Esto es, el individuo como sujeto de relaciones internacionales. Por lo que hace a la responsabilidad penal de las personas morales, igualmente el penalista rumano se pronuncia por la afirmativa, apuntándonos una serie de razonamientos de sugestivo interés, explicativas de esta responsabilidad. A este respecto son de particular importancia las páginas 10 a 14, sobre todo esta última, en que el autor interpreta la razón de la penalidad aplicable a los Estados.

Más adelante polemiza en torno a la denominación de la disciplina jurídica, que recoja estos problemas, adoptando en un principio el nombre de "Derecho penal interestatal", si bien, termina por patrocinar la ampulosa expresión de "Derecho penal supranacional", indicándonos a continuación los principios generales, informativos del ejercicio de la represión como el repertorio de las infracciones realizadas por los Estados y los individuos, que convenía configurar en un Código penal internacional. Y a renglón seguido expone las medidas de seguridad en el Derecho penal supranacional.

Finalmente, el penalista rumano mantiene su fe en que la Humanidad terminará, más tarde o más temprano, por fundar un régimen de paz, apoyado exclusivamente en valores morales, y adoptará el criterio proveniente de un sistema de estatutos de defensa internacional, cuyos estatutos serán impuestos a las colectividades estatales que han perpetrado crímenes de guerra, llegando a la convicción de que el Derecho penal ejercerá su acción pacificadora en las relaciones entre los Estados como actualmente la ejerce en las relaciones entre los individuos. ¡Bello sueño, bien lejano de la pesadilla de nuestros días, en que la fuerza ha sojuzgado el aliento moral y la mutua asistencia que debiera imperar en el ámbito de las relaciones interestatales, en vez de ese diálogo a muerte que por doquier reina! Y de nada valen estos ensoñadores anhelos, cuando el mundo de la paz se torna por días más quebradizo y expuesto a romperse en cualquier día menos pensado.

J. del R.

**DEL RIO C., J. Raimundo: "Explicaciones de Derecho penal".—Dos volúmenes.—Santiago de Chile, 1945.—I, 344 págs.; II, 366 págs.**

Libro extenso, escrito en forma didáctica, como lo fueron las obras anteriores de su ilustre autor, "Apuntes de Derecho penal", "Derecho pe-

nal" (tres tomos) y "Elementos de Derecho penal", que está llamado a servir de consulta a catedráticos, abogados y jueces, y profesores universitarios, que proporciona el material científico y la experiencia pedagógica recogida por el escritor, en materia penal, durante treinta años de estudios y veinticinco de cátedra.

El tratado, al decir del profesor Del Río, no es a propósito para los estudiantes de la cátedra de Derecho penal que él regenta; su amplitud y altas investigaciones filosóficas lo hacen inadecuado al esfuerzo que ellos pueden realizar dentro de los programas de examen. Cree el notable profesor que los alumnos de los cursos superiores—como sucede en España con el doctorado—y los agregados a las prácticas para la enseñanza en cátedra, hallarán motivos o temas para las memorias o monografías de licenciatura y la bibliografía inicial al estudio del Derecho penal.

Las "explicaciones de Derecho penal" no pretenden crear nada nuevo, sino *explicar* lo que otros han creado. El escritor se siente exigente con el término "creación", sobre todo con las llamadas innovaciones contemporáneas en el campo penal. "Crearon los teólogos y los filósofos el concepto de daños por el de delito, y la idea de venganza por la de sanción; los autores de la llamada *escuela clásica*, que formaron el bien meditado conjunto de las concepciones penales del siglo XIX, y los investigadores y maestros de la *escuela positiva*, que emprendieron el estudio de la ciencia penal, tomando como base principalmente la persona del delincuente, en lugar de la abstracción del delito". Huye el autor de rebuscamientos en la expresión, porque considera que todas las materias que encierra el Derecho penal pueden ser tratadas con palabras usuales y corrientes, y algunos términos científicos de aplicación general no discutida; y da la importancia que merecen a los estudios de los legisladores y maestros latino-americanos. Sobre todo, la valiosa enseñanza recibida del Continente europeo, siendo las directrices más destacadas de las legislaciones hispano-americanas los Códigos penales españoles de 1848 y 1870, el francés de 1810 con las modificaciones posteriores y el belga de 1887 con su respectiva jurisprudencia, y los libros de sus comentaristas. Sin embargo, los aciertos futuros del Derecho penal americano de habla española estarán principalmente en manos de los hombres de América. Primero, porque los problemas penales nacionales son *latino-americanos*, a juicio del autor. En segundo término, "porque las fuentes de inspiración europeas, en materia de legislación penal, quedaron agotadas en España en los Códigos de 1928 y 1932 (no se menciona aún el vigente de 1944), en Francia en el proyecto de 1934, los tres muy distantes de sus precedentes; y en otros países, en el hecho de haber convertido sus Leyes penales en instrumento de determinados regímenes políticos con olvido de sus verdaderas finalidades". En esta notable obra se estampan elogios al Código penal suizo, a las leyes inglesas y de los países nórdicos, que "no siempre se avienen a la idiosincrasia, condiciones y posibilidades de los países de América. Y por fin, porque la investigación científica cuenta ya entre los latino-americanos con cultivadores, que no ceden en valía a sus maestros europeos".

Estas "Explicaciones" han sido concebidas, más que como una obra,

como un conjunto de obras, que, en caso de completarse, dice el autor, y nosotros agregamos que es muy conveniente que se haga, comprenderá las siguientes materias: Generalidades; Historia del Derecho penal; El delito; El delincuente; La reacción social (pena); Los delitos en especial. Hasta la fecha se han publicado dos volúmenes: el primero comprende generalidades; denominaciones; definiciones; naturaleza y objeto del Derecho penal. El segundo, continuación de las generalidades; fines y límites del Derecho penal. Con títulos y numeración por separado, como si constituyera un libro independiente, sin perjuicio de establecer entre todos los que vayan editándose en lo sucesivo, las relaciones adecuadas para que puedan ser considerados también como parte de las "Explicaciones de Derecho penal". Cada tomo lleva un índice de su contenido, un índice alfabético de las materias tratadas en él, y un índice, también alfabético, de los autores y textos legales citados.

D. M.

**DEL RÍO C., J. Raimundo:** "Manual de Derecho penal".—Santiago de Chile, 1947.—442 págs.

Se trata de un libro compendiado, que responde al criterio de facilitar, en su medida, la enseñanza en las Facultades de Derecho chilenas, que representa la divulgación de textos reducidos y sistematizados de los conceptos fundamentales en que se inspiran las "explicaciones del Derecho penal" del ilustre profesor de Derecho penal y decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, profesor Del Río, que a su vez se publican en toda su extensión, habiendo aparecido los dos primeros volúmenes, de los que más arriba damos cuenta en este fascículo del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, que resultarían, al decir de su autor, inadecuados por su amplitud para los estudiantes de un curso ordinario de Derecho penal.

Las materias aparecen distribuidas en cuatro partes: la primera contiene generalidades de Derecho penal, a saber: denominaciones, definiciones, naturaleza, objeto y fines del Derecho penal; la segunda abarca las relaciones del Derecho penal con otras ciencias, vistas a través de su concepto, límites, ley, ciencias auxiliares, las enciclopedias, el Derecho penal considerado como ciencia que estudia el delito, el delincuente y la pena en sus diversos aspectos: a) legal, b) antropológico, c) sociológico y d) político; la tercera parte estudia la historia del Derecho penal, resumida en sus prácticas, sus doctrinas y sus legislaciones. La historia de la legislación penal chilena está dividida en tres períodos: de 1810 a 1875, durante este período rigieron en Chile las leyes de España, complementadas o suplidas en parte por algunas leyes patrias. El segundo período comprende desde 1875 a 1924, y comienza con el Código penal vigente desde 1.º de marzo de 1875, modificado con leyes importantes. El tercer período comprende desde 1924 hasta la fecha, revistiendo dos expresiones conceptuales: a) promulgación de textos numerosos, muchos ajenos a toda técnica penal, producidos.

por los Gobiernos de hecho que hubo en esa época en el país; y b) publicación de algunas leyes y decretos de carácter más o menos general, fruto de etapas de mayor tranquilidad política o posteriores a los Gobiernos aludidos, que, en varios casos, han modificado o complementado acertadamente el Código penal. La cuarta parte comprende la legislación penal chilena actual en vigor, contenida en el Código penal y leyes complementarias. Esta parte está distribuída en dos materias: disposiciones generales aplicables al delito, al delincuente y a la pena (*reacción social*) desarrolladas en cinco títulos: 1.º De la Ley penal; 2.º Del Delito en general; 3.º De las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal; 4.º Del delincuente; 5.º De la reacción social (libro I del Código penal); y los delitos en especial, que se desenvuelven en diez títulos, y son los siguientes: 1.º Delitos contra la seguridad y soberanía del Estado; 2.º Delitos contra la seguridad interior del Estado; 3.º Delitos contra los derechos garantizados o protegidos por la Constitución; 4.º Delitos contra la fe pública; 5.º Delitos cometidos por los empleados públicos en el desempeño de sus cargos; 6.º Delitos contra el orden y la seguridad pública cometidos por particulares; 7.º Delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública; 8.º Delitos contra las personas; 9.º Delitos contra la propiedad, y 10.º Cuasi delitos y faltas.

Los proyectos de reforma del Código son: los de Ortiz y von Bohlen, de 1929; los de Erazo y Fontecilla, del mismo año, y los de Labatut y Silva, de 1938. En 1945 el Ministerio de Justicia designó una Comisión integrada por varias personas para realizar un nuevo intento de modificación.

D. M.

**RIVERA SILVA, Manuel:** "El procedimiento penal".—Editorial Porrúa. México D. F., 1944.—313 págs.

Consta el *Manual*, iniciador del conocimiento elemental del proceso penal, de una introducción y 18 capítulos, que recogen todo el desenvolvimiento del Derecho procesal penal, tanto en exposición doctrinal cuanto en la legislación positiva mejicana. El propósito que guía a D. Manuel Rivera Silva—profesor titular de Derecho procesal penal en la Universidad Nacional de México, y autor de "La esencia del Derecho penal y las escuelas contemporáneas" y "Naturaleza, cultura y Derecho penal"—es el atajar "el error más grande que se ha cometido en el campo didáctico, y reside en sujetar al que principie el estudio de una disciplina a libros de texto que quieren tratar la materia en forma exhaustiva, ofreciendo junto a los conceptos básicos los problemas más complicados, engendrando con ello una clara confusión de la que posteriormente es casi imposible salir". Conforme a este ideario presenta conceptos preliminares, deducidos de la propia naturaleza del Estado, en representación de la sociedad organizada, que vela por la vida de la misma, estableciendo

las limitaciones que son necesarias para la efectividad de la vida social. Así se enfrenta con la libertad absoluta, que es el principio que anima al hombre, y la prohibición de ciertos actos, que es el principio de la vida social. Una vez enunciado el Derecho penal material, se constituye el Derecho penal formal, primero en un procedimiento, como conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente estatuidos que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como infracciones, y, en su caso, aplicar la sanción correspondiente. El procedimiento concluye por dar vida a las normas procesales que Kelsen considera como una técnica social en virtud de la cual el Estado social será provocado o se tratará de provocarlo, y por el método que las regula nacerá el Derecho procesal penal, que abarca el proceso que comprende el conjunto de actividades reglamentadas, y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales pueden aplicar la Ley a casos concretos. El legislador mejicano quiso que el proceso se incoara cuando había la certeza de la comisión de un delito, y datos de los que se pudiera presumir una responsabilidad. Tiene como esqueleto las diligencias preparatorias en comprobación de la existencia del delito; la acusación, la defensa y la decisión, funciones de enjuiciar a través de los diferentes sistemas (inquisitivo, acusatorio y mixto) que adquieren expresiones particulares, y que, en términos generales, son: oral o escrita, con publicidad popular, con publicidad mediata y con publicidad para las partes o secreta.

D. M.

**RIVERA SILVA, Manuel:** "Naturaleza, cultura y Derecho penal".—Imprenta Universitaria.—México, 1943.—132 págs.

Consta el libro de una introducción y dos capítulos. El primero lleva por título "El hombre y la cultura" (Ensayo sobre su homología), distribuidos en los epígrafes siguientes: Infancia, adolescencia y juventud, madurez y vejez. El segundo capítulo responde a la denominación "El Derecho penal y su evolución", visto en los apartados que a continuación se consignan: infancia, adolescencia, juventud, madurez y vejez.

El punto cardinal y que anima a estos rudimentos de Metafísica jurídico-penal es salvar del naufragio horroroso a los investigadores en esta rama del saber, que las actuales elucubraciones del Derecho penal han provocado. La perentoria urgencia de crear un Derecho penal subjetivo, en el cual queden perfectamente establecidas las formas espirituales que lo animan, sirvieron de pauta al escritor, integrándose la materia a desarrollar en el hombre y la cultura, que no es tema ajeno al Derecho penal y su evolución histórica, sino elementos indispensables para la clara inteligencia de las afirmaciones vertidas en esta última parte. Es tiempo de comprender que no hay un Derecho penal, sino varios Derechos penales, cada uno de los cuales debe llevar grabada la siguiente frase, forjada en un pensamiento de Valery: "Nosotros los sistemas penales sabemos que somos mortales". El libro señala las formas que van tomando los Dere-

chos punitivos en los diferentes instantes que informan la parábola cultural, que en su postrera expresión señala una etapa histórica en la que se vive perdido en la matemática universal, el hombre carece de unidad por no tener metas que perseguir, permitiendo la llegada de las especialidades, que con su jactancia generalizadora matan lo poco que pudo quedar con auténtica vida. En las primeras épocas del Derecho penal el hombre reacciona por sentimientos de venganza. En la adolescencia, a medida que el tiempo avanza, el antiguo señor de la historia que agredía a todo ser animado o inanimado por el simple hecho de existir, abandona esa posición para tomar una actitud de defensa en contra de la naturaleza que amenaza con devorarlo. El delito es un simple evento, cuya calidad no la toma en las fuentes de la Ética, la Armonía social o la Utilidad colectiva, sino en la relación establecida entre el acto cometido y la actitud impotente del sujeto. En la madurez, el hombre es hereje de la justicia y conculcador del orden social, y la justicia abre los ojos hacia la utilidad social. El Derecho penal es el producto cultural en el que se establecen las formas de convivencia que tienden a la realización de lo estimado y querido. En las decadencias las formas establecidas por el Derecho penal no buscan algo desvinculado del hombre, buscan la comodidad del mismo: vivir en la sociedad sin ser molestado por la convivencia.

D. M.

**ROSELL, Pedro: "Crímenes y delitos contra la cosa pública. Derecho penal dominicano" (parte especial).—Ciudad Trujillo, 1946.—360 págs.**

Siempre merecen una atención especial y una mejor y cuidadosa lectura los libros dedicados a la exposición y examen de los delitos en particular, por ser la parte más abandonada del Derecho penal, y esta exposición y análisis del Dr. Rosell más, por referirse a los que ofrecen una mayor dificultad en su exposición, que es menos propicia que las de cualesquiera otros a que el autor muestre su formación jurídico-penal fundamental.

La exposición y análisis se hace sobre el Código penal dominicano, tan servicial seguidor del francés, que el autor empieza advirtiendo que su obra se dirige, sobre todo, a marcar las diferencias entre un Código y otro, y está destinada a los estudiantes para poner en sus manos algo más que un deficiente Compendio y algo más que un Tratado magistral, según sus palabras.

Esta limitación de objetivo le lleva a apostillar su obra exclusivamente con opiniones de autores franceses—sólo cita que no lo sea, y una sola vez, a nuestro Cuello Calón—, y con citas de la Jurisprudencia francesa, que fijan la interpretación dada a los preceptos del Código de origen, para mejor comprensión del derivado.

La necesidad de ceñirse a un texto legal le hace aceptar la terminología y sistemática de aquél, aunque alguna vez la rechace, como la denominación de crímenes y delitos contra la paz pública—falsedad, cometidos por los funcionarios públicos en los ejercicios de sus cargos, por los mi-

nistros de cultos en el ejercicio de su ministerio, contra la autoridad y sus agentes, asociación de malhechores, vagancia y mendicidad, publicaciones clandestinas y sociedades y reuniones ilícitas—por no ver entre ellos más característica común, más lazo de unión que la voluntad del legislador, y, sin embargo, es en esta parte, y sobre todo en el estudio de los delitos de falsedad, donde más se ahonda su análisis y toma vuelo su concepción doctrinal.

Es, en resumen, un libro muy útil, no sólo para los estudiantes dominicanos, a quienes va dirigido, sino para el que trate de estudiar los efectos de la ingerencia del Derecho francés en los hispano-americanos, y de la transplantación de la Ley penal francesa a los países de nuestro idioma y cultura.

D. T. C.

**DONALD R. TAFT: "Criminología".—The MacMillan Company.—New York, 1947.—708 págs.**

Esta cuarta edición de la obra del profesor de Sociología de la Universidad de Illinois, publicada por vez primera en abril de 1942, y la precedente en julio de 1945, se ofrece ahora a los lectores en un volumen dividido en 40 capítulos, y éstos en cinco partes, además de un prefacio y dos índices alfabéticos: uno de autores citados en el texto y otro de materias tratadas.

En la primera de dichas partes se abordan los problemas relativos a la naturaleza y trascendencia del delito, a la estadística criminal, haciéndose también una reseña histórica de las ideas criminológicas, que concluye con la consideración de las tendencias y métodos modernos sobre la materia.

La parte segunda se dedica al examen de los factores que determinan la criminalidad o influyentes en la misma.

La parte tercera, la más extensa, contiene un comentario histórico-crítico de las penas, de la Ley penal, de todos aquellos establecimientos, sistemas e instituciones relativos al tratamiento seguido con los delincuentes adultos.

A la juventud delincuente, con especial consideración de la prevención del delito, se consagra la parte cuarta, y, tras ella, concluye la obra con un capítulo en el que se enuncian breves conclusiones que, según frase del mismo autor, entrañan problemas de mayor amplitud que el de la delincuencia "doméstica". Téngase presente, como explicación de esto último, que dicho capítulo va precedido de un epígrafe atrevido, aun desde el punto de vista técnico: "La nación delincuente", y que el propio Mr. Taft manifiesta que su obra se contrae al estudio del delito y de su tratamiento en los Estados Unidos.

Comienza el libro negando que ciertos hechos reprobables sean absolutamente reconocidos como delitos, incluso en idénticas circunstancias de lugar y tiempo, y, si bien se reconoce en aquél que la "opinión pública" es la que automáticamente indica qué hechos merecen el concepto de de-

lictivos, no se oculta que, aun cuando dicha opinión influye en la promulgación de las Leyes penales, éstas nunca se han visto exentas, en su elaboración, de criterios que suelen responder a exigencias de intereses especiales, "de grupo", cuando menos. También se destaca la facilidad con que ciertos actos, transgresiones más bien de índole moral, pasan de su orden propio a la esfera penal por el mero voto de las legislaturas.

Se destaca seguidamente la diferencia entre el concepto legal y el social respecto al delincuente, caracterizándose el primero por un criterio retrospectivo ("es delincuente el que ha perpetrado un crimen determinado"), mientras que el segundo, el social, se preocupa por la peligrosidad "futura" que el sujeto pueda ofrecer.

Dentro del criterio de la peligrosidad se mantiene que ésta no debe deducirse de la gravedad del hecho realizado o del horror que haya despertado en el público, sino de las circunstancias personales del sujeto.

Se incluye entre los "peligrosos" a los "cómplices", grupo del que, a su vez, se dice forman parte, no solamente los que sin participar directa y materialmente en el crimen lo planean, sino también los que amparan los manejos criminales y los que reciben los efectos del delito con exclusivo ánimo de lucro.

Para Mr. Taft la Criminología, considerada en su sentido más amplio, debe explicar el proceso social determinante de la "colisión entre humanos" que el delito implica, la reacción del perjudicado en dicha colisión, el hecho de que ciertos grupos consideren como inmorales tan sólo ciertas transgresiones, el de que algunas de éstas se conviertan en delitos, el de que unos delincuentes sean castigados o tan sólo "tratados", debiendo preocuparse también de que, con ese último objeto, se elaboren los programas adecuados.

Tras aludir al interés que la criminalidad despierta en el ámbito popular, al gasto oficial y privado que el crimen representa—y todo ello para destacar la importancia de los estudios criminológicos—, alude a otros fenómenos, entre los que cita determinados sistemas económicos y sociales que, en opinión del autor, entrañan más peligro social que el propio "delito técnico"; si bien aclara que con ello no se pretende disminuir la trascendencia de este último, sino poner de relieve que dichos fenómenos—a los que califica de "cuasi-delitos"—deben tenerse en cuenta por ser frecuentemente "factores genésicos del crimen en su más estricto sentido".

La estadística penal tiene para la criminología el valor que para toda ciencia tiene la medida: conocerse la frecuencia del delito en un lugar y espacio de tiempo dados para así comprender mejor sus causas, prevenir su repetición y proceder más eficazmente con quienes lo cometen.

La historia de la Criminología (la historia de "los esfuerzos sistemáticos para explicar el delito") es para Taft breve y reciente. Antes del siglo XIX—dice—el hecho delictivo se explicaba ya como una voluntaria elección de lo malo, bien por hallarse el delincuente sujeto a un poder sobrenatural que le impelía a cometerlo. Sin embargo, en las obras de la Escuela clásica, particularmente en la de Beccaría, reconoce ya una

concepción menos sobrenatural y "más racional", influida por la filosofía utilitaria franco-británica.

En la Escuela neoclásica advierte algunas excepciones al criterio basado en el libre albedrío: exención de responsabilidad por edad, por adolecer de ciertas enfermedades mentales; reconocimiento de algunas circunstancias modificativas. Aun negando a esta última Escuela la iniciativa de la Criminología científica, atribuye a sus principios el fundamento del moderno Derecho penal.

Destaca a continuación el papel desempeñado por Adolfo Quetelet al subrayar éste la uniformidad advertida entre las estadísticas de diferentes años; el de A. M. Guerry, al mostrar en gráficos la distribución ecológica del delito; y, después de aludir a los precedentes sentados por Gall y Broca, Pinel y Morel, aboca a las conclusiones de Lombroso, de quien dice es erróneo considerarle el padre de la Criminología científica, censurándole la sobrestimación que otorgó al aspecto físico de la personalidad y al factor hereditario.

Las aportaciones de Ferri se resumen en la negación de la responsabilidad por actos que aquél concibe como consecuencia inevitable de las condiciones que han influido en la vida del delincuente.

Agrupada después Taft los criterios modernamente adoptados en la investigación del delito bajo dos categorías: subjetivos y objetivos. Los primeros, enfocados al aspecto antropológico, médico, biológico, psicológico, bioquímico, psiquiátrico o psicoanalítico. Entre los objetivos reseña los de orden geográfico, ecológico, económico, social, sociológico y cultural. Este último caracterizado por su especial atención a las instituciones y valores sociales diversos determinantes de la formación de grupos, de los "conflictos" entre éstos y de la desorganización social resultante de los mismos.

Posteriormente, analizando las relaciones entre los rasgos de la personalidad y el crimen, niega se haya descubierto el "tipo criminal", aunque admite que en casos concretos las enfermedades físicas y las deficiencias mentales ayuden a comprender la comisión del delito. En cuanto a las enfermedades de la mente, son para el autor más bien una consecuencia del hábito delictivo que sus causas.

Aunque problema muy peculiar de los Estados Unidos—si bien no exclusivo de este país y por ello de más amplia trascendencia para el investigador—, citemos la tesis de Mr. Taft sobre la "criminalidad del negro": la excesiva delincuencia que en esta raza advierte estima se halla en gran parte provocada por los conflictos latentes entre la misma y la blanca, agravados por actos de violencia, provocaciones, malos tratos y faltas de urbanidad por parte de esta última.

Con respecto al papel que desempeña la inmigración, afirma que, en conjunto, los inmigrantes implican menos criminalidad que los naturales, si bien ciertos delitos parecen aumentar como consecuencia de la inmigración; que en ciertas nacionalidades se registra una elevada cifra delictiva, seguramente con motivo de adversas condiciones de vida y también en parte dice, que debido al nivel cultural característico de algunos grupos.

Todo ello sin olvidar el difícil problema de adaptación de los menores llegados con las inmigraciones más recientes.

Analizando el factor económico, señala como frecuentes desventajas el paro o el empleo irregular, ciertos trabajos infantiles y la ocupación de las madres.

La desorganización familiar, producida por muerte de los padres, abandono o divorcio, es para Mr. Taft otro de los factores criminógenos, juntamente con la adscripción del sujeto a ciertas barriadas que, desde niño y por el mero hecho de vivir en ellas, le improntan una sensación que afecta a su personalidad y a su conducta.

Lo que precede se relaciona, a su vez por el autor, con la propensión a integrar bandas o "pandillas", producto, a su entender, del sistema económico-social americano, frecuente en las grandes ciudades.

A continuación se ocupa la obra de la influencia de la prensa como institución social: enseñando la técnica del crimen, quitando a éste importancia, cuando no haciéndole aparecer atractivo o provechoso; prestigiando al criminal o incluso ridiculizando a la justicia o sugiriendo medidas que más bien provocan el incremento de la delincuencia.

Analizando diversos elementos y tendencias, que reputa también característicos de la cultura americana, y entre los que destaca su dinamismo, su complejidad, su materialismo, el relajamiento de relaciones entre miembros de grupos tradicionalmente esenciales, con la consiguiente preponderancia del nexo de "obligada lealtad" a componentes de otras colectividades más artificiales, la inconsecuencia entre los principios morales sustentados y la práctica de los mismos, se llega por el autor a la conclusión de que tales rasgos, como sintomáticos de "conflictos" de orden diverso, son asimismo determinantes de la criminalidad.

Examinando después los problemas del alcoholismo y de la consumición de drogas heroicas, opina Mr. Taft, en cuanto al primero, que las leyes prohibitivas o restrictivas han determinado más criminalidad que la que hubiera podido producirse directamente por su uso. Y respecto a la narcomanía, no sólo cree que son más perniciosas en tal sentido las medidas oficiales dirigidas a limitar el consumo de drogas, en cuanto provocan las infracciones determinadas por la restricción y encarecimiento de aquéllas, sino que incluso ve una posible disminución del crimen mediante tales hábitos al atribuirles efectos sedativos de la sensación de fracaso, frecuente, a su entender, entre los aficionados a dichos productos.

Ante la escasez de espacio, concluiremos esta reseña recogiendo, como notas más salientes del resto de la obra del profesor Taft, su criterio sobre la "prevención del crimen" y la teoría, o conclusiones más bien, que sustenta en su capítulo último, intitulado "La nación delincuente".

La prevención del delito sólo puede acometerse, según el autor, mediante la identificación de los menores propensos a delinquir, de los "enemigos públicos" y adultos promotores de la criminalidad. A través de las instituciones y mediante el establecimiento de condiciones más adecuadas a combatir la desmoralización ciudadana. Toda labor constructiva ha de llevarse a cabo principalmente a través de las clínicas de orientación juvenil (en donde habrá de recurrirse a los servicios médicos y sociológi-

cos), fomentando la formación del carácter de los alumnos en las escuelas públicas, la preparación de los padres, seleccionando los métodos recreativos y ocupaciones, tanto de los menores normales como de los que se hayan hecho acreedores a un correctivo, y fomentando finalmente la coordinación de cuantos organismos consagren sus esfuerzos a la lucha contra el delito, procurando que en ello predomine el criterio de "control social".

Acaso el único síntoma constante que Mr. Taft advierte en el delito, conceptuado como fenómeno cultural, es la existencia de un conflicto, psicológico o social primordialmente. En el referido capítulo último alude a la guerra como el más relevante de los conflictos y, tratando de hallar una posible trascendencia de los estudios criminológicos para el "control de la guerra agresiva", sienta postulados como el de que el crimen y la guerra son similares en sus efectos inmediatos y que ambos fenómenos son productos de una cultura determinada, "en parte, de la propia de las modernas naciones industrializadas". Y así como la cultura americana—prosigue—se caracteriza por lazos de grupo, de lo que es un ejemplo el "gang", una de las causas fundamentales del crimen, considera que el nexo determinante de los "nacionalismos" sea acaso el principal motivo de la guerra.

Tales premisas inducen, sin embargo, al autor a sentar asimismo las conclusiones siguientes: "No hay diferencia esencial entre unas naciones y otras; tanto éstas como los individuos son agresores o criminales en potencia, pacíficas aquéllas en sus relaciones recíprocas o armónicas éstos en su conducta social; todo ello según las respectivas condiciones determinantes. Para prevenir la guerra, como para evitar el delito, ha de atenderse antes a satisfacer las necesidades universales que a la discriminación, con efectos punitivos, de las naciones agresoras o pacíficas, o de los individuos criminales o normales".

José SANCHEZ OSES  
Secretario de Audiencia Territorial.

**SALVAGNO CAMPOS**, Carlos, catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo y miembro honorario de la Sociedad Argentina de Sexología, Biotipología y Eugenesia: "El derecho a la maternidad sin pecado".—Librería Universitaria. Julio S. Torino.—Montevideo, 1949.—135 págs.

En este libro, el ilustre catedrático de la Facultad de Derecho de Montevideo estudia detenidamente, con la claridad y perfecta sistemática a que nos tiene acostumbrados, la serie de problemas jurídicos a que da lugar la fecundación artificial de la mujer.

Nos dice que empezó este trabajo a requerimiento del Dr. Augusto Turenne, catedrático de la Facultad de Medicina de Montevideo, quien lo solicitó para que escribiese un capítulo jurídico para una obra que pensaba producir sobre la fecundación artificial de la mujer; y que con esta obra—que se publica independientemente por haber fallecido recientemente el profesor Turenne sin haber podido realizar su propósito—sólo pretende "representar fielmente el proceso de nuestras ideas, provocado por la preocupación de prever todas las primeras consecuencias que, dentro de un

juicio que consideramos, desde luego, recto, podría explayar para el jurista, para el político o para el sociólogo, la práctica científica de la *inmissio siminis*, destinada a producir la consciente maternidad.

Divide su trabajo en dos partes: "La fecundación artificial de la mujer, considerada jurídicamente en sus aspectos generales" y "La fecundación artificial de la mujer en sus aspectos concretos frente al actual Derecho positivo".

En la primera parte estudia temas tan interesantes como los siguientes: La fecundación artificial de la mujer como práctica y sus principales consecuencias sociales; La fecundación artificial de la mujer como fenómeno de la vida real; La fecundación artificial de la mujer como acto de voluntad; La fecundación artificial como causa y objeto civiles de obligaciones; La fecundación legal de la causa y del objeto lícitos en los contratos; El presupuesto sociológico del Derecho positivo para la congrua valoración de sus índices éticos; La fecundación artificial y las buenas costumbres; La fecundación artificial y la moral; etc.

En la segunda parte son objeto de estudio los siguientes problemas: La fecundación artificial ante la ciencia de la legislación positiva; La fecundación artificial legítima, dentro del matrimonio, con el consenso de ambos cónyuges; La fecundación artificial legítima, dentro del matrimonio, sin el consenso de ambos cónyuges; La fecundación artificial extraconyugal, dentro del matrimonio; El aspecto médico legal; La fecundación artificial de la mujer libre, y El carácter estrictamente contractual de la fecundación de la mujer libre.

Como final de este interesante trabajo figura un apéndice en el que el autor estudia con todo detenimiento el problema con relación a la mujer libre en el aspecto político-social.

C. C. H.

**TAPPAN, Paul W.: "Juvenile delinquency" (La delincuencia juvenil).—**  
1.<sup>a</sup> ed.—McGraw-Hill Company, Inc.—New York, 1949.—613 págs.

El autor, de quien ya tendrán noticia nuestros lectores por su monografía "Delinquent Girls in Court" (1), además de ser profesor de Sociología en la Universidad de New-York, goza de gran reputación en los Estados Unidos como persona versada, no solamente en Derecho, sino también en psicología y "patología social", a cuyos conocimientos recurre para abordar los problemas criminológicos, ceñidos en el presente caso a los que suscita la juventud delincuente.

En su breve "Prefacio" nos anticipa el profesor Tappan la finalidad que se ha propuesto con este libro: proporcionar a los estudiantes de Sociología, a juristas e incluso a profanos en estas cuestiones el resultado, compendiado y puesto al día, de las investigaciones que se han venido

(1) Cuya reseña publicó este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES en la página 159 del primer fascículo del tomo I.

realizando sobre la delincuencia de niños y adolescentes, principalmente en orden a su etiología, a los problemas judiciales y a su tratamiento.

El desarrollo de la obra se atiene al propósito enunciado por su autor, pues en las cuatro partes en que divide aquélla estudia sucesivamente, tras la naturaleza y extensión de la delincuencia juvenil, sus causas, la intervención judicial y el tratamiento que ha de aplicarse a dichos delincuentes, incluyendo el nada desdeñable aspecto de los métodos preventivos. Dedicó tres breves apéndices a la reseña de algunas decisiones judiciales, a la acotación de varias leyes antiguas de los Estados de Illinois, Massachusetts y New-York (en cuanto adoptaban un criterio especial para los delincuentes menores), y a la aportación de varios casos suministrados por un Oficial del Departamento de Prueba. Se concluye el libro con sendos índices: bibliográfico uno y referido a cada capítulo de la obra, alfabético otro de autores citados, y también alfabético, aunque de materias, el último.

Es innegable la importancia que ofrecen las cuestiones objeto del presente libro, máxime ahora en que el incremento de la delincuencia infantil reviste caracteres que, sin incurrir en exageración, podemos calificar de alarmantes.

En la primera parte comienza Mr. Tappan poniendo de relieve dos conceptos principales del fenómeno "delincuencia", caracterizado el primero por el formulismo normativo, y preocupado el segundo por resolver el problema de la inadaptación del individuo; problema complejo en cuanto abarca todos los aspectos de las conductas desviadas de la normalidad psicológica, social, económica o, a veces, hasta "legal".

Ambos criterios, cuya respectiva postura en razón al sujeto común sintetiza Mr. Tappan en las expresiones "delincuente" e "inadaptado", logran una atenuación del recíproco contraste combinando sus esfuerzos a través del moderno "tribunal juvenil", donde la tendencia "legalista" cubre su cometido aplicando ciertos criterios abstractos (garantías para el procesado, por ejemplo) o, a lo sumo, acordando tratamientos preventivos para los menores.

Por su parte, el criterio "clínico", fundamentalmente "sociológico", culmina en dichos tribunales con la tesis de que su misión, más en velar por el cumplimiento de formulismos procesales, estriba en el cuidado, protección y beneficio del menor.

Sin embargo, el maridaje entre ambas técnicas puede adolecer de inconvenientes según predomine en el tribunal juvenil un criterio u otro: que el menor sea sometido a un tratamiento de alcance punitivo o, por el contrario que muchachos cuya conducta no es susceptible de sanción, se vean expuestos a los efectos nocivos de la rígida mecánica o que se ven constreñidos tales organismos.

El autor califica de "imprecisas" y nada satisfactorias las concepciones de predominio "legalista" y, resumiendo las consideraciones dedicadas al problema de la etiología de la delincuencia, que reputa difícil, señalando la falacia (aun a base del empleo de métodos clínicos) de la distinción cualitativa entre delincuentes y no delincuentes, analizando las fisuras que pueden ofrecer los sistemas que recurren a los factores genésicos, o a la

identificación de determinados rasgos en un momento dado de la vida del sujeto; siente la tesis de que la propia conducta del delincuente, pese a las limitaciones que exige su valoración como síntoma, es el índice más exacto para justificar la intervención de los tribunales, siempre que aquella se analice atendiendo a los factores constitucionales, psicológicos y sociales.

En la parte segunda de la obra, y después de una reseña evolutiva de las diferentes explicaciones que se han venido dando al delincuente y a la conducta criminal, señala, entre las recientes, dos corrientes fundamentales: la de los factores causales múltiples y la de la investigación orgánica. Bosqueja aquellas teorías más en boga en los últimos años: la desarrollada por Clifford Shaw, que designa con el nombre de "zonas delictivas"; la de Edwin H. Sutherland, o de la "criminalidad sistemática"; la iniciada por Viernstein y Adolfo Lenz (1924-27), que diferenció los influjos "endógenos" y "exógenos", resumida por Walter Reckless en su "Etiología del delincuente y de la conducta criminal" (1943) y de la que se diferencian poco las tesis aducidas por los norteamericanos Lindesmith y Dunham (1941); la de Guillermo Healy y Augusto Bronner, dedicada a resaltar la interesante relación entre aquellas dos categorías de factores, nexo determinante del conflicto emocional registrado principalmente en los menores y que ha conducido a que los análisis psiquiátrico y psicoanalítico extiendan su investigación a los "motivos" primarios, inconscientes o impulsivos de la conducta. Concluye Tappan este capítulo refiriéndose a las teorías de Freud sobre el particular, que, si bien reconoce han sido revisadas por la "psicología ortodoxa", considera comúnmente adoptadas, ofreciendo como ejemplo de ello el siguiente esquema trazado recientemente por Alexander y Staub para clasificación de los criminales: a) el criminal AGUDO, tipo de infractor involuntario, impulsado por circunstancias extremas poco frecuentes; b) el CRONICO, producto de etiología social, que encuentra su más exacta expresión en el "gangster"; el NEUROTICO, de motivación psicológica cuya conducta es sintomática de ansiedades y conflictos latentes; y d) el PATOLOGICO, en quien el desarreglo se halla condicionado por un proceso morboso de índole orgánica.

Consagra Tappan especial atención al delincuente NEUROTICO, tipo al que la psicopatología moderna adiciona la "personalidad psicopática" (caracterizada por deficiencias en la inhibición). También atiende a la categoría de PSICOTICOS FUNCIONALES, a la que pertenecen tipos aun más desviados de la normalidad psicológica (esquizofrenia, psicosis, maniacodepresivas y paranoias), anotando la opinión de otros tratadistas, como Bradley, Radzinowicz, J. W. Turner, A. Niven, D. K. Henderson y R. D. Gillespie, de que aquella variedad de dichas psicosis conocida por "hebefrenia" aparece más frecuentemente en la juventud del sujeto. Como pertinentes a la clase más importante de la etiología psicológica de la delincuencia recoge los casos de inseguridad emotiva, sentimientos de inferioridad y demás supuestos que W. I. Thomas simplifica bajo la rúbrica de "decepciones" ("The Unadjusted Girl", 1923), ocupándose después ampliamente del estudio de Healy y Bronner, donde se aboca a la conclusión de que los menores más frecuentemente "contrariados, despreciados

o inquietados" encuentran satisfacción de sus ansias psicológicas por cauces que conducen al delito (*New Light on Delinquency and its Treatment*").

Partiendo de la estrecha relación entre los factores orgánico-constitucionales y los psicológicos, examina Mr. Tappan diversos estudios sobre influjos hereditarios, sobre los que ejerce la insuficiencia tiroidea en la personalidad y su adaptación; cuestiones éstas que estima objetivamente analizadas por R. G. Hoskins (*"The Tides of the Life"* (1933), aunque no puede por menos de recordar el escepticismo mostrado al respecto por M. F. Ashley-Montagu (*"Ojeadas biológicas sobre el crimen"*, 1941).

Al ocuparse de las psicosis orgánicas y lesiones cerebrales, insiste en el importante papel que juegan dichas psicosis: de ahí sus conclusiones respecto a la "paresis" (psicosis avariósica), mal al que atribuye una irritabilidad o inestabilidad emocional que pueden provocar la delincuencia; efectos que asimismo señala a la epilepsia y a la encefalitis letárgica, invocando sobre esto último el testimonio de M. Nolitch (*"Post-encefalitis crónica en delinquentes jóvenes"*, 1935).

A partir del capítulo VII, aborda el autor el aspecto sociológico en la etiología del delito, y dedica sendas páginas a la familia, núcleo sobre el que desempeñan decisivo influjo factores que examina seguidamente: la pobreza, el paro, etc.; sin omitir, mientras de ello trata, los antecedentes morales, raciales, culturales y, a continuación, para revista a los medios de esparcimiento, reuniones y espectáculos.

Más ampliamente examina los efectos registrados en la juventud durante la última guerra, indicando como motivos directos de ciertos estragos la ausencia paterna del hogar y la evacuación de las ciudades. Anota también el incremento advertido durante la pasada conflagración en los delitos sexuales.

Posteriormente aboga por que se afronte la "inestabilidad cultural" contemporánea, que no podrá remediarse tan sólo con medidas legales, ineficaces como asevera Hermann Maunheim en su *"Criminal Justice and Social Reconstruction"* (1946).

En la parte tercera de la obra examina Mr. Tappan el criterio legal en orden al castigo de los menores, remontándose al Derecho antiguo sajón, donde ya se admitía la imposibilidad de declarar "responsables", al menos de delito grave, al que no hubiese cumplido doce años, condicionándose tal declaración a la capacidad respectiva cuando el culpable oscilaba entre esa edad y los catorce años.

Ciñéndose a los Estados Unidos, manifiesta que en la primera parte de la décimonovena centuria fué sustituido el sistema de penas corporales, principalmente la capital, por el encarcelamiento, implantándose a mediados del propio siglo, con desarrollo creciente, instituciones especiales para jóvenes que precisaban un tratamiento diferente. Otro factor decisivo fué el régimen de prueba ensayado en Boston por John Augustus en 1841. Refiere seguidamente que el Estado de Massachusetts asignó en 1869 un oficial del Departamento de Beneficencia a los tribunales juveniles, encomendándole, sobre todo, velar por la colocación del menor en

casas de adopción. Esa Ley, como la promulgada en 1899 por el Estado de Illinois (primero del mundo en instaurar tal clase de tribunales), son transcritas en su parte esencial en los "Apéndices" de la obra. Finaliza esta reseña legislativa con la alusión a Wyoming como último Estado de la Unión que capituló (1945) en su resistencia a implantar la jurisdicción aludida.

Dados el espacio y alcance de esta reseña, y, sobre todo, por la sistemática de la obra, se explicará el lector sea forzoso desistir de una completa transcripción de las conclusiones respecto al método aconsejable en los tribunales para jóvenes, donde la justicia que aplican debe caracterizarse por su individualización extremada; o de la intrincada descripción de los problemas de la delincuencia de los adolescentes, los que crea su emancipación, el característico desarrollo en sus emociones, cuestiones todas que sirven de fundamento a la tesis favorable a los tribunales especializados para esta clase de menores, de los que son antecedente el "Chicago Boy's Court" (establecido en 1914), la "Men's and Women's Misdemeanant Division", de Filadelfia (1915), organismos ambos aventajadamente copiados en New-York, donde en 1935 se inaugura el primer tribunal para adolescentes gracias al empeño de la Oficina de Beneficencia pública de Brooklyn.

Del criterio de Mr. Tappan sobre el juez de menores, baste decir le asigna dos tareas fundamentales: DISCERNIR, de entre los jóvenes que se le presenten, cuáles son delincuentes, y DETERMINAR las medidas que han de aplicarse a los que así califica; misiones éstas distintas de las del juez ordinario, tanto por la peculiaridad del sujeto como por las bases en que se han de asentar las decisiones de dicho funcionario.

Entre los tratamientos que vienen aplicándose para hacer frente a la criminalidad, hace especial mención del régimen de prueba, que en Norteamérica evoluciona a través de la remisión parcial de la condena, de la libertad condicional o de la suspensión temporal del fallo condenatorio, todo ello condicionado por la buena conducta del procesado y en aras de su posible reforma.

Otro aspecto del que el autor hace capítulo aparte es el de la "detención", que cree debe sustituirse por método análogo al de "bajo palabra".

Seguidamente se ocupa la obra de la "escuela correccional", fechando su primer ensayo en 1704 con la fundación en Roma, por Clemente XI, del Hospital de San Miguel para "la corrección e instrucción de la juventud afligida". Recuerda asimismo el profesor Tappan las "feeding" y "ragged schools" como muestras de la iniciativa privada inglesa en pro de los niños abandonados, abordando luego el desarrollo de un programa tipo para las instituciones correccionales, en el que se descarta la "política" y la "mezquindad", en lo que atañe a dotación del personal encargado, el cual debe estar especializado en pedagogía, psicología y sociología, y cita como ejemplos de lo que puede lograrse en este sentido la "Hawthorne Cedar Knolls" y la "State Training Cchool" para muchachos, en Narwick (New-York).

Entre las cuestiones de régimen interno que suscita la consideración de

esa clase de instituciones, hace hincapié en la relativa a medidas disciplinarias, oponiendo a las arcaicas, y consistentes en castigos corporales, restricción de raciones alimenticias, etc., las que estriban en concesión de recompensas o privación de privilegios, aunque mejor aún le parece el sistema de "autogobierno", como el seguido en la "Children's Village" y en la "George Junior Republic".

Sin desdeñar las enseñanzas técnicas a los corrigendos, supedita cualquier programa al propósito de capacitarles para que desempeñen un papel adecuado en la sociedad cuando a la misma se reintegren.

Concluye la obra con el examen de los sistemas "preventivos", considerándose que el fracaso "relativo" de los mismos obedece a la incertidumbre existente respecto a la etiología del delito; pudiendo resumirse la aspiración que el autor alienta, no en la absoluta prevención del crimen o en la corrección total de los delinquentes, sino en la reducción de las "inadaptaciones que engendra la cultura contemporánea".

\* \* \*

Esta es la reseña de una obra que entraña un programa completo de criminología juvenil. El propósito de su autor no es ofrecer una tesis o una monografía más; por el contrario, ha pretendido proporcionar una minuciosa y selecta sistematización de criterios doctrinales, históricos y positivos cuyo sola búsqueda, entre tanto como se lleva escrito y trabajado en la materia, revela lo ímprobo de la tarea realizada.

No espere el lector encontrar en ella soluciones rotundas: confórmese con tener a su alcance una ordenada exposición de resultados obtenidos en el campo de la criminalidad infantil, la serena apreciación de causas que constituyen su etiología y la crítica ponderada de instituciones o métodos rebasados en sus posibilidades por la profusión ascendente del delito entre la juventud.

Adolece, sí, la obra de cierto exclusivismo "americanista"; mas bien puede perdonarse tal desvío a quien se contrae a una rama de la ciencia penal que precisamente en Norteamérica, es forzoso reconocer, logró una actualización que no pudo conseguir en el propio país donde tuvo su enunciación primera.

En cuanto al criterio personal del autor—y prescindiendo, por impedirlo la ocasión, de la controversia que suscitan sus afirmaciones sobre ciertos postulados "freudianos", la clasificación que admite de tipos delinquentes y el valor que otorga a determinadas causas psicológicas—, baste decir que es más bien el propio de un compilador con afanes constructivos que el de un "ecléctico", pues este calificativo no cuadraría en un investigador como Mr. Tappan, que hace caso omiso de "escuelas" para consagrar en este libro todo su empeño al aprovechamiento de cuantos materiales cree útiles para la estructuración de un programa eficiente en la lucha contra los complejos motivos de la criminalidad infantil; empeño éste a cuyo respecto los resultados que ya recoge la obra nos inducen a ser menos escépticos que cuando por vez primera se oyó hablar de "un Derecho penal en formación".

TRUEBA URBINA, Alberto: "Derecho penal del trabajo".—Ediciones Botas.—México, 1948.—245 págs.

Responde su título y contenido a un discurso de ingreso en la Academia mejicana de Ciencias penales. El Derecho penal y el Derecho del Trabajo son, para el autor, "ramas especiales de la ciencia jurídica, influidas en sus diversos fenómenos por la Biología, la Sociología, la Economía y la Filosofía". De aquí el parentesco entre el Derecho penal y el Derecho del Trabajo, parentesco que se afirma por el hecho de que el Derecho punitivo es garantía de seguridad y el del trabajo título de emancipación y sustantividad propia. Concebido el Derecho penal del trabajo como disciplina jurídica que tutela penalmente las relaciones de trabajo en la obra económica de la producción, nació al margen y espaldas del Derecho civil y del Derecho administrativo, en sentido de reacción contra la libertad de contratación en el trabajo y la libertad industrial, que absurdamente utilizadas impiden y estorban la intervención del Estado en la vida laboral; viene a constituir un producto jurídico emanado del taller, de la oficina y la fábrica, gestado en la vía pública. No fué el Derecho laboral—el vocablo más correcto para regular las relaciones entre el capital y el trabajo, en funciones de la tutela de éste—un Derecho de laboratorio, forjado por juristas, economistas y sociólogos, sino un Derecho popular, impuesto por la naturaleza humana y por las condiciones vitales del empleado y del obrero. Este orden jurídico contractual se mantiene rigurosamente mediante la aplicación de las sanciones penales, tipificando delitos contra la libertad de trabajo y contra la economía. Muchas figuras delictivas laborales son recogidas y comentadas por el tratadista en las Leyes de Indias, en los Códigos penales de 1881, Decreto de 1916, Constitución política de 1917, Código penal de 1929 y Código penal de 1931, que tipificó los delitos laborales de revelación de secretos contra la libertad de trabajo e industria, prestación obligada de servicios sin retribución, reducción a servidumbre, robo de dependiente o doméstico, robo de dueño, robo a clientes y fraude al salario. La Ley Federal del Trabajo, de dicho año, contempla las siguientes infracciones: fraude al salario, violencia física o moral en las huelgas, huelga ilícita, impedir la reanudación de labores cuando la huelga se declare inexistente o ilícita, participación de extraños en las huelgas declaradas inexistentes o ilícitas, incumplimiento de trabajos sobre salario, jornada y descansos y paro ilegal.

El prólogo de la obra y salutación al nuevo académico está escrito por Carrancá y Trujillo, donde se resalta la misión docente, publicaciones científicas y tareas encomiásticas en cargos oficiales de Trueba Urbina.

# REVISTA DE REVISTAS



## **A R G E N T I N A**

### **“ L A I E Y ”**

**Julio-agosto-septiembre 1947**

#### **MARC Ancel: “LA ORDENANZA DE 2 DE FEBRERO DE 1945 SOBRE LA INFANCIA DELINCUENTE”.**

Comienza el autor destacando la importancia de la ordenanza de 2 de febrero sobre toda la anterior legislación francesa, referente a los menores delincuentes. Recoge unos datos estadísticos demostrativos del aumento de la delincuencia infantil en la postguerra de 1914, comparándolos con los recogidos a la terminación de esta última guerra. A tal extremo llegaron las cosas en la actual postguerra, que el Gobierno de Vichy tuvo que dar en 1942 una ley sobre la materia, si bien no llegó a producir los resultados apetecidos, ya que se resentía del espíritu del régimen que la había inspirado y no fueron creados ni los Tribunales ni los centros que en ella se señalaban.

La ordenanza de 1945 introduce numerosas innovaciones sobre los anteriores textos legales que regulaban la materia: Código penal de 1810, Leyes de 1850, 1912 y 1942. Las principales reformas son: 1.º) Consagración del principio de la irresponsabilidad penal del menor delincuente; 2.º) La constitución de verdaderos Tribunales para niños según un sistema enteramente nuevo; 3.º) Concesión de amplios poderes al “Juez de niños”, 4.º) Desarrollo de todas las medidas propias para la reeducación del delincuente joven.

Pasa luego a estudiar cada una de estas reformas e innovaciones en comparación con la legislación anterior, concluyendo con una exposición de las ventajas que la nueva ordenanza reporta, cuyos resultados prácticos aún es demasiado prematuro enjuiciar.

**Enero-febrero-marzo 1948**

#### **R. AFTALION, Enrique: “EL SABER DE LOS JURISTAS COMO CONOCIMIENTO POR COMPRESION”.**

Todo el presente trabajo del profesor Aftalión se reduce a hacer una aplicación al Derecho Penal del método egológico, para el conocimiento de la realidad jurídica.

Para ello parte de científicidad del Derecho como un valor entendido, y por eso mismo el jurista ha de entrar en el fondo de sus actos de conocimiento, planteándose con ello una cuestión de método.

De acuerdo con la escuela egológica, considera al Derecho como un ente cultural—interferencias intersubjetivas—, distinto, por tanto, de los objetos matemáticos y de los naturales. Partiendo de la afirmación de Dilthey de que “la Naturaleza se explica, la vida del espíritu se comprende”, expone en qué consiste esta comprensión, que no es otra cosa que ver el sentido, llegando a la conclusión de que el conocimiento por comprensión es el único con que puede captarse la realidad jurídica. Pero este conocimiento no se agota con saber cuáles fueron las representaciones y cuáles sus motivos. Este sería un mero conocimiento psicológico contra el cual debe el jurista ponerse en guardia. Debemos elevar nuestro conocimiento jurídico al plano de lo valioso. De aquí parte una distinta concepción de la voluntad por parte de los psicólogos y de los juristas: la voluntad jurídica es distinta de la psicológica, siendo la confusión de estos dos conceptos causa de intrincados problemas penales, principalmente en lo que se refiere a la culpabilidad.

El conocimiento por comprensión que ha de emplear el jurista, especialmente el Juez penal, debe ser una comprensión conceptual, frente a la comprensión emocional o sentimental que puede servir para captar otras esferas del hacer humano.

La valoración judicial está condicionada por dos poderosos elementos: de un lado, los preceptos de la Ley, y de otro, el ambiente; porque el Juez no vive en un trasmundo, sino que su existir es un coexistir con los demás en el mundo. Por eso hablamos de una comprensión conceptualmente emocional.

La tesis de que los juristas ejercitan un conocimiento por comprensión conceptual no modifica en nada las facultades judiciales, ni vulnera el principio de la separación de poderes, ni altera la forma tradicional de aplicación de las leyes.

Termina el autor su trabajo con una ojeada al panorama jurídico estadounidense, poniendo de relieve, como moraleja, lo utópico tanto de las teorías totalitarias como de las liberales puras en lo que a la creación y realización del Derecho se refieren, concluyendo con que la auténtica solución se da en una conjugación armónica de ambos ingredientes.

Abril-mayo-junio 1948

**CUETO RUA, Julio: “EL RACIONALISMO, LA EGOLOGIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS”.**

Todo el presente artículo es una polémica contra el señor Jiménez de Asúa sobre dos trabajos publicados por éste en esta misma revista acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Incluye el autor a

Jiménez de Asúa entre los racionalistas, poniendo de manifiesto el contraste existente entre el método racionalista y el egológico, único que puede emplearse con fruto en el conocimiento de la realidad jurídica.

Pasa después a examinar la diferencia entre Ciencia del Derecho e historia de la ciencia del Derecho, y a continuación analiza el concepto de persona jurídica a la luz de la egología:

El científico ha de ser un hombre neutral, ha de enfrentarse con la realidad sin prejuicios de ninguna clase, cuidando especialmente de evitar interferencias con conceptos políticos.

Dirige después sus esfuerzos a probar que la egología constituye una escuela de filosofía jurídica, ya que todos sus miembros, impulsados por unos mismos principios, van acumulando un saber coherente.

Termina el autor poniendo de manifiesto la íntima contradicción existente en los dos trabajos del tratadista español, ya que si en el primero de ellos, partiendo del concepto del delito como un hecho antijurídico y culpable, y siguiendo un método racionalista, llega a la conclusión de la imposibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el segundo entra en el estudio del distinto tratamiento de que es objeto esta responsabilidad en las legislaciones penales vigentes.

#### CARNELUTTI, Francisco: ¿DERECHO O DELITO DE HUELGA?

El profesor Carnelutti se plantea en este breve trabajo un problema de política legislativa. La huelga, ¿debe ser considerada como un derecho o como un delito? La contestación a este dilema ha sido contradictoria a través de la legislación penal italiana del presente siglo. Al principio, al Código Penal de Zanardelli la consideró como un derecho; posteriormente, el Código Penal Rocco de 1930 la incluye entre los delitos, y en la actualidad, la Constitución de 1948, cambiando de nuevo la situación, abroga el delito y proclama el derecho a la huelga. Ahora se pregunta el autor: ¿cuál de estas dos posiciones supone un avance en la vida del Derecho?

Para contestar a esta pregunta—dice el profesor Carnelutti—es necesario penetrar en la naturaleza de la huelga, que no es otra cosa que una forma de guerra. Prohibir la huelga es tanto como negar el derecho a hacer la guerra. Pero no se trata aquí de una guerra entre pueblos; el pueblo es una, pero no la única forma de colectividad social. Al lado del pueblo está la clase que tiende un vínculo a todos los individuos de la misma profesión, cualquiera que sea su nacionalidad. Cuando los obreros conquistaron la libertad de declarar la huelga, esa libertad significó la libertad de hacer la guerra.

Aspiración de todos es suprimir la guerra y establecer la paz; pero no basta con esto: es preciso que la paz sea justa. Al prohibir la huelga, no se trataba muchas veces de evitar el **combate**, sino que lo que realmente se trataba de evitar era el **debate**, y por eso hubo que reconocerle al obrero el derecho a la huelga como una forma rudimentaria de la lucha

de clases. Hasta aquí, el reconocimiento del derecho a la huelga supone un avance en el camino del derecho hacia la realización de la justicia. La huelga no puede prohibirse mientras no se dé a las partes del contrato de trabajo la posibilidad de lograr, por medio del Juez, el tratamiento de justicia que la otra parte no quiso reconocerle.

La Ley de 3 de abril de 1926, de carácter eminentemente corporativo y no fascista, establecía el proceso colectivo de trabajo, que venía a conseguir por medios pacíficos y jurídicos lo que la huelga se proponía obtener por la coacción. El Código del 30 consideraba a la huelga como una especie del género de delitos conocidos bajo el epígrafe de ejercicio arbitrario de propias razones.

Ahora podemos ya contestar a la duda que nos planteábamos al principio. No la inclusión en el Código penal italiano del delito de huelga, sino su abolición y sustitución por el derecho a la huelga en la Constitución del 48 es lo que constituye un paso atrás en el camino de la historia jurídica, precisamente porque la abolición de este delito lleva consigo la abolición del proceso colectivo de trabajo, que era el verdadero paso adelante. Pero esto no es más que un incidente que siempre son inevitables en todas las revoluciones, y no pasará mucho tiempo sin que resurja, como otras tantas instituciones corporativas; porque, lejos de encontrarse en pugna con el concepto democrático del Estado, representa más bien la forma moderna de resolución democrática de la cuestión social.

### C. NUÑEZ, Ricardo: ¿ES PUNIBLE LA HUELGA?

Comienza el autor haciendo un estudio del concepto jurídico de la huelga. Examina el problema del derecho a la huelga desde el punto de vista del Estado autoritario y del democrático.

El derecho a la huelga puede considerarse como un derecho gremial o como un derecho individual; pero en ambos casos el reconocimiento de tal derecho no se opone a que pueda ser regulado y reglamentado.

La violación del estatuto de la huelga podrá tener consecuencias civiles, pero no penales. Lo que sí puede influir en la calificación jurídica de la huelga y volverla punible es la ocasión en que se ejercite ese derecho, siempre que de dicho ejercicio resulte un peligro para la seguridad pública, aunque en este caso no se castigaría la huelga en sí, por lo que ella es, sino por representar un factor, si no intencional, por lo menos consciente, para la producción de un peligro de carácter común.

### C. NUÑEZ, Ricardo: LA REFORMA DEL ARTICULO 162 DEL CODIGO PENAL

El presente trabajo se refiere al problema de si, con arreglo al artículo 162 del Código Penal argentino, es punible el llamado "furtum usus".

Hace el autor una revisión del estado de la cuestión en algunas le-

gislaciones, como la de Baviera, Suiza, Dinamarca e Italia. Se extiende después en el estudio de la naturaleza jurídica del "furtum usus", demostrando su impunidad con arreglo a la nueva redacción del art. 162.

José M.<sup>a</sup> NAVARRETE  
*Profesor Ayudante de la Cátedra  
de Derecho Penal de la Univer-  
sidad de Valladolid.*

## "REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA"

Enero-diciembre de 1944 (1)

**Dr. Alfredo J. MOLINARIO**, Director del Instituto de Altos Estudios Penales y Criminología de la Universidad de La Plata y Profesor titular de Derecho Penal y Régimen carcelario en la misma Universidad: "DISCURSO INAUGURAL DEL INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS PENALES Y CRIMINOLOGIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA", pág. 1.

Comienza el profesor Molinario resaltando la intensa y segura vocación que se advierte, en las clases ilustradas, por el estudio del derecho en la República hermana, lo que ha determinado un gran progreso en la bibliografía jurídica, haciendo que la producción doctrinal se suceda rápidamente desde el gran tratado a la monografía.

Nos dice que este progreso incesante de la ciencia jurídica produce, como consecuencia, la imperiosa necesidad de la especialización, necesidad que se ha tenido ocasión de experimentar, antes que en ninguna otra rama de la legislación, en el Derecho penal tanto sustantivo como adjetivo. Y esto es así "porque en la administración de la justicia sancionadora se hallan comprendidos los más altos valores creados por el espíritu humano en su milenaria evolución: la libertad y el honor".

A continuación, pasa a hacer constar la necesidad imperiosa de que aquellas personas que están llamadas a intervenir en la administración de la justicia en lo criminal: jueces, ministerio público, letrados, etc., no solamente conozcan la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la legislación comparada ya que así no podrán cumplir "su misión casi divina, si al propio tiempo no poseen las disciplinas que tienden al conocimiento, cada vez más profundo y más científico, del hombre y de su conducta individual y social".

Las investigaciones que tienen por objeto el conocimiento del hombre se realizan en distintas disciplinas cuya enseñanza no se imparte en las Facultades de Derecho, "produciéndose una sensible deficiencia en la formación de aquellos de nuestros juristas que sientan vocación por la magistratura penal o por el ejercicio de la profesión en el foro respec-

---

(1) Aunque con fecha del año de 1944, esta revista es reciente, por estar normalizando su publicación.

tivo”, y esta laguna que acabamos de señalar—continúa diciéndonos el profesor Molinario—ha sido a la Universidad de La Plata a la que ha cabido el insigne honor de llenarla, entre todas las Universidades argentinas.

El plan de estudios del Instituto de Altos Estudios Penales y Criminología comprende dos cursos, explicándose en el primero. Derecho Penal argentino y comparado (primera parte); Penología y técnica penitenciaria; Procedimiento penal; Sociología criminal y Medicina legal. El segundo comprende los siguientes estudios: Derecho penal argentino y comparado (segunda parte); Criminología; Biopsicología criminal y Psiquiatría forense. Pueden acudir a este Instituto los procedentes de cualquier Universidad argentina, americana o europea que tengan o hayan revalidado cualquiera de los títulos de: abogado, doctor en ciencias jurídicas y sociales, doctor en Medicina, médico legista, doctor en Filosofía o doctor en Química, Farmacia o Bioquímica.

Termina el ilustre catedrático diciéndonos que la creación de este Instituto “concreta la realización de un noble ideal latino-americano”, ambicionándose lograr que sea verdaderamente conocida la personalidad del hombre que delinque y el problema que supone su conducta antisocial por cuantos hayan de colaborar en la administración de la justicia penal argentina.

Resumiendo: un brillante discurso más del ilustre jurista argentino, al igual que con los que nos obsequió durante su corta estancia en Madrid.

**Dr. Angel E. GONZALEZ MILLAN, Secretario general de Institutos Penales y Profesor suplente de Penología y Técnica penitenciaria en la Escuela argentina de Asistentes Penales: “MOTIVACION, FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA REFORMA DEL ARTICULO 52 DEL CODIGO PENAL”, pág. 13.**

En el art. 52 del Código Penal argentino (de 29 de octubre de 1921) se establece, como accesoria, la “reclusión por tiempo indeterminado en un paraje de los territorios del sud” cuando concorra alguna de las cuatro circunstancias que enumera, o cuando en los casos de concurrencia de delitos fuese juzgado por lo menos por cinco y dos de ellos tengan señalada pena superior a tres años de prisión. Este precepto fué interpretado por los Tribunales de justicia con criterio restrictivo en el sentido de no aplicar la libertad condicional a los comprendidos en él, llegándose hasta discutir, en este caso, la facultad del Poder ejecutivo de aplicar el indulto, resultando así que se le daba a esta accesoria un carácter perpetuo, sin tener en cuenta que en el art. 52 de lo que se habla es de “RECLUSION POR UN TIEMPO INDETERMINADO”. Esta situación produjo, como consecuencia, que tanto por la doctrina como en las Memorias de los Tribunales de Justicia se reclamase la reforma de este precepto, como así se hizo por el Decreto 20.942—fecha 3 de agosto de 1944—, ratificado por la Ley 12.997 del 23 de agosto de 1947.

En virtud de esta reforma, en un párrafo que se añade al art. 52, se autoriza a los Tribunales para que por "única vez", en los casos de poca peligrosidad del condenado suspendan la aplicación de esta accesoria, y en el nuevo art. 53—su antiguo contenido pasa, como último párrafo, al artículo 50—se concede a la autoridad judicial, previo informe de la administrativa, transcurridos los plazos que para cada caso señala, y con las condiciones expresadas en el art. 13 del mismo Código, la facultad de conceder los beneficios de la liberación condicional a los condenados que demostrasen buena conducta y aptitud y hábito para el trabajo; siempre que verosímilmente no haya de constituir un peligro para la sociedad. Esta accesoria ya no tendrá que cumplirse necesariamente en los territorios del sur.

Comienza el autor diciéndonos que esta modificación ha sido unánimemente bien recibida, y pasa a continuación a hacer una documentada exposición de los antecedentes legislativos "que intentaron la reforma parcial o procuraron complementar la ley y de aquellos que la consideraron al proyectar un nuevo Código Penal". Nos hace seguidamente un científico y profundo comentario del contenido de los preceptos reformados y termina, después de haber cumplido magníficamente su propósito de "señalar el porqué y el alcance de la reciente reforma del art. 52 del Código Penal", diciendo que "su éxito dependerá de la medida con que se apliquen sus disposiciones, que son amplísimas y permiten la íntima colaboración de las autoridades judiciales y administrativas".

César CAMARGO HERNANDEZ  
Teniente Fiscal de la Audiencia de Cuenca.

## BELGICA

### REVUE DE DROIT PENALE ET DE CRIMINOLOGIE"

Abril 1949

**CONSTANT, Jean: "LA LOI DU 22 MARS RELATIVE A LA DEFENSE DES INSTITUTIONS NATIONALES", pág. 629.**

Consta de un prólogo introducción y tres capítulos. El primero responde al título de "Nociones generales", y en epígrafes separados y numerados aborda el origen de la Ley, diferencias esenciales entre el proyecto inicial y el texto definitivo de la Ley de 22 de marzo de 1940; carácter temporal de la Ley; constitucionalidad de la Ley; irretroactividad de la Ley. El segundo capítulo, bajo la rúbrica de "Infracciones prevenidas por la Ley", atiende a su "clasificación": a) Advertencias colectivas; b) Advertencias individuales. "Exégesis del texto"; penalidades accesorias; aplicación de los principios generales del Código Penal y prescripción de la acción pública. El capítulo tercero, relativo al procedimiento, desarrolla el principio de competencia de las jurisdicciones militares; el procedi-

miento propiamente dicho: a) El principio de la instrucción secreta debe ser mantenido; b) La instrucción está confiada a un magistrado civil. Viabilidad de los recursos; detención preventiva; aplicación de la detención preventiva a todas las infracciones; crímenes y delitos prevenidos por la Ley; procedimiento relativo a las peticiones de libertad: 1.º En el curso de la instrucción. 2.º Después de terminada la instrucción. Conclusión.

Una vez verificada la liberación del territorio belga en el mes de septiembre de 1944, surgió una duda en el espíritu de ciertas jurisdicciones especiales, acerca de la aplicación, en tiempo de guerra, de las disposiciones de la Ley de 22 de marzo de 1940, relativa a la defensa de las instituciones nacionales. Dautricourt, Director de la "Revue de Droit Pénal et de Criminologie", sostuvo que la mencionada Ley es una Ley de excepción, temporal y supletoria, destinada a garantizar la seguridad exterior del Estado únicamente en tiempo de paz, durante el período de movilización, es decir, cuando el enemigo probablemente preparaba la invasión, y suscitándose ante todo y especialmente en las órdenes del Ejército movilizado "un estado moral de no resistencia". Los orígenes de la Ley se encuentran en el proyecto presentado por el Gobierno para su discusión en la Cámara de Representantes, en 20 de febrero de 1940. Dicho proyecto fué objeto de numerosas enmiendas que se diferenciaban del texto primitivo, y bastantes de los puntos constitutivos de innovaciones fueron aceptados por el legislador, hasta aprobarse la Ley referente a la defensa de instituciones nacionales, de carácter circunstancial y especialmente temporal, por cuyo motivo sólo es aplicable durante la guerra. Los adversarios del texto legislativo han pretendido impugnarlo por anticonstitucional, esgrimiendo, en apoyo de su opinión, argumentos encaminados a demostrar que era atentatorio a las libertades reconocidas por la Constitución: libertad de opinión, de asociación y de reunión, y que el Jurado fué establecido para toda clase de materias criminales y para los delitos políticos y los cometidos por medio de la Prensa.

**P. CORNIL: "PREVENTION ET REPRESSION DU CRIME AUX ETATS UNIS. ("Notes de voyage", septembre-octobre 1948), pág. 654.**

Para comprender un sistema penitenciario, comienza diciendo el autor, es indispensable conocer previamente las costumbres y el modo de vivir de los habitantes de un país. En efecto, la vida del preso es en cierto modo el reflejo deformado de la existencia del hombre libre. La severidad del régimen carcelario se aprecia comparando el nivel medio de la situación de los reclusos con la vida del ciudadano que disfruta de libertad. El autor hace una descripción de la vida diaria de los Estados Unidos, limitándose a señalar los rasgos que le parecen más característicos de esta civilización y la influencia que directamente ejercen en el modo de tratar a los delincuentes.

El problema de la criminalidad es importantísimo en los Estados Unidos. Los criminales son numerosos; la población penal, muy elevada. Los

americanos se han preocupado de este fenómeno de la delincuencia, y al cabo de treinta años de indagar las causas, especialmente de los procesos sustanciados en Cleveland, han hecho el inventario de todos los elementos y resortes en la lucha contra el crimen, el funcionamiento de los diversos servicios policiales, judiciales y penitenciarios, para lograr las mejoras implantadas, habiendo creado la "Comisión contra el crimen" en las principales ciudades, las Asociaciones para la reforma de los delinquentes, los Tribunales para niños y el tratamiento de los condenados.

**CUELLO CALON, Eugenio: "CHRONIQUE ESPAGNOLE", pág. 682.**

El catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Madrid hace en esta crónica una relación de las Leyes y obras penales españolas más recientes. En 19 de enero de 1948, a los veinte días de su promulgación, entraba en vigor la Ley de 27 de diciembre de 1947; esta disposición ha derogado todos los artículos del Código Penal que se refieren a la falsificación de moneda y de billetes de Banco, introduciendo una represión de estos delitos, del todo diferente a la legislación anterior. El nuevo texto está inspirado en las disposiciones acordadas por la Convención Internacional de Ginebra de 1929, concerniente a la represión y prevención de la falsificación de moneda, cuyos acuerdos fueron suscritos y ratificados por España. En 4 de mayo del mismo año fueron publicadas dos Leyes más: una que atenúa considerablemente la pena establecida por la Ley de Pesca Fluvial de 20 de enero de 1942, para la tenencia y uso de explosivos destinados a la pesca y al envenenamiento de las aguas con tal objeto; la otra somete a las medidas de seguridad de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 a aquellos que, a causa de sus actividades, relaciones, trato frecuente o modo de vivir habitual, despierten sospechas fundadas de sustraer a la circulación lícita divisas, mercancías o artículos intervenidos, o ayuden y faciliten en otra forma la especulación. En primero de enero de 1948 ha sido publicada la Ley de Bases del Código de Navegación Aérea. Relaciona el ilustre cronista, a continuación, otras Leyes de menos importancia, algunas sentencias del Tribunal Supremo y los libros de la especialidad que han visto la luz durante el pasado año de 1948.

Mayo 1949

**RIGAUX, Marcel, y Paul-Em. TROUSSE: "LES PROBLEMES DE LA QUALIFICATION", pág. 709.**

La importancia y justificación de la calificación en el proceso penal absorbe una parte de gran trascendencia en el ritualismo forense, cuando se habla y se piensa en la soledad del gabinete, pendiente de lo que arrojan los autos, del resultado de las requisitorias, de la urgencia de las citaciones, examen de testigos que han de comparecer ante distintas jurisdicciones.

dicciones y advertencias dirigidas a los inculpados exhortándoles a decir verdad. A pesar de todas estas cuestiones, la calificación se sobrepone a ellas, que no es únicamente la obra cumbre del magistrado encargado de proseguir la instrucción del procedimiento. Se preguntan los autores: ¿Qué es, en efecto, calificar? Calificar, en el lenguaje del procedimiento penal, consiste, de una manera general, en establecer una relación lógica entre un hecho y la Ley represiva. En sentido más restringido, representa enunciar un hecho dentro de los términos que la Ley reprime. Calificar es una de las operaciones más delicadas; para estar completamente hecha requiere un conocimiento profundo del conjunto de la legislación penal, puesto que saber calificar es saber apreciar si tal hecho constituye una infracción, y en sentido afirmativo, qué clase de infracción ha sido cometida.

Estudian los autores las críticas formuladas contra las calificaciones; introducción al estudio de las dificultades que ofrece la calificación; divisiones; consecuencia de los principios a la carga de la prueba para la exactitud de su denominación; si incumbe constitucional y legalmente al juez encargado de la represión; y si la referida calificación no es obligatoria en los actos anteriores al juicio oral; formación del sumario; auto de detención y decisión; cuerpo del delito; auto de apertura del juicio; acta de acusación; acuerdo de citaciones; práctica de pruebas, etc., etc.

**VAN DER MADE, Raoul: "LA PROSTITUTION DANS L'ANTIEN DROIT BELGE", pág. 763.**

Artículo documentado relativo a este "cáncer social" en el antiguo Derecho belga, ante la posición del legislador que con nuevas disposiciones modifica la reglamentación, estimando el autor del trabajo que es interesante volver la vista hacia el pasado, donde cree que se puede hallar la solución a un problema siempre actual, que constantemente preocupa. El ensayo consta de los siguientes titulares: 1.º La prostitución habitual. 2.º Rufianes, explotadores y prostitutas. 3.º Las indagaciones sobre gentes viciosas y corruptoras. 4.º Conclusiones.

Recopila el escritor, en orden a los reglamentos sobre la prostitución, las "Lettres des Venales", alusivas al precio que pagaban las mujeres de la trata por su ilícito comercio, que remontan al año 1317, ocupándose de la policía de las tabernas, vigilancia de la prostitución callejera y casas frecuentemente habitadas por las prostitutas, ordenamiento de mancebías, etcétera. Las Ordenanzas municipales de Brabante y de Namur. Una decisión del magistrado del señorío de "Saint-Pierre-lez-Gand", de 19 de junio de 1569, castigó a dos hombres, uno casado y otro célibe, encontrados de noche en una botillería y abacería, condenándoles a implorar el perdón de rodillas ante la Corporación en pleno, con apercibimiento de imponerles una pena más grave en el caso de repetirse el escándalo.

**GLASER, Stefan: "LES INFRACTIONS INTERNATIONALES ET LEURS SANCTIONS", pág. 811.**

Considerando el extenso y delicado problema de las infracciones internacionales, apreciadas en el orden penal, el autor de este trabajo parte de principios ya expuestos en otros estudios precedentes. Sostiene la tesis de que el individuo particular es el sujeto del Derecho internacional, es decir, de los Derechos y deberes internacionales, de donde se desprende que el individuo puede ser culpable y, en su consecuencia, declarado responsable de las infracciones internacionales. Desarrolla y defiende la doctrina de que el Estado es una persona jurídica moral, lo que equivale a decir "colectividad", y en tal sentido no puede ser penalmente responsable, o, dicho en otros términos, no comete una infracción punible desde el punto de vista criminal; pero resulta que en su derredor actúan particulares que obran en nombre y por cuenta del Estado, como sus representantes y agentes, que son culpables de violaciones en Derecho internacional y, por consiguiente, tenidos como penalmente responsables de sus hechos. En otros términos, admite como principio la responsabilidad penal de los realmente culpables, esto es, de aquéllos que, asumiendo las funciones de gobierno, son personalmente responsables de los actos inculcados por el Derecho internacional.

**VANDERVEEREN, José: "ESSAI SUR LA NOTION ACTUELLE DU LIBRE ARBITRE, pág. 843.**

En el estado actual de las ciencias criminológicas, se demuestra que la doctrina observa una prudente neutralidad ante la cuestión del libre arbitrio, dice el autor de este trabajo. "El Código Penal no debería negar la responsabilidad, ni el libre arbitrio, ni la culpa moral"; tal es la solución propuesta por Octave Piccard en 1926. Recientemente, en un notable estudio sobre la investigación de la personalidad, Versele formulaba el siguiente juicio: "Es necesario rechazar las deplorables querellas filosóficas que retrasan la evolución tan conveniente en el Derecho Penal".

En Francia se sigue la misma tendencia. Así, vemos que Donnedieu de Vabres precisa: "También los criminalistas, dejando a los filósofos el cuidado de resolver el largo problema del libre albedrío, deben guardar sobre este punto una sabia neutralidad. Tal fué la posición que con ligeras variantes adoptaron Gabriel Tarde, Saleille y Cuche." Sin embargo, es oportuno consignar que el Derecho Penal contemporáneo se sitúa imparcialmente, y en ello estriba su gran mérito, en el verdadero eje rectilíneo, para el estudio de la cuestión debatida, o sea, el conocimiento de la personalidad, donde halla justa proporción que acusa su importancia. El juez, el legislador, los tratadistas, deben indagar la complejidad del ser humano, que es el delincuente; noción que debe fundarse sobre la

realidad, suprimiendo una serie de errores, y hallando el remedio en el existencialismo de Pascal, que se aparta de la concepción de Descartes y del determinismo.

D. M.

## **BRASIL**

### “REVISTA FORENSE”

Mensario nacional de doctrina, jurisprudencia e legislação. Vol. CXVIII, fascículo 541. Río de Janeiro, julio de 1948

**NELSON HUNGRIA**, Desembargador de Tribunal de Justiça de Distrito Federal: “OS PANDECTISTAS DO DIREITO PENAL”; pág. 5.

Supone este trabajo de Nelson Hungría una reacción contra lo que denomina “jurismo puro”, así como contra la aplicación de conceptos precedentes del Derecho civil al campo penal.

Divide su interesante trabajo, que fué tema de una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Minas Gerais, en seis apartados y una conclusión.

En el primero titulado “Derecho penal y positivismo jurídico” comienza diciendo que no sin razón se ha hablado de una decadencia del Derecho penal, ya que siendo la más humana de todas las disciplinas jurídicas, perdió de vista sus puntos de partida situados en la realidad concreta y palpitante del drama de la vida y de sus protagonistas y pasa a ser tratado al margen del mundo circundante, con una tranquilo objetivismo de cálculos matemáticos. La Ciencia del Derecho penal cada vez se aparta más de la realidad humana y social para situarse en “las aguas hurtadas del inhumano normativismo de KELSEN, en lucubraciones de ese narcisismo del derecho que se conviene en llamar positivismo jurídico”.

En los apartados segundo, tercero, cuarto y quinto, bajo las respectivas rúbricas de “Derecho penal y Derecho civil”, “La pandectización del Derecho penal”, “Binding y Carnelutti” y “Reacción necesaria” de una manera brillante nos dice que esta intromisión del “pandectiamo” en el campo penal, que ya fué denunciado por ANTOLISEI y por GUARNERI, fué debida a un exceso de reacción contra la Escuela positiva por parte del “victorioso tecnicismo jurídico penal”.

En el último apartado titulado “Influencia civilística en la Jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal”, critica la posición de éste diciéndonos que “como es notorio, en su absorbente amor a las cuestiones del Derecho civil, relega al Derecho penal a un profundo y olímpico despre-

cio”, citándonos un gran número de ejemplos como prueba de su afirmación.

En la conclusión, termina diciendo que es absolutamente preciso devolver al Derecho penal su absoluta autonomía y ponerla en contacto con la realidad de la vida.

C. C. H.

**QUINTANO RIPOLLES, Antonio: “LA OMISION DE SOCORRO: NECESIDAD DE SU TIPIFICACION PENAL; Madrid, junio 1949.**

En tres apartados estudia Quintano Ripollés el tema de su trabajo: 1.º Situación del delito en la doctrina general de la infracción omisional; 2.º Legislación comparada, y 3.º La verdadera naturaleza jurídica del delito como de simple omisión. Parte, por supuesto, de la conocida definición del artículo primero del texto punitivo vigente para examinar en forma reducida, si bien agudamente los criterios doctrinales—Mezger, Hippel y otros—, siendo el autor de la opinión de que debiera buscarse la solución en la parte especial de los códigos, prescindiendo en lo posible de hacer uso de la doctrina genérica del delito de omisión. Examina certeramente la “ratio essendi” del delito de omisión, puntualizando y esclareciéndonos los debatidos extremos de la causalidad, y manteniendo la acertada postura de la inculminación en los códigos.

En la Legislación comparada nos trae a colación los textos franceses e italianos, fundamentalmente.

Y en cuanto al último extremo que toca—la verdadera naturaleza del delito como simple omisión—nos hace un enfoque profundo desde el plano de “jure condendo” para llegar al resultado de que “con arreglo a la letra y espíritu del Derecho español positivo, no hay otra posibilidad de inculminar la omisión no causal fuera de la insignificante regulación de falta a que ya se hizo referencia”... Y en consecuencia “el bien jurídico que este delito hiere no es la vida o la integridad personal (aunque, equivocadamente, a mi modo de ver en tales títulos la incluyan los Códigos ya citados), sino otros de carácter abstracto social: la humana solidaridad, en cuyo nombre está dirigida la norma de actuar”. Aboga, pues, dado el alto interés doctrinal y práctica de la urgente inclusión en el repertorio de delitos, ya que actualmente se echa a la vista la laguna existente en nuestro cuerpo punitivo vigente.

J. del R.

**ESPAÑA****REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.—DIRECCION GENERAL DE PRISIONES**

Núm. 50, mayo 1949. Madrid

**MARTIN MANRIQUE, Rafael, Doctor en Derecho: "EL ARTICULO 10 DEL CODIGO ESPAÑOL"; pág. 22.**

Tiende este interesante trabajo a demostrar la inutilidad de la mayoría de las circunstancias agravantes que se enumeran en el art. 10 de nuestro vigentes Código penal y así, nos dice, que parece ser que en este artículo se incrementa su carácter represivo "al tratar de buscar toda clase de elementos subjetivos que puedan servir para aumentar la gravedad de la pena señalada como tipo por la Ley al delito". El hecho de que el número de circunstancias agravantes sea muy superior al de atenuantes y eximentes, demuestra lo dicho.

Pasa a hacer un detenido examen de las 17 circunstancias agravantes, llegando al resultado de que sobran la mayoría de ellas; "unas, porque no constituyen circunstancias agravantes de carácter genérico al no serlo para todos los delitos, sino de un determinado número de ellos, en los cuales deberían figurar solamente tales circunstancias y, otras, por cuanto van comprendidas en otra distintas.

A juicio del autor el mencionado artículo 10 debería quedar redactado en la siguiente forma: Art. 10. Son circunstancias agravantes:

1. Ejecutar el delito por móviles de carácter egoísta, inmoral, peligroso, antisocial o de cualquier otra índole, que revelen una mayor peligrosidad en el delincuente, los cuales serán apreciados por los Tribunales a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta las condiciones personales del delincuente, circunstancias, naturaleza y efectos del delito.

2. La reiteración y la reincidencia.

La primera se apreciará cuando el delincuente culpable hubiere sido castigado por delitos a que la Ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor, y la segunda cuando al delinquir el culpable estuviere ejecutoriamente condenado por otro u otros comprendidos en el mismo título de este Código.

En ambos casos deberán ser tenidas en cuenta las sentencias dictadas por los Tribunales extranjeros.

3. Ejecutar el hecho a sabiendas, en lugar sagrado, con ofensa de la autoridad o desprecio del respeto que por la dignidad, edad o sexo mereciere el ofendido o en su morada cuando no haya provocado el suceso.

Sigue diciendo el autor que para él es motivo de fundamental importancia "el estudio de los móviles del delito y el de las circunstancias que revelen en su comisión una mayor peligrosidad por parte del delincuente y una mayor perversidad en su ánimo.

No se le oculta a Martín Manrique que en la forma en que entiende debería quedar redactado este artículo se da amplia entrada al arbitrio judicial, pero dice que lo hace así por creer firmemente "que en nuestros Tribunales ya no existen aquellos antiguos "practicones" del Derecho, y que en la actualidad se hallan constituídos por hombres que poseen plenos conocimientos científicos y al mismo tiempo una plena conciencia de la responsabilidad de sus propios actos".

Termina diciendo que considera llegada la hora de que depositándose toda la confianza en los funcionarios judiciales, se les otorgue la facultad de agravar las penas en todos los casos en que apreciaran en el autor del delito una mayor peligrosidad, "que ésta y no otra cosa es la que se persigue con la farragosa enumeración de las diecisiete circunstancias contenidas en el art. 10 de nuestro Código.

**CAMARGO Y MARIN, César, Magistrado de la Audiencia de Segovia:**  
**"EL PSICOANALISIS" (Lección décima), pág. 54.**

Trata el autor en esta lección temas tan interesantes como el "regicidio", los "atentados contra la autoridad y sus agentes", el "despotismo y la tiranía" y la "antropofagia", todo ello desde el punto de vista psicoanalítico, o sea, derivado cada delito de un "complejo primitivo".

El "regicidio" proviene del que muchos psicoanalistas, Badouin entre ellos, han denominado "Complejo de Prometeo"; pero como, según este autor, dicho complejo figura entre el de "Edipo" y el de "mutilación", aparece contaminado por elementos de uno y otro. Así se da la "hostilidad al padre" lo mismo en "Edipo" que en "Prometeo", y la mutilación aparece representada por el buitre que devora las entrañas del héroe.

Desplazada la hostilidad del poder natural en Dios, en el rey o en el caudillo, fácil es hallar en el "Prometeo" así contaminado el "Complejo originario del regicidio".

Ahora bien: como observa el autor, "el regicidio no suele ser producto de una determinación individual, sino que su concepción, su germen al menos, está en un movimiento colectivo. Y, según la doctrina, los "individuos que forman una muchedumbre se hallan unidos entre sí por un lazo libidinoso", siendo del mismo carácter la afección que los une al jefe".

Este elemento afectivo del complejo, contrario y "ambivalente" con el hostil, está primeramente diluido en la masa y se fija después en el mismo caudillo. "Esta doble fijación "hostil-afectiva" es la que mantiene su autoridad, su prestigio y su mando, porque el "odio" se contrarresta con el "amor"; pero si, por una circunstancia cualquiera, el jefe pierde el afecto de sus súbditos, de un grupo de ellos o de un individuo determinado queda libre y franca la tendencia hostil al perder el freno del elemento contrario."

En los "atentados contra la autoridad o sus agentes" no ve el autor más que un desplazamiento de la fijación "hostil-afectiva" en el Juez, Gobernador, Alcalde o Ministro que represente a la autoridad suprema.

También puede desplazarse esa doble fijación en un ideal, como la Di-

vinidad o la Patria y su equilibrio producir delitos religiosos (blasfemia, herejía, sacrilegio, etc.), o contra el Estado.

Con referencia al "despotismo" y la "tiranía", plantea el autor la cuestión de si es lícito el "tiranicidio".

Aunque incluso algunos escritores místicos lo justifican cuando redundan en bien de la Comunidad, el psicoanalista adopta una actitud pasiva. "No justifica la acción, porque es contraria a toda violencia y porque su misión no es calificar ni sancionar los actos humanos; pero se considera impotente para reprimirlo", pues, como ya observó al tratar del regicidio y atentados a la autoridad, "roto el lazo afectivo queda libre y sin freno el impulso agresor y puede ponerse en acción cualquier evento".

La "antropofagia" la deriva del "Complejo de Saturno" (el mito del padre que devora a sus hijos), cuya primera manifestación se halla en el "totemismo".

El animal totémico es "tabú" en el "totem", y, por lo tanto, sagrado y prohibido; pero, haciendo juntos los miembros del totem (como en las guerras y revoluciones) lo que individualmente ninguno sería capaz de hacer, ataron al animal y lo comieron. De aquí la institución de la "comida totémica". Y la misma actitud que con el animal tienen los miembros del clan con el padre o jefe, a quien también llegan a matar y devorar.

Como conclusión, señala el autor la siguiente evolución del "canibalismo": a) Comida totémica, en la que se sacrifica y devora al animal sagrado; b) del padre o jefe de la tribu; c) de cualquier otro miembro de la tribu; d) de un extraño, y e) del enemigo, que es la forma que persiste generalmente.

En números anteriores, este ilustre psicoanalista ha venido ofreciéndonos periódicamente los artículos precedentes al que damos cuenta, de los que a continuación ofrecemos a los lectores de este ANUARIO un breve resumen:

En la lección primera de las necesarias nociones del Psicoanálisis sobre el YO y el ELLO, el "inconsciente", la "libido", el "principio del placer" y cuantos precedentes son necesarios para el estudio que emprende.

En la segunda trata de los "Complejos", acaso la noción más importante del Psicoanálisis. Tras de dar su definición y concepto general, estudia el de "Edipo", como base de la teoría sexual de Freud, y propone como originario, en oposición a éste, el que llama de Caín, y termina señalando las diversas aplicaciones de las doctrinas y métodos psicoanalíticos a la Criminología.

En la tercera entra francamente en el estudio de la "Criminología psicoanalítica", distinguiéndola del "Psicoanálisis criminológico", y señala el plan de su estudio, que es estudiar primero el delito en abstracto, derivando cada figura de un complejo; luego el delincuente, y después el sustitutivo psicoanalítico de la pena.

En la cuarta estudia el "delito", su objetividad; el delito natural, artificial y mixto; crítica de la definición del delito natural de Garofalo y de otras definiciones, incluso la legal, y termina con una definición sintética.

En la quinta estudia el "dolo" o "libido criminosa"; el dolo genérico y

específico; del dolo homicida, ímprobo o libidinoso; la fuerza franca o disfrazada como elemento característico en todo delito "natural-legal"; impulsos extraños al agente, morales y materiales; breve idea de la "posesión", de la influencia hipnótica y de la fuerza material; el homicidio mágico; víctimas de agentes invisibles; vampirismo y licantropía.

En la sexta lección trata de los complejos en su relación con el "dolo genérico", empezando por el "pecado original", como primera infracción, y el crimen de Caín, que da nombre al complejo que el autor considera como originario y fundamental, y termina enumerando los demás complejos criminales y señalando sus elementos esenciales.

En la séptima pasa del estudio del dolo genérico al específico, y estudia el dolo homicida y complejos que le corresponden, comenzando por el de Edipo en relación con el parricidio y su contraparte incestuosa, sin perjuicio de derivar el parricidio de otros complejos, especialmente el de "Prometeo", ya estudiado. Y sigue con los problemas que suscita la psicocriminología de este delito, y el "Complejo de Electra" como forma inversa del de Edipo; y, por último, el parricidio circunstancial.

Del estudio del "parricidio" pasa en la siguiente lección al del "filicidio", derivado del "Complejo de Saturno", con la sublimación o atenuación de sus componentes. Analiza después los complejos que denomina de "Abraham" y de "Guzmán" y la influencia de todos ellos en la delincuencia femenina, como generadores del "aborto" e "infanticidio", principalmente. Y, por último, estudia el "anticoncepcionismo" como delito natural.

En lo sucesivo iremos dando cuenta de los demás artículos que siguen, cada uno de ellos relativo a una figura de delito derivada del correspondiente complejo.

Núm. 51, junio 1949

SANCHEZ GOMEZ, M.: "LA VIGENTE LEY DE VAGOS Y MALEANTES A LA LUZ DE LA PSIQUIATRIA", pág. 11.

En este número termina la interesante serie de artículos que sobre este tema ha venido publicando el Dr. Sánchez Gómez.

El autor, después de un detenido examen de la Ley de Vagos y Maleantes, así como de las principales psicosis o psicopatías, llega a la conclusión de que esta Ley "es insuficiente a todas luces para abarcar en su articulado a un sinnúmero de sujetos que, sin reunir las circunstancias que ella misma exige para la concepción jurídica de peligrosidad, presentan, sin embargo, esta misma peligrosidad y son tributarios, por tanto, de medidas de seguridad conducentes a la prevención de actos delictivos".

Como fruto de su completo y científico estudio termina el autor haciendo unas "sugerencias" que por su interés pasamos a exponer:

Estima necesario agregar al art. 2 de esta Ley un apartado 13 que diría así: "Los que por padecer trastornos mentales justifiquen, mediante la peritación psiquiátrica oportuna, el temor de la comisión de actos delictivos".

vos". Mas como es posible que a los sujetos a medidas de seguridad les fuera necesario un tratamiento, a juicio de los peritos psiquiatras, propone añadir al párrafo primero del art. 4 lo siguiente: "O bien en una colonia psiquiátrica para los casos a que se refiere el apartado 13 del art. 2."

Considera oportuno se autorice al psiquiatra para que pueda dirigirse al Juez manifestando su opinión para que se inicie el oportuno expediente de declaración de peligrosidad, y cree, por las mismas razones, es necesario se imponga a los peritos médicos que informen ante los Tribunales sobre la enajenación o el trastorno mental transitorio la obligación de comunicar la peligrosidad del supuesto reo.

Por último, pide que, dentro del procedimiento, se introduzcan las correspondientes reformas en los arts. 13 al 15, "para que el Juez ante el que es incoe un procedimiento de declaración de peligrosidad recabe la intervención de un psiquiatra para que dictamine sobre las circunstancias mentales del sujeto y sobre la mayor o menor probabilidad de delincuencia que en él haya que suponer".

Núm. 52, julio 1949

**MADARIA IZQUIERDO, Alberto: "INFLUENCIA DEL HECHO HISTORICO EN LA APLICACION DE LAS PENAS GRAVES EN LA EDAD MEDIA", pág. 17.**

Comienza diciéndonos el autor que "toda legislación criminal no es sino el esfuerzo gigantesco de generaciones pasadas, presentes y futuras, lanzadas a la consecución de objetivos que por su perfección están aún lejanos". Se ocupa del primer delito de homicidio cometido en la tierra con la muerte de Abel a manos de su hermano Caín y de la muerte de los cristianos en el circo romano.

Al tratar de la Ley de Talión, de la que hace un interesante estudio, cita a San Agustín, cuando decía "que no es fomento, sino término de furor, para refrenar los ánimos de los que se enfurecen y para que no se extienda más el incendio de lo que ardía".

En el apartado en que trata de la pena capital nos hace un estudio de los diferentes modos que se han empleado en su ejecución, y por último se ocupa de la pena de "mutilación de miembros", diciéndonos que "esta pena cruel que corta un pie o una mano sólo sirve para hacer deformes a los hombres; en vez de corregir al delincuente lo pone en trance de hacerse peor, pues, privado de los miembros necesarios que la Naturaleza señaló para vivir, tiene necesariamente que valerse de medios torpes e ilícitos".

César CAMARGO HERNANDEZ  
*Teniente Fiscal de la Audiencia de Cuenca.*

## ITALIA

## ARCHIVIO PENALE

1948, vol. I

**LEONE, G.:** "I PROBLEMI DELLA MAGISTRATURA", págs. 3-31.

El trabajo que, como discurso fué pronunciado ante la Constituyente italiana en 1947, está escrito en tonos de estudiada retórica. En él se analizan tres problemas: a) la independencia absoluta que el Juez debe gozar, fundamentada en su inamovilidad y en su inmunidad y garantizada mediante la prohibición de pertenecer a un partido político, reducción en todo lo posible de las necesidades y deseos de la carrera, incompatibilidad de la función judicial con los cargos públicos no unidos a sus atribuciones, y en la independencia económica; b) independencia de la Magistratura o poder judicial, y c) unidad de jurisdicciones. El a) expone de manera programática la forma cómo tales objetivos deberán conseguirse.

**NIERI CALAMARI, N.:** "OSSERVAZIONI SUL N.º 5 DELL'ART. 62 DEL CODICE PENALE", págs. 32-42.

Otro artículo sobre los problemas a que da lugar la interpretación del artículo 62 (circunstancias atenuantes comunes)—bibliografía completísima hasta la fecha de publicación: Paoli, "Le singole attenuanti comuni dell'art. 62 C. P.", en "Rivista Penale", 1939, 1.017 y ss.—del Código Rocco. Esta vez el comentario se concreta al núm. 5, que dice: "Haber concurrido en la determinación del resultado, juntamente con la acción u omisión del culpable, el hecho doloso de la persona ofendida." La autora entiende que en tal prescripción se contiene una condición objetiva de menor punibilidad. Siguiendo en todas sus consecuencias la interpretación formalista que recuerda a su maestro el profesor Vannini, analiza cómo el hecho doloso del ofendido debe ser "causa" y no simple ocasión del resultado, añadiendo que este dolo del ofendido deberá dirigirse directamente a la producción del resultado querido por el culpable. Propone las siguientes conclusiones (casi las mismas que las derivadas del parecer de Vannini, discuriendo sobre el mismo tema, en "Rev. Penale", 1938): a) el concepto de persona ofendida por el delito debe extenderse a todo portador de un interés protegido (nótese el germanismo, procedente, sin duda, de Beling, e infiltrado a través de Vannini), incluso de manera secundaria, por la norma penal; b) la norma en cuestión deberá aplicarse a los delitos materiales solamente; c) el hecho doloso del ofendido tendrá que ser *concausa* eficiente y no simple ocasión del resultado; d) el consentimiento jamás podrá valorarse como hecho doloso de la persona ofendida; e) en el concepto de resultado del delito habrá de comprenderse también el resultado constituido por las condiciones extrínsecas de punibilidad y de mayor punibilidad; f) esta atenuante no debe suprimirse (contrar. Paoli, art. cit.), porque, en definitiva, es expresión de un principio de justicia, ya expuesto por Dante (De Mon. II. 5.1):

"Ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servat societatem et corrupta corrumpit".

**FOSCHINI, G.:** "LA LIBERAZIONE CONDIZIONALE", págs. 46-56.

La única finalidad del artículo está en proponer los presupuestos de la libertad condicional de la revocación del beneficio con miras a la cercana reforma del Código Penal italiano.

**FROSALI, R. A.:** "LICEITA O ILICEITA DEI FATTI LESIVI NECES-SITATI", págs. 77-82.

Un hecho cometido en estado de necesidad puede encontrar la razón de su no punibilidad en que constituye una hipótesis del "ejercicio de un derecho". El estado de necesidad se presenta así como hipótesis especial del art. 51 C. P. italiano. ¿Cuándo puede reenviarse a la calificación mencionada un hecho cometido en estado de necesidad? Deberá atenderse a la entidad del sacrificio personal que el sujeto pasivo de tal hecho está obligado a soportar para socorrer al necesitado (la sanción de tal precepto está en el art. 593 del C. P.: omisión de socorro). En tal caso, según Frosali, el hecho es jurídicamente lícito; consecuentemente, no cabe oponerle legítima defensa, y el resarcimiento del daño no es admisible. Fuera de estos casos, el A. estima que los hechos cometidos en estado de necesidad son antijurídicos; su interpretación del estado de necesidad aclara este aspecto; pero juzgamos está fundamentada en bases poco firmes.

**BELLINI, V.:** "I CRIMINI INTERNAZIONALI ED IL MOVIMENTO PER LA REPRESSIONE PENALE INTERNAZIONALE", páginas 141-167.

El Estado no puede ser penalmente responsable: con esta afirmación Bellini toma parte en la vasta polémica y limita la investigación a los casos de lesiones del Derecho internacional cometidas por personas individuales. ¿Puede configurarse un Derecho Penal internacional? Evidentemente (añadamos al testimonio del A. la prueba recientísima ofrecida por Nino Levi en su tratado de Derecho Penal internacional). Es más: la teoría de la extraterritorialidad del D. P. y la de la represión penal universal, que son antagónicas desde el punto de vista político, son perfectamente conciliables en el ámbito del Derecho; una construye de "iure conditio"; la otra, de "iure condendum". Eliminadas estas dos oposiciones, es decir, la imposibilidad de que el individuo sea destinatario de normas de Derecho Penal internacional y la imposibilidad de que el Estado renuncie a su privativa soberanía absoluta, la teoría de la represión penal universal no puede encontrar obstáculos técnicos.

Pero tal represión penal universal deberá ir acompañada de garantías concretas y ser limitada a determinadas categorías de delitos. Tal es la conclusión más importante del estudio.

PANNAIN, R.: "IL DIRITTO PENALE NEL PENSIERO DI FILIPPO GRISPIGNI", págs. 168-175.

Desde 1946, y en gracia a feliz iniciativa de su director, el profesor Pannain, "Archivio Penale" viene exponiendo el pensamiento de los más ilustres cultivadores del Derecho Penal italiano. Que recordemos, han pasado ya por sus páginas las doctrinas de N. Levi, Petrocelli y Bettiol, interpretadas por De Marsico y por el propio Pannain. Ahora le llega el turno a Grispigni, cabeza visible y prestigiosa del moderno positivismo italiano. ¿Cómo ha logrado el profesor de Roma aunar su posición de escuela con el método técnico-jurídico puro? (¿Cómo lo han logrado—añadimos—Ranieri, Santoro y Frosali, participantes en el mismo credo?) No falta quien quiera ver en el método indicado una derivada más de la impronta positivista: los "datos" de la experiencia, utilizados por la Criminología, serían equivalentes al ordenamiento jurídico vigente; "dato", asimismo, para la experiencia del jurista. La interpretación no nos convence. En nuestro favor argüimos, incluso, la adopción de tal dirección interpretativa por los pocos penalistas italianos que desde el idealismo de Gentile y Croce han dirigido las críticas más desgarradoras contra el positivismo penal; en nuestro favor, también, las orales confesiones del profesor Battaglia, idealista cristiano, para quien la única interpretación rigurosa de los preceptos jurídicos es la realizada desde el mentado enfoque. Lo curioso es que si el idealismo ha terminado casi con la criminología de matices típicamente italianos, sin criticar, sin embargo, la dirección técnico-jurídica, en Grispigni ambos estudios—comprensión criminológica e interpretación de las normas penales—se han aunado en síntesis de absoluta pureza lógica. ¿Explicación? Repitamos las palabras de Pannain: "Que en una obra científica la dogmática no puede ser más que ésta (técnico-jurídica), sólo los ciegos pueden negarlo, e incluso aquéllos que—por comodidad de discusión de sus tesis revolucionarias, innovadoras, futuristas—muestran negarlo acaban por reconocerlo, de hecho, cuando seriamente se ocupan de la ciencia del Derecho." El método, pues, de Grispigni es laudable, salvo algunos excesos—dice el A.—de abstracción y de análisis (véase el definitivo cap. I del "Diritto Penale" de G. Gattaglini, tercera edición, publicado por Cedam y aparecido en julio de este año). A seguido, Pannain le aconseja: que la crítica adversa no le haga abandonar el sistema seguido, esto es, que tras afirmar la independencia de la investigación jurídica y la filosófica, política o sociológica, no tome otro camino, como promete hacerlo en el tercer volumen de su "Diritto Penale italiano", donde se ocupará de la culpabilidad y del delincuente. Consejo, ciertamente, que tan sólo repite con otro verbo la advertencia ya vieja, pero siempre buena, del insigne Rocco.

Grispigni aún no ha publicado su teoría de la "culpabilidad" (sabemos, sin embargo, que el manuscrito está completo). Pero nos ha adelantado que la enfocará considerándola como "defectuosidad psíquica". Pannain muestra recelos; hace ver que también esta parte debería elaborarse sobre las normas jurídicas y que emplear otro método que el estrictamente ju-

rídico sería romper la armonía de la obra (de acuerdo, pero haciendo nuestra la rectificación de Petrocelli en su trascendental artículo sobre "La concezione normativa della colpevolezza", Riv. it. Dir. pen. 1948, números I-III, págs. 16-37). ¿Podrá aquí Grispigni no dejarse seducir por los cantos de sirena de su querida escuela positiva? Poco tardará en aparecer el tercer volumen de su obra cumbre. Esperémosle; los prodromos, sin embargo, ya están en el tratamiento que da a la "peligrosidad", a sumarse, según él, con el delito y la imputabilidad para que pueda afirmarse la posibilidad de infligir la pena. A esto argumenta Pannain que la "capacidad para delinquir—criticadísima concepción del Código vigente—y la peligrosidad son dos instituciones totalmente diversas, y que, por tanto, aquélla no tiene influencia alguna para determinar la pena; la crítica, pues, de los juristas "puros" se fijará en considerar la absoluta excisión pena-medida de seguridad (no falta quien haya querido juzgarla como una aplicación del intuicionismo en el Derecho Penal), correspondiente al binomio culpa-peligrosidad. La argumentación de Petrocelli es fielmente seguida por Pannain.

Después se expresa desfavorablemente respecto a la teoría de Grispigni (también de Antolisei) de que existen delitos sin ofensa—daño criminal. Y con razón crítica, porque Grispigni había concebido antes el Derecho Penal como tutela de fundamentales bienes-intereses (Antolisei, sin embargo—recuérdese su trabajo sobre el bien jurídico en "Problemi penali odierni"—se había cubierto revisando el concepto de tutela penal: no sólo bienes jurídicos son los protegidos). Crítica, igualmente, que el Derecho Penal tenga carácter sancionatorio; se muestra favorable a la no coincidencia de la moral y el derecho. Elogia sin reservas la propuesta elaboración dogmática de la parte especial concebida por Grispigni.

El balance es elogioso. Pannain no regatea sus plácemes. Ciertamente el segundo volumen de la obra de Grispigni es suficiente para incluirle entre los artífices del pensamiento jurídico-penal italiano.

**VANNINI, O.:** "LA COLPEVOLEZZA NEL PROBLEMA PENALE DI GIUSEPPE BETTIOL", pág. 177.

Una treintena de líneas de apacible comentario y personal reprobación al capítulo que dedica Bettiol a la culpabilidad en su "Problema penale"; comentario favorable a que el concepto unitario de la culpabilidad no pueda sostenerse, dada la entidad sustancial del dolo y de la culpa, no agrupables en un común concepto superior. Reprobación personal en tonos de maestro porque Bettiol pasó por alto el reconocimiento de sus esfuerzos. ¿No es la conclusión de Bettiol igual a la sostenida tiempo atrás por el profesor de Siena? Efectivamente, la coincidencia exigía una cita de quien día tras día ilumina nuestra ciencia. Sabemos, sin embargo, que Bettiol ha silenciado inintencionadamente. El es el primero en

saber apreciar a Vannini como el sereno, justo y apasionado jurista: la próxima colaboración en el proyectado gran Tratado de Derecho Penal italiano así lo demuestra.

**FOSCHINI, G.: "ORIENTAMENTI DELLA RIFORMA DEL CODICE PENALE", págs. 188-197.**

La revisión que en Italia se lleva a cabo del Código Penal vigente está ya muy avanzada. A tal efecto, una Comisión ministerial ha terminado el examen preliminar del libro primero, siendo fruto y expresión de tal tarea la "Relación del Ministerio de Justicia sobre la reforma de la parte general del Código penal" (publicada en esta Revista, 1946, I, págs. 399 ss.). El examen de los libros segundo y tercero también ha sido concluído. A seguido de tales trabajos preliminares, se constituyó un "comité de coordinación (la ausencia de Catedráticos en cuyo seno—solamente T. Delogu—motivó una general desaprobación en el ámbito científico) con la finalidad de redactar un esquema de proyecto, que se elevará a la Comisión, para que ésta haga la revisión definitiva. En este sentido, el Comité ha ultimado el trabajo concerniente a la parte general, imprimiendo, incluso, el correspondiente esquema preliminar; también ha revisado ya varios títulos del libro II—los esquemas del tít. II (delitos contra la administración) y del tít. III (delitos contra la Administración de Justicia) están ya impresos.

Esta reforma parcial ha sido vista con poquísima simpatía. El Ministro Grassi modificó la Comisión de reforma, incluyendo en ella a Petrocelli, Bettiol y Brabieli, y la hizo invitación formal para continuar los trabajos, dejando para más adelante la discusión acerca de si la reforma deberá ser total o parcial.

¿Qué innovaciones han sido propuestas? El propio Foschini, miembro del Comité, ha dado cuenta en esta misma Revista de lo tocante a la pena de muerte (1945, I, 284)—que deberá ser abolida, siguiendo los preceptos constitucionales, salvo en la jurisdicción de guerra—, a la circunstancia agravante común de la "latitanza" (1946, I, 68, a la "rehabilitación" (1947, I, 232) y a la "libertad condicional".

En este artículo nos ofrece una interesantísima visión de conjunto:

Parte general. Se readopta el criterio de la eficacia atenuadora de la "concausa" (art. 41) cuando haya tenido "notable relevancia" para la producción del resultado; en la regulación del "exceso", al culposo del artículo 55 se añade el "exceso voluntario". En la tentativa (art. 56) será modificado el concepto, con el fin de considerar punible solamente a la acción, que, nacida fuera de la fase de los actos preparatorios, haya entrado en la de los actos ejecutivos.

El art. 57 (delitos cometidos por medio de la Prensa) será reformado, dando cabida a la tendencia que configura como delito culposo la responsabilidad del director o redactor responsable, para evitar así que continúe en el Código un tipo de responsabilidad por hecho ajeno, que contrasta

con el art. 27 de la Constitución. Igualmente, para radiar todos los residuos de responsabilidad objetiva (¡espléndido criterio!) se suprimirá la disposición mediante la cual las agravantes son atribuidas al agente, incluso si era ignorante de su existencia.

Otras modificaciones en cuanto al "concurso de delitos" (escisión, en tres secciones, del art. 81; art. 81 a., concurso formal; §1 b., única acción con pluralidad de resultados, y 81 c., delito continuado); a aumentar la disminución de la pena en el caso de vicio parcial de mente (art. 89); a configurar la embriaguez de modo casi calcado al del Código Zanardelli; a crear una atenuante facultativa para el delito cometido entre dieciocho y veintinueve años; a sustituir la figura del "delincuente por tendencia" (artículo 108) por la del "delincuente particularmente antisocial", etc., etc., completarán la amplia reforma.

Parte especial. Se creará un título nuevo: delitos contra la libertad constitucional; se reformarán sensiblemente los tít. II y III; el tít. IV (De los delitos contra el sentimiento religioso y contra la piedad de los difuntos) está suprimido en el proyecto, lo cual es sintomático, aunque pensamos no prevalecerá después de la inclusión en la Comisión de los Profesores Bettiol y Petrocelli. Notorias reformas aparecerán también en el cap. I del tít. VI (Delitos contra la incolumidad pública).

#### G. BATTAGLINI: "LA GIUSTIZIA SOSTANZIALE"; págs. 221-225.

He aquí uno de los capítulos que integrarán la próxima edición de "Il decreto penale".

En él, el problema de las fuentes substanciales en el Derecho penal, que "como medio de interpretación adquieren particular significado con el resurgir de los valores metajurídicos desterrados por el formalismo agnóstico." "Cuáles son esas fuentes?"

La primera que examina el A., es la "fuente substancial racional", o sea el derecho natural, que el juez deberá tener en cuenta para interpretar y aplicar la ley exactamente, ya que "no se puede ser jurista en sentido pleno sin entender el derecho en toda su grandeza." El problema se divide en tres aspectos: interpretación de las disposiciones que contienen conceptos ya elaborados por la moral; interpretación nueva de viejos textos, en relación a diversas manifestaciones de la consciencia pública en materias moral y religiosa e interpretación de las fórmulas de carácter amplio y elástico.

Otra fuente substancial es la "histórica".

Fuera de éstas, no debe admitirse ninguna ("la falta de interés", por ejemplo), ya que el tecnicismo jurídico que deberá, sí, mirar al contenido y fin de las normas, no debe ser suplantado por un substancialismo (realismo o contenutismo).

**BETTIOL: "IL POSITIVISMO DE F. CARNELUTTI"; págs. 281-290.**

Juzgamos este artículo de Bettiol como uno de sus mejores. Comienza por hacernos ver cómo el conceptualismo jurídico es hoy anacrónico, en cuanto que exige una realidad político-social distinta a la nuestra. Ello no obstante, Carnelutti sigue aferrado a él. Su metodología es conceptual; ha querido buscar un contenido moral con el que vitalizar su frío juego normativo, pero no lo ha logrado. En su propulsión romana de este año, ha hablado de la caridad, de la gracia, de la penitencia; sus estudios han virado desde el Derecho mercantil al Derecho penal en busca de humanización. Mas su panlogismo es demasiado fuerte, tanto que no puede dejarle comprender el "valor" no fuera de la norma, del hecho a juzgar, sino en la norma y en el hecho mismo. En la misma Prolusión y en sus Lecciones de Derecho Procesal penal ha criticado la posición de Bettiol. Carnelutti ve en la "jurisprudencia de los valores" (teleologismo) una "media dogmática", por entender que el "concepto" ha sido substituído por el "valor", y que el intuicionismo a lo Bergson, o el existencialismo, son los procedimientos de que Bettiol se sirve. Ante esta crítica, el A., salta apasionadamente, y en un par de páginas de finísima dialéctica demuestra a Carnelutti, y al que quiera leer, que su teleologismo no ha prescindido del concepto, que si habla de intuición es refiriéndose a la que la inteligencia debe mostrar para captar a través del concepto el valor de las cosas. Dirección interpretativa que humanizará el Derecho penal, y que puede darnos, hoy que el jurista busca realismo, una salida desde la que pueda sentirse al hombre y a su proyección cristiana sin que un procedimiento irracional desmorone las bases del Derecho. Aguda réplica la de Bettiol y nuevo afianzamiento de su excelente método.

**PERONACI, Aldo: "LA NUOVA COSTITUZIONE COME FONTE DIRETTA DI NORME PENALI"; págs. 352-366.**

Aunque ya son muchos los estudios acerca de la repercusión directa o indirecta de la Constitución italiana en el sistema punitivo, este de Peronaci tiene el mérito de su extensión y objetividad crítica. En el primer apartado examina el valor positivo de la Constitución; en el segundo las normas constitucionales de Derecho penal sustantivo (el principio de legalidad y, su corolario, el de la irretroactividad de las normas penales; el problema de la pena; el de la responsabilidad penal; el de la capacidad penal; responsabilidad civil ex delicto, la libertad de trabajo y sus efectos penales, la extradición, etc.). En el fascículo I de 1949 aparece la continuación del trabajo.

—Observamos únicamente que en una manifestación tan sintomática como es la contenida en el art. 27 de la Constitución—humanidad y principio reeducador de la pena—, el autor pasa demasiado ligero; se contenta con advertir su carácter programático. Nosotros insistimos en la necesidad de una crítica meditada a este interesantísimo precepto.

Otros artículos contenidos en el volumen correspondiente a 1948:

**MENESINI, G.:** "LA INFERMITA MENTALE IN RAPPORTO ALLA RESPONSABILITA ED ALLA IMPUTABILITA"; págs. 43-45.

**FOSCHINI, G.:** "LA MALATTIA PROPABILMENTE INSANABILE"; páginas 83-91.

**TANAS, A.:** "CONCORSO DI REATI ANNONARI"; págs. 92-105.

**SANTORO, E.:** "IL PROCESSO PENALE NEL PENSIERO DI F. CARNELUTTI"; págs. 177-187.

**CORTESANI, G.:** "LA CIRCOSTANZE RELATIVE ALLA ENTITA DEL DANNO NEI DELITTI PATRIMONIALI"; págs. 223-252.

**FABRI, B.:** "DIRITTO E VIOLENZA"; págs. 254-259.

**FOSCHINI, G.:** "MINISTRO DELLA GIUSTIZIA E PUBLICO MINISTERO NELLA NUOVA COSTITUZIONE"; págs. 260-263.

**SUCATO, G.:** "LA NUOVA COSTITUZIONE ED IL TRIBUNALE SUPREMO MILITARE"; págs. 291-301.

**CHIAROTTI, F.:** "SULLA NATURA DEL SEQUESTRO ORDINATO DAL PREFETTO DI COSE PERTINENTI A REATO PREVISTO DA NORME RELATIVE ALLA DISCIPLINA DEI CONSUMI"; páginas 302-308.

**ALLEGRA, G.:** "LIMITAZIONE TERRITORIALE DELLA GIURISDIZIONE PENALE"; págs. 341-351.

**CECCHI, O.:** "IL DELINQUENTE E UN ANORMALE"; págs. 367-370.

**OMERO, Fulvio:** "SULLA PARTICOLARE FREQUENZA DEI SUICIDI"; págs. 371-380.

**CESAREO, U.:** "IL PROBLEMA DELL'EBRIETA NELLA RIFORMA PENALE"; págs. 381-386.

1949

## Fascículos I-II. Enero-febrero

**MAGGIORE, G.: "NORMATIVISMO E ANTINORMATIVISMO NEL DIRITTO PENALE"; págs. 3-29.**

Si toda la producción del Profesor de Palermo, viene siempre acompañada del máximo interés, este recientísimo artículo supera tal valoración por dos razones: la dificultad del tema, y la necesidad de que las voces más influyentes se enrolen al proceso de revisión que la incomparable cultura jurídica italiana está haciendo de aquéllas direcciones, que si en un tiempo—el del predominio de la dogmática alemana—parecieron ser inmovibles, ahora, desde las nuevas perspectivas del Derecho penal, exigen un enjuiciamiento desapasionado. De este juicio surgirá la ansiada calma, imprescindible para elaborar el derecho positivo. A este juicio, también, va destinado el trabajo de Maggiore, sobre un tema—crítica del normativismo—al que el derecho penal más debe confusión o calificativo de Derecho manejado al gusto de una política, que gratitud consciente.

Es innegable que la dirección normativista hizo buena presa en nuestro Derecho: actos normativos, normalidad de la conducta, culpabilidad normativa, tipos de autor, etc., son muestras elocuentes. Es indudable, asimismo, que tan sabroso botín no ha correspondido al descrédito que en otros terrenos científicos—léase derecho político, civil y el propio filosófico—obtuvo el normativismo tiempo después de sus más desmedidas manifestaciones. ¿Por qué esta supervivencia en el Derecho penal de una concepción filosófica ya superada?; ¿cuál debe ser el juicio que merecen las pretendidas conquistas del normativismo en el Derecho penal? A ambas preguntas responde Maggiore: el trasiego por manos poco expertas justifica la pervivencia; la supervisión de la infiltración de los normativistas—en la acción, culpabilidad, etc.—hará concluir desaprobando el pretendido éxito que en el Derecho penal creyó alcanzar semejante dirección. Más para que este recorrido logre ser auténticamente crítico necesario es pasar revista a la verdadera naturaleza y definición del normativismo. Así lo hace el A., exponiendo con su autoridad de filósofo qué cosa sea el normativismo, las influencias que informaron su aparición y, sobre todo, el concepto de "norma" en sí y en sus diferencias con la "ley". Después de tales premisas aborda la cuestión en el Derecho penal.

El primer problema, esencial, clave surge al encararse con la propia naturaleza de nuestro derecho. ¿Es "normativo", o es "legal"? Ya Minding y M. E. Mayer, diferenciaron exactamente la ley de la norma; de sus propios conceptos se deduce que lo que ha querido llamarse normativismo en el Derecho penal no es otra cosa que "legalismo"; la categoría "legalidad" obra en toda la doctrina del delito, pero no la de normatividad, pues la ley penal nunca puede resolverse en mera regla dada su naturaleza esencial-

mente imperativa. La normatividad, pues, no es tributo que pueda coincidir con el derecho punitivo.

Y pasando a problemas concretos: ¿qué es el hecho presupuesto esencial del delito? Maggiore lo define en general como acontecimiento cualificativo por categorías mentales (verdadero o falso, bueno o malo), y entiende que este hecho llega a ser relevante para el derecho cuando la "legalidad" le ha calificado como hecho jurídico. ¿Qué son los elementos normativos del Tatbestand?: También, según Maggiore, elementos legales.

Pero donde verdaderamente el autor pone al vivo la equivocación que supone recurrir al normativismo, es en la cuestión del delito omisivo y, sobre todo, en la llamada teoría normativa de la culpabilidad. Del primero afirma que un sano realismo puede servir para definirle y concretarle, sin orillar el campo de la juridicidad, con mucho más éxito que la artificiosa concepción normativa, según la cual todo en la omisión ha sido "creado" por la norma, es un juicio engendrado y expuesto en la cabeza del juez, pero nada más. Si la crítica del A. aquí encuentra abonado terreno para desarrollar su dialéctica, al enfrentarse con la culpabilidad normativa adquiere valor y viveza inigualables; ¿no es cierto—dice—que el pretendido juicio de valor debe, por fuerza, ser juicio de algo? Si el Magistrado no encontrase ante sí un hecho antijurídico y un hombre culpable, nada tendría que juzgar, valorar o reprobar. El juicio, afirma exactamente M., o es "reconoscitivo" o es "creativo"; en el primer caso se reconoce, solamente, lo que "existe"; en el segundo, el juicio crea ex nihilo su objeto, como la araña su tela. ¡El juicio de culpabilidad no histórico ni ético, sino fantástico, tendría el poder de crear la culpa y el culpable!

En definitiva, pues, la posición de Maggiore responde a la corriente actual del Derecho penal italiano, que quiere reivindicar al claro solar latino una serie de cuestiones involucradas durante los últimos veinte años de desarrollo de la ciencia penal. La culpabilidad normativa—contra la que ya han arremetido Petrocelli, ahora Maggiore, Vannini e, implícitamente, Antolisei—es la que muestra brechas más amenazadoras. ¿Cómo sustituirla?

Al precioso estudio de Maggiore, sólo ponemos un reparo: la confusión, advertida en toda la primera parte, entre normativismo y formalismo. ¿No se aclararían muchos puntos imprecisos substituyendo aquélla noción por ésta?

VANNINI, O.: "COLPA NORMATIVA"; págs. 30-33.

En forma de auténtica confesión—personal y bellamente expuesta—, el A. añora aquélla su construcción de la culpabilidad, llena de clásica sencillez, como ejemplo a contemplar para substituir eficazmente la teoría de la culpabilidad normativa. Vannini hace suyos los embates recientemente dirigidos por Petrocelli y vuelve la vista, con ilusión de Maestro experto, a los tiempos en los que, pese a la polémica de escuelas, la culpa penal nunca

perdió su humana diafanidad. Seguidamente enfila su crítica al concepto normativo de la culpabilidad, llegando a juicios que lindan con la opinión de Petrocelli.

También el artículo de Vannini—y ello revela mucho—acaba con nostalgia, clama por tiempos pasados. La mayor parte de los penalistas italianos de primera fila siguen esta conducta. Meditémosla ayudándonos de las últimas palabras de Vannini: “En pocas palabras he querido exponer mi pensamiento y declarar mi perfecta aversión a ciertas novedades (especialmente de marca germánica) que a mi actualmente gastada estructura mental, pese a su notable aparato dialéctico, parecen velar, bajo la apariencia de un progreso científico, la artificiosa exuberancia de un organismo en declive. ¡¡Tal vez sean los tiempos nuevos los que no consientan a la ciencia jurídica abstraerse a la tentación del novecientos!”

En este mismo fascículo: **RABAGLIETTI, G.:** “**LA PSICOLOGIA DEL GIURIDICE PENALE**”; págs. 34-41.

José M.<sup>a</sup> STAMPA BRAUN  
*Profesor Adjunto de Derecho penal.*

## RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PENALE

Marzo-abril 1949

**Profesor GAETANO FOSCHINI, Encargado de Derecho procesal penal en la Universidad de Macerata: “L’IMPUTADO COME SITUAZIONE GIURIDICA-MATERIALE”;** pág. 125.

Ve el Prof. Foschini en el “imputado” (persona “a la que viene atribuido el delito”, según la fórmula del art. 78 C. p. p.) una complejísima situación jurídica, integrada, a su vez por diversas y concurrentes situaciones jurídicas, de las que destacan las tres siguientes: “Individualización”, “Identificación” y “Reconocimiento”.

Con criterios y terminología muy personales, ya anticipados en otros estudios del mismo autor (“La antura giuridica del proceso”, 1948 y “La complessione del processo”, 1949, publicados en la “Riv. dir. proc.”), Foschini dice, respecto del primer extremo que, si bien no cabe imputación sin imputado, la exigencia práctica hace posible una aparición de la imputación antes que el imputado, del mismo modo que cabe una prioridad ideal y jurídica del nacido (“conceptus”, “nasciturus”) sobre el nacimiento: por ejemplo, en el supuesto de arresto sin mandato previsto por el art. 235 Código procesal penal, tomado en consideración por Carnelutti en sus “Lezioni sul processo penale”, 1946.

Se ocupa el autor de las siguientes cuestiones, que trata y desarrolla sistemáticamente:

“Individualización positiva” (art. 309 C. p. p.), en cuyo ámbito distingue dos grados: 1.º Prevenido o mero “indiciado”, y 2.º “Imputado”, en sentido estricto.

“Individualización negativa” (Proceso contra imputado ignorado, artículo 378 C. p. p.), que suscita graves dificultades a la doctrina dominante que ve en el proceso una relación jurídica.

“Individualización incierta” (Proceso contra imputados, indicados alternativamente).

“Identificación”, respecto de la cual dice Foschini que si la individualización puede compararse con el nacimiento de una persona, la identificación equivale a la determinación de su estado civil; la doctrina común—no aceptada por completo por este autor—, considera a la primera como “identidad jurídica”. “Medio” documental básico es el certificado del estado civil, y complementarios, las declaraciones del propio imputado y testigos, así como otros medios técnicos fotográficos, antropométricos y dactiloscópicos.

A la imposibilidad de identificación se refiere el art. 81 C. p. p., y concordantes del mismo texto procesal y del sustantivo, en cuyo supuesto, la ley se conforma con la “identidad física” (individualización) del imputado.

En materia de “reconocimiento” radica el problema de que la individualización y la identificación no coincidan; o sea, siempre que se reconozca “que la persona presente en la instrucción o en el juicio no sea aquella contra la que va dirigida la acción penal” (art. 83 C. p. p.), hecho que se produce por medio de una sustitución de persona. Esto se remediará mediante el “reconocimiento”, que podrá ser “ordinario” o “decisorio” (incidente recognoscitivo”; susceptible de acabar este último (arts. 83, 85, 86 y 583 C. p. p.) en sentido “positivo”, “incierto” o “negativo”.

**Dott. ALBERTO DALL'ORA, Ass. de Derecho penal en la Universidad de Milán: “SULLA NOZIONE GIURIDICO-PENALE DI CADAVERE. LA QUESTIONE DEL NATO-MORTO”; pág. 142.**

Con documentado apoyo en la más autorizada literatura jurídico-penal italiana y germánica y pertinentes remisiones a la jurisprudencia del Tribunal italiano de Casación, el Dr. Dall'Ora, dedica un interesante estudio a la aptitud de la criatura nacida muerta para ser jurídicamente estimada como “cadáver” y, en tal concepto, posible elemento constitutivo de los “delitos contra el sentimiento religioso y la piedad de los difuntos”, previstos en los arts. 410 a 413 del Código Rocco.

Atiende en primer término, a dilucidar si en estos delitos el “cadáver” es “sujeto pasivo” de esta clase de delitos o mero “objeto material” de los mismos; opinión—esta última—acogida por Dall'Ora, en contra del criterio mantenido por Florián, que se pronuncia en el primer sentido.

A continuación, entra el autor en el problema de si el cuerpo abortivo es cadáver a efectos jurídico-penales y pone en contraste el pensamiento de Binding, Liszt, Civoli y otros, para quienes el cadáver sólo es el despojo inanimado de un hombre “que ha vivido” (“die entseelte Hülle eines Menschen, der gelebt hat”), con la más moderna doctrina italiana y alemana, que ha virado decididamente hacia la opinión contraria; viraje que

se manifiesta también en el campo jurisprudencial, en el que las más recientes sentencias afirman que es suficiente que el feto sea "maturo" para que deba ser considerado cadáver, atenuando así la tesis extremista de Florián, que prescinde del grado de desarrollo del feto. Criterio ecléctico, semejante al de la jurisprudencia italiana, es el profesado por Olberhoff y compatido por otros autores, es el que se fija en la capacidad de vivir ("Lebensfähigkeit") la vida extrauterina.

Dall'Ora se adscribe a la posición de Binding, reforzando su punto de vista con la consideración del "bien jurídico protegido", cuya importancia como medio de interpretación jurídico-penal es destacada por Mezger: El "bien-valor" tutelado por la norma. Y en su virtud—estando comprendidos estos delitos en el capítulo dedicado por el Código a las infracciones contra la "piedad" de los difuntos—, no puede decirse que la simple lástima o conmiseración que pueda inspirar el feto inanimado equivalga a la "piedad" ("pietas") que, con el rango de culto o veneración, alcanza el cadáver del ser humano que vivió. No es por tanto cadáver el feto, maduro ni inmaduro, con arreglo a la noción jurídico-penal de cadáver construída sobre la interpretación teleológica, auxiliada por argumentos racionales; sin que valgan en contra los razonamientos de Florián, traídos del delito de feticidio.

No obstante—y ya "de jure condendo"—, cree Dall'Ora que la "destrucción u ocultación del cuerpo fetal" podría constituir, según los casos una infracción contra la administración de justicia o contra la salud pública. El sentido práctico inglés ya previó estos supuestos en su "Offences against the Person act", de 1861, que incluye la hipótesis de ocultación del cuerpo del nacido muerto en la categoría de la socultaciones de nacimiento ("concealments of birth").

En resumen, según el agudo y fundamentado estudio de Dall'Ora, la jurisprudencia italiana ha violado en este punto el principio "nullum crimen"; sin perjuicio de que, según el propio autor, debe apreciarse la necesidad de una oportuna intervención legislativa.

Mayo-junio 1949

† FRANCESCO ALIMENA, Profesor Ordinario que fué en la Universidad de Catania: "IL PROBLEMA DELLA CORTE D'ASSISE"; página 251.

Este estudio del malogrado Profesor Francesco Alimena, que sirvió de discurso introductivo al curso oficial de Procedimiento penal en la Universidad de Catania, fué el último trabajo del autor.

Estima Alimena que el problema de la "Corte d'Assise"—y, en íntima relación con él, el del Jurado o justicia legal o popular—ha sido, generalmente, tratado con excesiva superficialidad y ligereza, al no reparar los autores que se han ocupado de esta materia en que si bien la misma tiene un innegable aspecto procesal, la médula del problema corresponde

al Derecho sustantivo. Este olvido o subestimación del Derecho material es origen de graves errores, ya que la cuestión no puede resolverse limitando la investigación al modo de composición de estos Tribunales: Cuerpo de Jurados o jueces de hecho, presididos por la Magistratura de Derecho (sistema tradicional, seguido en el Código italiano de Procedimiento penal, de 1913) o escabinato (organizado en Italia por el R. D. de 23 de marzo de 1931, núm. 249, que formó en cada Corte d'Assise un único Colegio, integrado por dos Magistrados y cinco asesores). Si, con el primitivo sistema, pudo reprocharse al Jurado su lenidad, la reforma de Rocco la convirtió, según la opinión pública, en demasiado severo.

Entiende el autor que, sin desconocer lo arbitrario de la escisión entre el hecho y el derecho en cada caso penal, ya que ambos aspectos se entrecruzan y aún se confunden con bastante frecuencia, no se puede coincidir con el exagerado criterio de Carnelutti, que pretende apoyarse en consideraciones históricas para sostener que, precisamente, la primitiva función de los jueces populares, tanto en Roma como entre los germanos, era la determinación del Derecho (“*Rechtsfindung*”); y que sólo la deformación del Jurado al pasar de Inglaterra al Continente explica su actual limitación al juicio fáctico. Por el contrario, Alimena cree que esta distinción entre el juicio de hecho y el de derecho—reservado el primero al Jurado—, sigue fielmente la bipartición del proceso romano, no sólo civil, sino también penal en varias de sus manifestaciones, en la fase “*in jure*”, atribuida al Magistrado, y la fase “*in iudicio*”, deferida a los jueces legos. Ahora bien, si en el orden histórico no puede encontrar apoyo la crítica adversa al sistema bipartito, si lo halla en el campo lógico y a efectos constituyentes: El Jurado podría servir, con su sensibilidad, al fin de “acomodar la regla jurídica al caso concreto”. No realizando a su arbitrio la calificación del delito o predeterminándola mediante una descarada mixtificación de los hechos, sino “atemperando la pena” en la medida exigida por la personalidad del reo y por los fines de prevención general y retribución correspondientes a la pena misma—o, incluso, remitiéndola totalmente—, para que ésta no resulte injusta o desproporcionada en vista del concreto valor que el delito injuiciado revista ante la conciencia pública; acomodación que el Jurado solía llevar a cabo por vías torcidas, violando la ley y desentendiéndose del resultado de la prueba.

Esta ecuación de orden concreto entre el aquilatado daño social indirecto y su condigna pena hunde sus raíces en el puro “Derecho penal material”, dirimiendo la pugna entre la exigencia de certeza jurídica y la de la exigencia del caso vivo.

Pero si la “función” es necesaria, no es indispensable que el “órgano” que la realice sea precisamente el Jurado, como proclama con democrático celo el art. 102 de la nueva Constitución italiana. Con lo que ya se entra en el “aspecto procesal” del problema, también interesante, si bien de importancia secundaria, a juicio de Alimena.

El finado profesor se pronuncia contra el restablecimiento del Jurado

popular y reivindica para la Magistratura letrada—que incluso bajo el Régimen fascista, supo mantener su preclara independencia—este delicado poder de equidad.

**G. DOMENICO PISAPIA, Encargado de Procedimiento penal en la Universidad de Milán: "L'ESERCIZIO DEL DIRITTO [DI QUERELA NEL REATO DI CONCUBINATO]"; pág. 273.**

Incide el Profesor Pisapia en la discusión, planteada ya en la doctrina, sobre este problema: Si el término para proponer querrela por el delito de concubinato (amancebamiento) comenzará a correr—como afirma la jurisprudencia italiana, de acuerdo con Manzini, y basada en que se trata de un impuesto de caducidad, y no de prescripción—desde el momento en que se tuvo la primera noticia de la relación concubinaria, o de su notoriedad, si se mantiene fuera del domicilio conyugal o si, por el contrario, como entienden otros (Leone, Battaglini), el término de decadencia comenzará a transcurrir desde el momento en que la relación ilícita cese, teniendo en cuenta para ello que, tratándose de una "delito permanente", el "período consumativo" no se integra hasta el término de la actividad típica, o sea cuando la permanencia cesa.

Por su parte, el autor que nos ocupa "se subtrae a la común opinión que considera al concubinato como delito permanente" y estima que la esencia de este delito es la reiteración de actos, sexuales; habitualidad que nos sitúa más bien ante una figura "habitual" que ante un tipo permanente.

Con cita y comentario de autorizadas opiniones, de diferentes tendencias y matices (Leone, Manzini, Delitala, Antolisei, Battaglini), en relación con los oportunos textos legales y jurisprudenciales, Pisapia razona su tesis, estableciendo la siguiente conclusión: Desde el momento de la primera noticia del concubinato (o de su notoriedad, si el hecho se desarrolla fuera del domicilio conyugal) comienza a correr el término para deducir querrela "por razón de los hechos de los cuales se tuviere ya conocimiento", pero no respecto de aquellos otros hechos que no hubiesen sido aún cometidos y que vayan siendo conocidos eventualmente y con carácter sucesivo; conclusión que responde a la ya apuntada naturaleza jurídica, habitual, del concubinato, cuya carácter unitario no excluye, antes bien presupone, una pluralidad de actos, por efecto de los cuales el momento consumativo se prolonga indefinidamente, y correlativamente se dilata también el término de oportunidad de la querrela. Consecuencia de este criterio es que si, con posterioridad a la "abolitio criminis", por amnistía, prescripción o cualquiera otra causa extintiva o consuntiva o condenatoria, resurge o perdura la conducta concubinaria, resurge también para el ofendido un nuevo término válido para ejercitar su derecho de querrela.

**“Notizie e commenti”. “EL CONGRESO JURIDICO FORENSE DE NAPOLES”; pág. 282.**

La Revista da cuenta de los resultados del Congreso celebrado en Nápoles, del día 20 al 24 de abril de 1949, que se ocupó de las siguientes fundamentales cuestiones: a) Organización de las Cortes d'Assise, con intervención de jueces populares; b) Reforma de la organización judicial; c) Tutela de la libertad en el proceso penal.

En cuanto a la primera cuestión, se aceptó la idea del Senador De Nicola, de la “composición mixta”: Organó integrado por tres Magistrados togados y un número mínimo de cuatro jueces populares, con título académico; limitándose la competencia de la Corte d'Assise al conocimiento de aquellos delitos que por su gravedad produzcan alarma social.

En el segundo aspecto, se propugna: Parificación completa entre la Magistratura civil y la penal, con facultad de opción del Magistrado, después del primer grado de su Carrera, para escoger una u otra especialidad; creación de un Centro de estudios en que los Abogados y Magistrados penales completen su cultura profesional (medicina legal, psicología judicial y criminal, etc.); evitación de toda promiscuidad entre el ejercicio de la Abogacía y el de la Magistratura, a cuyo fin se propone la abolición de la Magistratura suplente (“Pretorato onorario”) y se apunta la prohibición de que los Magistrados, una vez que hayan cesado en su ministerio, puedan dedicarse al ejercicio de la Abogacía.

Respecto del tercer punto, se proponen medidas que aceleren la instrucción y reduzcan al mínimo los supuestos de prisión provisional del imputado y se señala la necesidad de que el poder judicial asuma, desde la primera noticia del delito, la efectiva dirección y responsabilidad de las pesquisas de la policía judicial.

**Jurisprudencia. GIUSEPPE GUARNERI: “DELITTO DI FURTO, LA SOTTRAZIONE DI COSE TROVATE INCLOSSO A DUN CADAVERE?”: pág. 177.**

En un extenso comentario a una sentencia dictada en 19 de febrero de 1949 por la Corte d'Assise de Cremona—que absolvió, por aplicación de amnistía, a unos milicianos, que habían asesinado y despojado a un compañero sospechoso de haber amparado a un “fascista”—, el Doctor Guarneri discrepa del extremo del fallo referente a la impunidad de la substracción, basada en ser “res nullius” la cosa que existe sobre un cadáver, en tanto no haya aceptación de los herederos, determinante de la adquisición de la herencia por éstos.

Trae el comentario a contribución textos de Nuvolone, Carrara, Manzini, Vico, Messieno y Ferri y, si bien reconoce que el juego combinado de ambos Códigos civil y penal vigentes, presta cierta base a la tesis absolutoria—que hubiera sido imposible bajo el régimen del Código civil de 1865, que transmitía automáticamente la herencia sin necesidad de aceptación,

y del Código penal de Zanardelli, que castigaba expresamente la apropiación de cosas de una herencia aún no aceptada—cree que no cabe admitir la “vacatio” dominical o posesoria, base de la absolución que el sentimiento moral se rebela a admitir; sin que, a su juicio, la redacción del Código civil de 1942, que exige la aceptación del heredero, si bien dotada de efectos retroactivos, deje abolida, sin más la antigua “saisine”. La repulsiva apropiación debió ser castigada, como lo es, inexorablemente, conforme al art. 197 del Código penal militar de guerra, en relación con el art. 140 del Reglamento de Servicio de guerra, de 1886. El despojo de cadáveres es delictivo; sujetos pasivos del delito serán, en cada caso, los herederos con derecho a aceptar y adquirir.

“¿Furto seuzza violazione di possesso?” A continuación del comentario precitado, el Magistrado Filippo Colace, Presidente del Tribunal de Cremona y ponente de la Sentencia criticada, inserta su respuesta en la que defiende la tesis combatida, basando su defensa en argumentos estrictamente legalistas, como son la actual prescripción de la “saisine”, en la ley civil, la fórmula del art. 624 C. p., que exige que la cosa sustraída “al que la posea” y la prohibición de la analogía “in malam partem”, que violaría el principio “nullum crimen sine lege”. No obstante, y en el terreno metajurídico, el propio Presidente Colace coincide con Guarneri en proclamar que la absolución del hurto enjuiciado, es moralmente absurda y socialmente peligrosa.

**Bibliografía. ANTONIO FERRER SAMA: “COMENTARIOS AL CODIGO PENAL”; dos volúmenes, 1947; pág. 173.**

Inserta la “Rivista” una laudatoria nota bibliográfica de los “Comentarios” a nuestro texto punitivo fundamental, del Profesor Ferrer Sama, considerados por los especialistas invocados por la publicación italiana, como “el mejor comentario de la parte general del Código penal español”, que, incluso resulta interesante para los penalistas extranjeros. Se destaca el riguroso criterio científico de la obra; el conocimiento de la doctrina italiana y germánica que el autor revela y otros méritos que hacen de este trabajo “una obra fundamental de la ciencia penalística europea de la postguerra”.

**MOSQUETE MARTIN, Diego: “EL DELITO DE ENCUBRIMIENTO”, 1946; pág. 174.**

La “Rivista” se ocupa, asimismo, con elogio, del mencionado estudio del Profesor Mosquete, demostrativo de la errónea sistematización del “encubrimiento” en nuestro Código y promotor de una escisión en dos diversas hipótesis, correspondientes a dos lugares, también diversos, del mismo Código. Destaca la nota a que hacemos referencia la amplia bibliografía y el serio examen de la legislación comparada en la materia.

Nota necrológica; pág. 175.

Da cuenta la Revista del óbito del profesor Francesco Alimena, ordinario de Derecho Penal en la Universidad de Catania, nacido en 1898 e hijo del insigne penalista Bernardino.

Entre los principales trabajos del malogrado profesor destacan: "La questione dei mezzi inidonei nel tentativo", "Osservazioni sulla distinzione del diritto in pubblico e privato", "Le condizioni di punibilità", "Appunti di teoria generale del reato", "La colpa nella teoría generale del reato".

## LA GIUSTIZIA PENALE

**IAQUINTA, Dott. Alfonso, "Dibathiti": "DELLA CONGIUNZIONE CARNALE CON DONNA DORMIENTE ED DIGNAZA", I, col. 151.**

En vista del art. 519 del vigente Código Penal italiano se pregunta el Doctor Iaquinta si el acceso con mujer dormida e inconsciente integra el delito de violencia carnal previsto por el Código punitivo. Después de un atento análisis de los elementos psicofísicos y jurídicos de este supuesto, llega a la conclusión afirmativa, teniendo en cuenta que el sueño fisiológico coloca al sujeto pasivo en una situación de inferioridad física y psíquica que impide el control de la propia acción y concreta íntegramente la condición de violencia exigida por la Ley.

**LOASSES, Cesare, Avv.: "LA NOZIONE DEL "POSSESSO" E DELLA "DETENZIONE" NELLA LEGE PENALE", II, col. 257.**

Después de contrastar las opiniones hasta ahora aducidas con criterio antagónico por los "autonomistas" (Nuvolone y Petrocelli) y por los "unitarios" (Panain) y exponer las divergencias innegables, existentes todavía en la materia, entre el Derecho Civil y el Derecho Penal, el autor estudia, por su parte, el concepto y alcance de la posesión en la Ley y en la doctrina penal, y considera la "disponibilidad" de la cosa como elemento decisivo característico de la "posesión" que sirve de presupuesto al delito; disponibilidad que equipara, a efectos penales, la "posesión" y la "detentación" de la cosa. A continuación, examina este principio de la "disponibilidad" en la jurisprudencia italiana, que es constante en afirmar que el hurto se consuma en el momento en que el detentador ha perdido la disponibilidad física de la cosa. De todo ello, concluye Loasses, que la "disponibilidad" unifica y caracteriza la posesión y detentación que constituye el presupuesto del hecho punible ("frente al sujeto pasivo"), tanto como la misma posesión y detentación constitutivas de la conducta delictiva ("respeto del reo").

**“DIBATTITI: “UN’ULTIMA PAROLA A PROPOSITO DELL’EVENTO COLPOSO (respuesta al professore Giuseppe Maggiore)”, II, col. 315.**

Con la brillante viveza polémica que le es peculiar, el profesor Ottorino Vannini replica a una nota de la obra “Diritto Penale”, del profesor Maggiore, en la que este último penalista, “irónicamente—dice Vannini— bromea con mi paradójica mentalidad, que tuvo un día lejano, y tiene aún hoy, el yerro y la presunción de concebir el delito culposo como ofensa a las reglas de policía y de disciplina, y de considerar, en consecuencia, el evento culposo mera condición extrínseca de punibilidad, abstractamente contenida e indicada en la “norma”, pero no en el “precepto”.

Vannini se afianza en su tesis—con la que luego vino a coincidir en lo sustancial Manzini—, y estima no apartarse tanto con ella del buen sentido latino como los juegos sobre la figura de la culpa normativa y otros semejantes. Para Vannini, lo directa e inmediatamente tutelado en estos casos es el interés de policía. Y, así, “el delito culposo es un delito de peligro—condicionado en su objetividad jurídica—condicionado a la verificación... del daño”. De aquí arrancan ulteriores desenvolvimientos: en el campo sustancial, imposibilidad de la tentativa y consumación del delito (cuando, por darse el daño-condición, se haya verificado), referible al momento de realización del acto u omisión del sujeto. Y en el campo procesal, identidad del hecho, en todas las hipótesis de delito culposo, a los efectos preclusivos del art. 90 del Código de Procedimiento (cosa juzgada).

Junio, 1949

**VIDONI, Prof. Giuseppe, de la Universidad de Génova: “ASTERISCHE SULLA DELINQUENZA MINORILE”, I, col. 161.**

Considera el Prof. Vidoni diversos aspectos causales y correctores de la delincuencia juvenil, fijándose especialmente, después de una referencia biológica a la transmisión herencial, en el ambiente familiar y social, en los anormales y normales en la escuela; miseria, enfermedad y degeneración, y, finalmente, terapéutica causal, atenta al principio de que la educación no puede obrar profundamente sino a condición de ser oportunamente precoz.

**LA PORTA, Romualdo: “LA CRIMINOLOGIA QUALE SCIENZA AUTONOMA”, I, col. 166.**

En sus breves reflexiones sobre el tema propuesto, el autor recoge como satisfactorio el siguiente cuadro de disciplinas criminológicas: a) Dogmático jurídico-penal. b) Historia del Derecho Penal. c) Sociología jurídico-penal. d) Filosofía del Derecho Penal. e) Política criminal (o crimi-

nología). f) Antropología criminal. g) Sociología criminal. h) Medicina legal. i) Psiquiatría forense. l) Psicología judicial. m) Técnica de la investigación o policía científica. Y aún sintetiza La Porta este cuadro, con personal criterio, reduciendo la criminalología a la siguiente estructura: Primera parte, Derecho criminal o penal; segunda, clínica y terapia del criminal; tercera, procedimiento del Derecho criminal, y cuarta, lucha indirecta contra la criminalidad.

**FORNARO, Luigi, abogado en Venecia: "ADULTERIO, RELAZIONE ADULTERINA, CONCUBINATO E DIRITTO DI QUERELA", II, col. 321.**

Dedica el abogado Fornaro su extenso y documentado estudio, rico en citas jurídicas y aun literarias, al examen y determinación de estos afines, pero diversas, modalidades de la violación punible de la fe conyugal, en relación con el derecho de querrela y oportunidad de la misma, dependiente del concepto técnico jurídico de orden material (delito instantáneo, continuado o permanente) que se asigne a cada una de ellas.

El consentimiento del cónyuge agraviado; la renuncia preventiva—rechazada por la jurisprudencia italiana—del derecho de querrela; el perdón y otros interesantes problemas, son minuciosamente tratados por este autor. Más que para el simple delito de "adulterio", de naturaleza instantánea, reserva su más atento análisis para el "concubinato" (art. 560 C. P.) y para la "relación adulterina" prolongada (art. 559, 2.º cpv.), caracterizada por la "affectio" y recíproca "disponibilidad" de los cuerpos, aunque tal disponibilidad no pueda prácticamente concretarse a veces, por razones contingentes.

Tanto esta relación adulterina como el concubinato, son para Fornaro "delitos permanentes". Y en cuanto al arranque inicial del curso del derecho de querrela, discrepa de Manzini (que entiende comienza cuando la permanencia cesa, o sea, a partir de la última cópula carnal), y sostiene, por el contrario, que el plazo de tres meses "a partir del "hecho" que constituye el delito, marcado por el art. 124 del Código Rocco—ya sea de prescripción o de caducidad—deberá estimarse iniciado desde que el ofendido tenga cierta noticia—ni tanto como prueba ni tan poco como sospecha—de la relación ilícita ("tresca")".

Otro tema no menos interesante es también tratado en este trabajo: Si la caducidad, por inactividad del ofendido o por perdón del mismo, excluye la posibilidad de nueva querrela por nuevos hechos integrantes de relación adulterina. Contra el más reciente criterio jurisprudencial italiano, Fornaro se inclina por la negativa. Considera, en cambio, que el carácter permanente de este delito no excluye, a efectos del art. 81 C. P., la posibilidad técnico-jurídica de "continuación", en el supuesto de que esta relación fuese sucesivamente interrumpida y reanudada repetidas veces, lo que daría lugar a una anómala, pero técnicamente correcta, manifestación de "delito continuado integrado por varios delitos permanentes".

**BATTAGLINI, Prof. Giulio:** “¿SONO AMMISSIBILI SENZA QUERELA DELL’OFFESO ATTI DI POLIZIA GIUDIZIARIA, PREPARATORI DEL PROCESSO?”, III, cl. 161.

Responde Battaglini a esta delicada pregunta—recuérdese la dura censura de Carrara a estas actividades, o “actos conservativos”, acogida por la Corte de Casación de Turín—en el sentido de que la Policía podrá adoptar medidas de este género en la órbita de los delitos privados (por ejemplo, arresto en caso de flagrancia), siempre que el que requiera su ayuda manifieste su propósito de deducir la querrela ante la autoridad judicial, sin que se precise por el momento la querrela misma. En análogo criterio aparece inspirado, en la materia, el Reglamento del Arma de “Carabinieri”, aprobado por R. D. de 1911.

Adolfo de MIGUEL  
*Profesor Adjunto de la Universidad de Madrid.*

## MEJICO

### “EL FORO”

Tomo 5, núm. 4, diciembre de 1948

**GARRIDO, Luis y JIMENEZ HUERTA, Mariano:** “ESTUDIO CRITICO DE LA LEY PENAL DE DEFRAUDACION IMPOSITIVA EN MATERIA FEDERAL”, pág. 397.

En este trabajo es minuciosamente estudiada la Ley de 30 de diciembre de 1947, en virtud de la cual se declaran constitutivas de delito una serie de conductas, encaminadas a defraudar al Fisco, que en la legislación anterior solamente tenían la consideración de infracciones de carácter administrativo previstas en el Código Fiscal de la Federación.

La nueva Ley, nos dicen los autores, que “con lamentable olvido de los más elementales valores políticos, jurídicos, lógicos y humanos”, tiende solamente a una ciega defensa de los intereses de la Hacienda pública y nos fundamentan su posición, principalmente, entre otros, con los siguientes argumentos:

a) Se infringe el principio “non bis in idem”, ya que las sanciones penales que se establecen en esta Ley, según su artículo 5.º, “se impondrán sin perjuicio de las sanciones administrativas que determinen las leyes fiscales”, o sea, las establecidas en el Código Fiscal de la Federación.

b) Al estar redactados sus preceptos en forma abstracta, sin referencia a ningún sujeto, contrariamente a lo que ocurre en la casi totalidad del resto de la legislación penal mejicana, que comienza la descripción de los tipos delictivos con las frases “El que...” o “Al que...”, basta la mera realización objetiva de las conductas descritas para que se co-

meta el delito, teniendo en cuenta la presunción de dolo que se establece en el artículo 9 del Código Penal.

c) La excesiva penalidad y el castigar con igual pena el delito consumado y el intentado, llegándose con esto a que se le tenga que imponer una pena cinco veces menor al que roba al Fisco que al que oculta ingresos gravados, y que el intento de realizar este mismo hecho se castigue con mayor pena que la tentativa de parricidio.

d) La disposición del art. 6, que establece con relación a los delitos penados por esta Ley que "no habrá lugar a reparación del daño, las autoridades administrativas, con arreglo a las leyes fiscales, harán efectivos los impuestos aludidos y las sanciones administrativas correspondientes", con lo que puede darse el caso de que, siendo absuelto por los Tribunales de Justicia, se le hayan impuesto por los mismos hechos sanciones administrativas.

Continúan los autores de este trabajo señalando otros defectos como el exceso de casuismo, el exigirse como requisito previo para el ejercicio de la acción penal que las Autoridades fiscales declaren que creen que, a su juicio, se ha cometido el delito, etc.

Terminan los autores de esta documentada y razonada crítica diciéndonos que esta Ley es contraria a los principios fundamentales de la legislación mejicana, no encajando, por lo tanto, en su ordenamiento jurídico.

C. C.

## PORTUGAL

### "REVISTA DA ORDEN DOS ADVOGADOS"

Año VII, núms. 1 y 2, primero y segundo trimestres de 1947. Lisboa

**DE CARVALHO RESSANO GARCIA, Dr. Antonio Eduardo: "OS DELITOS CONTRA AS MARCAS DE FABRICA E DE COMERCIO E O ACTUAL DIREITO POSSITIVO PORTUGUES", pág. 145.**

Comienza el autor ocupándose del incremento que en estos últimos tiempos ha tomado el mundo de los negocios, lo que ha dado lugar a que adquiriera una notable importancia la legislación de propiedad industrial, de tal forma, que se puede afirmar que no hay ningún país que carezca de ella.

En Portugal se encuentra en vigor el reciente Código de Propiedad Industrial de 1940, en cuyos títulos II y III se ocupa, respectivamente, de los "Regímenes jurídicos de la propiedad industrial" y de los "Delitos contra la propiedad industrial"; pero entre estos capítulos, nos dice el autor, se destacan, por la importantísima función que desempeñan en la actividad económica, los relativos a las marcas de fábrica y de comercio, constituyendo el objeto de este trabajo el estudio de los delitos cometidos en esta materia.

Los delitos que tienen por objeto las marcas están contenidos en los artículos 217, 218 y 219 del citado Código, de los que nos hace el autor un magnífico y detallado estudio, tratando separadamente del comentario de las distintas figuras delictivas comprendidas en cada uno de los mencionados artículos, ocupándose, de forma especial, de la falsificación y de la imitación, así como de su concepto y diferencia.

Termina el autor este interesante y documentado trabajo preguntándose si estarán en este Código previstas todas las formas de concurrencia desleal en materia de marcas; contestando que seguramente no, y que tampoco cree que fuera éste el propósito de la Ley, ya que en la enumeración de los casos de concurrencia desleal que apunta no procede con carácter taxativo.

C. C.

## PUERTO RICO

### REVISTA DE DERECHO, LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Octubre-diciembre 1948

**P. AMADEO, Santos: "LOS PODERES DE LOS TRIBUNALES DE PUERTO RICO PARA CASTIGAR POR DESACATO", pág. 483.**

Comprende el ensayo una introducción destinada a puntualizar las diferencias entre el Derecho público angloamericano y el Derecho público español, basado en el Derecho romano, en relación con los poderes de los Tribunales de Justicia para castigar por desacato a su autoridad. En los países donde rige el primer sistema existen poderes inherentes a los Tribunales para castigar dicha figura de delito, aunque esos poderes pueden ser reglamentados razonablemente por preceptos estatutarios, y considera como desacato cualquier acto que obstruya a los Tribunales en el ejercicio de sus funciones. En los países donde rige el Derecho público de origen romano, el desacato está sancionado en los Códigos penales, y sólo lo constituye el calumniar, injuriar, difamar o amenazar de hecho o de palabra a cualquier autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, ya en su presencia, ya en escrito que se le dirigiera. Durante el régimen constitucional español rigió en Puerto Rico un Derecho público calcado en el Derecho romano, y, por tanto, los poderes judiciales para castigar por desacato estaban gobernados por estos principios. Con el cambio de soberanía se implantaron en Puerto Rico los principios del Derecho público angloamericano, empezando a regir la Ley Foraker, el Código Penal y el Código de Procedimiento Criminal vigente. Y desde que empezaron a regir estos cuerpos legales los poderes de los Tribunales para castigar por desacato están basados en los principios del Derecho público angloamericano. Se extiende a continuación el autor en

el estudio de la definición, evolución y clases del desacato; bases constitucionales y estatutarias del poder para castigar por desacato; actos consitutivos de desacato directo; constituyendo, en suma, un interesante estudio teórico y práctico, al tiempo que sistematiza la legislación española, comparándola con la angloamericana, avalorado con interpretaciones de tratadistas españoles, norteamericanos e hispanoamericanos.

D. M.

## SUIZA

### REVUE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE

Abril-junio 1949

**DI TULLIO, Benigno: "LA SOCIETE INTERNACIONALE DE CRIMINOLOGIE", pág. 75.**

La idea primaria de establecer una Sociedad Internacional de Criminología nació en el pensamiento del notable articulista con ocasión del Segundo Congreso de la Sociedad Alemana de Biología Criminal, reunida en Hamburgo en 1933, en el que expuso a los congresistas las razones convenientes para mantener entre ellos una estrecha colaboración, dentro del sector internacional, que podría agrupar a todos los especializados en ciencias criminológicas, con objeto de contribuir a un progreso más fácil y de mayor eficacia. Algunos meses más tarde, surgió una Sociedad de Antropología Criminal en Italia, que recogió la iniciativa del profesor Di Tullio, con un vasto programa de seleccionados trabajos científicos, doctrinales y prácticos, elaborándose informes y estudios de gran número de técnicos, especialmente de los adheridos a organismos que disertaban en ciencias criminales en países extranjeros, como los que acudieron al Congreso Internacional de Medicina Legal de Lille. Este Congreso, aprovechando la primera de las grandes reuniones de representantes de las Sociedades para el fomento de las mismas en los diferentes países, convocó su reunión en París en 1934, y durante el curso de las sesiones decidió crear la Federación Internacional entre aquellas entidades, designando al profesor Di Tullio para el puesto de Secretario General.

**THEO COLLIGNON, M.: "A PROPOS DE DEFENSE SOCIALE", página 80.**

El problema de la defensa social no puede definirse exclusivamente con miras a la función perseguida por tan compleja ciencia. Ante todo, comprenderá el conjunto de sistemas y medios que por su naturaleza preservan a la sociedad de los atentados del crimen y del delito. El Código Penal y las ciencias penales se concretan a la represión de las infracciones tal como aparecen definidas, mientras que la defensa social tiende a suprimir la necesidad de la represión, haciendo desaparecer la causa que la

motiva. A estos fines no se comprende únicamente la posibilidad de un sistema de legislación; se refiere principalmente al dominio moral y al campo de acción de las ciencias biológicas, antropológicas, psiquiatría, psicología y pedagogía, y puede contribuir al descubrimiento de los gérmenes del crimen y hacerlos perecer. La defensa social significa la protección al individuo y la protección a la sociedad por los procedimientos de profilaxia adecuados, según la época, lugar y circunstancias. No se concibe más que respaldada por la vigilancia de los Poderes públicos, sostenidos por todas las autoridades y prestigiada y fortalecida por el sentido cívico de los miembros del cuerpo social."

**GRAVEN, Jean: "LA COMMISSION SUISSE D'ETUDES CRIMINOLOGIQUES ET DE PROPHYLAXIE CRIMINELLE", pág. 33.**

Al finalizar el siglo XIX, la "escuela positivista" italiana intentó provocar "un nuevo florecimiento del gran árbol de la ciencia criminal para los estudios experimentales, gracias a los cuales debería ser indemnizado de la pérdida de las ramas y de los hojas que la Metafísica había desechado", según la imagen feliz de Ferri. Aunque estas teorías no hayan sido admitidas en su totalidad, a pesar de las innovaciones que arrancan de las ciencias naturales, es indiscutible que han conducido a un progreso beneficioso en el Derecho Penal y han producido un despertar científico y legislativo, que ofrece entre sus mejores ejemplos el Código Penal suizo, que ha introducido todo el sistema de las medidas de seguridad al lado del régimen de las penas clásicas, y acierta a continuar felizmente las bases tradicionales de la culpabilidad y de la expiación, con las innovaciones del carácter peligroso del autor del crimen y de las necesidades de la defensa social. Criterio digno de encomio, porque la ciencia no se detiene, ya que su detención implicaría la muerte, y el progreso de la doctrina y de la legislación no constituyen un cuadro definitivo, sino una etapa de perfeccionamiento y el medio de combatir el crecimiento de la criminalidad juvenil y la criminalidad habitual y los males que acarrea nuestro tiempo a modo de un envenenamiento colectivo.

**JACOMELLA, Dr. Sergio: "SUR QUELQUES REFORMES PENITENCIAIRES", pág. 92.**

La historia de las reformas de las prisiones ha marcado en estos últimos años etapas y progresos importantísimos, notándose una tendencia a constituir la ciencia penitenciaria, estructurándola como una ciencia antropocéntrica que coloca al hombre en el verdadero centro de la ejecución de la pena. Asistimos a una profunda reforma de criterios y de instituciones dominadas por el pensamiento constante de aproximar la situación del alma del detenido, con el fin de comprenderle y de concederle dentro de sus necesidades y sufrimientos. Ya en la segunda mitad del siglo XVIII, Beccaria afirmaba que la pena debía "dulcificar" la condición del condenado, en el sentido de que no debía causar otros sufrimientos y su-

plicios que los necesarios, no para mitigarlos por un sentimentalismo peligroso, sino para inculcar una voluntad fuerte y educativa. Desde el momento en que la ley, consagrada por la historia reconoce principios que dirigen la vida y leyes filosóficas que descienden por abstracción de teorías, transcurre un tiempo más o menos largo aplicado a las relaciones sociales, y el mismo fenómeno se verifica en el medio penal y penitenciario, proclamándose desde la más remota antigüedad que el delincuente era un enfermo a curar y las prisiones modernas un tratamiento para la represión regeneradora.

**KREHEH, Jean: "LA VERITE, LE PENTHOTAL ET LA JUSTICE";**  
página 101.

Se trata de un nuevo estudio acerca de los métodos científicos que en la actualidad dispone la policía de Chicago para descubrir la mentira en el curso de los interrogatorios, que vienen a sumarse a los numerosos que sobre el mismo tema vienen publicándose en Revistas de la especialidad, y de los que con frecuencia hemos dado cuenta en este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

**HEPNER, Walter: "PREUVE DUNE FALSIFICATION PAR LEXAMEN MICROSCOPIQUE DES BOROS DE PAPIER";** pág. 126.

La experimentación del examen descrito por el autor, y llevado a feliz término en un proceso, ha motivado un nuevo método de investigación que permite, en casos semejantes, merced a un examen microscópico adecuado, descubrir toda clase de falsificaciones de documentos, y aportar nuevos derroteros en materia de pruebas en Criminología y Derecho penal, para conseguir la ayuda judicial, estudiándose el problema en la forma siguiente: 1.<sup>a</sup> Examen de la escritura por comparación; 2.<sup>a</sup> Examen de la antigüedad de la tinta, y 3.<sup>a</sup> Examen de los bordes del documento.

D. M.

SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FUER STRAFRECHT.

(Revue pénale suisse)

Año 63, cuaderno 1.º, 1948

**SEELIG, Ernst: "DIE GRUNDLEGUNG DER MODERNEN KRIMINALWISSENSCHAFT DURCH HANS GROSS".** (La fundación de la ciencia criminal moderna, por Hans Gross); págs. 1-12.

El trabajo se escribe con motivo del centenario del nacimiento del gran científico austriaco, y en él se examinan a grandes rasgos, su vida y su

obra. Aparece Gross en el momento en que se ve el fracaso de la escuela clásica y es combatida por la positivista de Lombroso y Ferri, por un lado, y por la sociológica de Liszt, por otro, Gross, funcionario judicial aplica al estudio de la ciencia penal su gran experiencia directa y personal, abarcando un amplio campo al que da el nombre de Criminología, en la que estudia el delito desde todos los puntos de vista que enfocan su causación, ejecución, descubrimiento y represión (sociología, psicología, medicina y psiquiatría criminal, criminalística, penología, etc.), que se conjunta con la ciencia jurídica criminal que sigue considerando imprescindible y que incluye no sólo el derecho penal, sino también el procesal penal y la política jurídico penal. Convencido Gross de que su labor sería infecunda si no se viera ampliada y continuada por otros, procura formar escuela y lo hace por medio de la fundación de una revista (*Archiv fuer Kriminal anthropologie und Kriminalistik*) y de un centro de estudios (El Instituto Criminológico adjunto a la Universidad de Graz).

**GLASER, Stefan: "LA CHARTE DU TRIBUNAL DE NUREMBERG ET LES NOUVEAUX PRINCIPES DU DROIT INTERNATIONAL";** páginas 13-38.

En esta conferencia, dada el 8 de mayo de 1947, se ocupa Glaser de la Carta del Tribunal de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, considerando sus disposiciones de orden sustantivo, desde un punto de vista jurídico internacional. Y en su estudio se pronuncia en sentido elogioso y aprobatorio de los principios fundamentales consagrados, fijándose principalmente, en la consideración del individuo como sujeto de derecho internacional: La exclusión de la inmunidad del acto de estado (consecuencia de la negación de la soberanía absoluta del Estado mismo); La negación de la responsabilidad colectiva (aunque de la simple lectura de la carta pudiera deducirse otra cosa); La negación del principio de legalidad, incompatible con el actual estado del Derecho internacional y desconocido en los derechos no codificados como el inglés; La negación del valor eximente de la obediencia debida; La consideración de la guerra de agresión como crimen contra la paz y la consagración de los crímenes contra la humanidad. A lo largo del trabajo, para fundamentar su postura de justificación de tales principios, cita numerosos autores clásicos y modernos, así como buen número de tratados internacionales.

**SCHREIBER, Paul: "STREIFZUEGE IM EHRVERLETZUNGSRECHT"**  
(Rasgos del Derecho contra las lesiones del honor); págs. 39-62.

La regulación de los delitos contra el honor en el Código Penal Federal suizo, presenta diversos problemas de alguno de los cuales se ocupa el autor. Señala en primer lugar la existencia de tres tipos delictivos: la difamación (*ueble Nachrede*); la calumnia (*Verleumdung*), y la injuria

(Beschimpfung). El fundamental es el de la difamación que existe cuando el agente atribuye o inculpa o propaga la atribución o inculpación a otro, una conducta deshonrosa o hechos susceptibles de dañar su fama. Más grave es la calumnia que sólo se distingue de la anterior en que se hace contra "el mejor conocimiento", es decir, constando al sujeto la falsedad de lo dicho. Se cualifica este tipo, cuando se hace con arreglo a un plan sistemático y preconcebido. Y, finalmente, se recoge la injuria que comprende el amplio campo de las llamadas injurias formales, es decir, las realizadas con manifestaciones de hecho o palabra que contienen un juicio de desvaloración general. Los tres tipos pueden cometerse de palabra, por escrito, grabados, etc.

Se ocupa a continuación de la prueba de la veracidad de la imputación. Y aunque el Código suizo sólo la recoge como circunstancia exculpatória en algunos supuestos relacionados con la difamación, sostiene el autor, con gran copia de razones y aciertos, la necesidad práctica de admitirla con tal valor en todo caso. También se refiere a la exclusión del injusto, cuando el autor emite la injuria por motivos razonables para defender intereses justos, siempre que se limite a lo estrictamente necesario y estima que no cabe representación en la autoría, por lo que el abogado que injuria a la parte contraria no puede invocar el haber obrado según instrucciones de su cliente ni viceversa. Estudia después los grados y forma de comisión del delito admitiendo no sólo la consumación, sino también la tentativa, incluso con medios inidóneos, y la participación por vía de coautoría, inducción, complicidad, autoría mediata e inmediata, etc. Admite el juego del arrepentimiento eficaz manifestado mediante la retractación. Y termina el trabajo con algunas ideas relativas al aspecto procesal de estos delitos reservados a la querrela del agraviado, como son, la forma de presentarla, su plazo, modo de interrumpir la prescripción y la retirada de la querrela.

**SIMSON, Gerhard:** "DIE NEUE GESTALT DES SCHWEDISCHEN STRAFVOLLZUGS" (El nuevo aspecto de la ejecución penal sueca); páginas 63-93.

La ley de 21 de diciembre de 1945 establece el nuevo régimen penitenciario sueco, que si no se aparta de una manera absoluta de las líneas fundamentales del penitenciarismo generalmente mantenido anteriormente en la misma Suecia y en otros países, sí representa un gran avance y sobre todo un importante esfuerzo experimental, que apenas puede permitirse otro país, ya que las condiciones de Suecia son enormemente favorables debido a la escasísima población penal absoluta y relativa que existe en el país. Frente al principio tradicional de la intimidación del sujeto, y sin perjuicio del mismo porque todo hombre normal siente necesariamente como un mal la pena, se establece el principio moderno de que la ejecución penal debe servir principalmente para adaptar al preso a la comunidad y a la vida social en libertad y por ello se dispone en el párrafo

24 de la Ley, que "el preso debe de ser tratado con firmeza, seriedad y respeto a su dignidad humana. Debe ocupársele en un trabajo adecuado y por lo demás recibir un tratamiento que favorezca su adaptación a la comunidad", fórmula, como se ve, muy semejante a la empleada por nuestros reglamentos penitenciarios. Sobre esta base se establecen otros principios que son como conclusiones o derivaciones de la fundamental, y entre los que se pueden citar el abandono del sistema progresivo, y muy principalmente el aislamiento celular, la individualización del trato penal para adaptarlo a las condiciones del sujeto, lo que implica la diversidad de establecimientos, la introducción del trabajo en las prisiones como medio de formación profesional y el contacto del recluso con el mundo exterior, mediante un régimen adecuado de permisos, salidas al trabajo y liberación condicional anticipada. Las prisiones dependen todas de un órgano supremo (la oficina central de prisiones), y están dirigidas por un director con personal adecuado para cumplir su función. En cada establecimiento penal hay además una comisión o junta (en cierto modo semejante a las de régimen de nuestros reglamentos, pero que tiene más atribuciones, puesto que le compete resolver sobre numerosas cuestiones relacionadas con los penados que exceden al puro régimen interior de la prisión) de las cuales forman parte el director de la prisión, un funcionario de la misma, y tres personas nombradas por el Rey entre la población civil, una de las cuales ha de ser jurista. Las penas que se aplican son de trabajo penal y prisión, aplicándose también dos medidas que son la de internamiento y la de prisión para jóvenes, que se ejecutan con diversos accidentes, en cuyo detalle no podemos entrar.

**SONTAG: "ZUM BEGRIFF DES VORSCHUBLEISTENS IN ART. 301 SCHWEIZ. StGB UND ART. 93 MilStGB"** (Sobre el concepto de la prestación de apoyo, en el art. 301 del Código penal suizo y en el artículo 93 del Código penal militar); págs. 93-100.

Espías y espionaje hay y ha habido siempre y especialmente durante las guerras, pero lo que es cosa moderna es que las potencias enemigas utilicen el territorio de los países neutrales como campo de operaciones de sus servicios secretos de información. Ello ha provocado la necesidad de leyes para impedir estas actividades. Ciertamente, la actividad del espía directo o inmediato, el verdadero agente de información, no sería posible ordinariamente si no existieran otras personas que sin ejercer actividades propiamente de espionaje facilitan la labor de espía, por ejemplo, facilitándole los medios de permanecer en el país sin despertar sospechas sobre sus verdaderas actividades. Estos auxiliares o favorecedores han sido también penados por las leyes. El problema que se plantea el autor de este trabajo es el de si tales auxiliares pueden o no ser penados independientemente del sujeto principal al que auxilian. Según las leyes suizas parece imposible llegar a una conclusión afirmativa, vista la

redacción de los artículos citados en el título que exigen la determinación de los actos concretos de espionaje a que se ha prestado ayuda. Y estima preferible la fórmula de las leyes alemanas, según las cuales se puede penar al que coopera con su auxilio a las actividades de información de la potencia extranjera en general.

**COUCHEPIN, Louis: "LES CONFLITS DE COMPETENCE INTER-CANTONNAUX EN MATIERE PENALE ET LE RECOURS AU TRIBUNAL FEDERAL AU SENS DEL'ARTICLE 351 CP."; págs. 101-120.**

Cuando surge cuestión acerca de la competencia de las Autoridades de diversos Cantones hay que acudir al Tribunal federal para que resuelva el conflicto. La resolución ha de tomarse, naturalmente con arreglo al fuero que en materia penal es el de comisión del delito. Y ello da lugar a diversos supuestos que estudia el autor según sea uno solo el autor y el lugar, o varios los autores y lugares, o un autor que actúa en diversos lugares, etcétera. Para toda la diversidad de casos pueden extraerse de la ley reglas adecuadas. Pero estas reglas legales tienen por fin facilitar la represión penal y permitir la aplicación justa y rápida de las leyes penales. Por ello, en ocasiones es conveniente derogar tales reglas generales y así se reconoce en la legislación suiza, que atribuye al Tribunal federal, un verdadero poder de derogación en ciertos casos, cuando lo exija el estado del procedimiento, como las dificultades o retrasos graves, las razones de equidad, el número o gravedad de los delitos cometidos en los diversos departamentos, etc. Poder de derogación, que alcanza también al arbitrio para distribuir la competencia de dos o más Cantones.

**HENTIG, Hans v.: "GERICHTLICHE KLAENGE UN GERAEU SCHE" (Sonidos y ruidos judiciales); págs. 121-138.**

En este artículo, que promete otros ampliatorios, se propone el autor demostrar que aunque la justicia y sus actos parecen requerir el silencio y de hecho evitan todo ruido perturbador, e "incluso la distracción provocada por el movimiento del sol", lo cierto es que existe una "acústica" del derecho criminal, unos ruidos y sonidos que ordinariamente acompañan el paso de la jurisdicción. Y en efecto, señala el autor numerosísimos ejemplos, casi todos ellos antiguos, pero con persistencia en muchos casos hasta nuestros días, de tales ruidos, como son el tañer de campanas o el redoblar de tambores, o el tocar otros instrumentos musicales más o menos sonoros durante la realización de determinados actos judiciales y muy especialmente la ejecución de penas capitales y corporales. Ligeramente se ocupa también de las diversas interpretaciones que el fenómeno ha recibido y que en general se basan en la creencia en el poder mágico de tales sonidos.

**JOEHR, Ed.:** "UEBER EINEN INTERESSANTEN, TOEDLICH VERLAUFENEN ABTREIBUNGSFALL" (Sobre un caso interesante de aborto con resultado de muerte); págs. 138-144.

Sobre un supuesto de hecho presentado ante el Tribunal, se estudia el contenido de la Sentencia recaída, considerando especialmente la participación de los sujetos y la culpabilidad.

Fernando ALAMILLO CANILLAS  
*Abogado Fiscal de Salamanca.*

## SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FUER STRAFRECHT

Año 62, cuaderno 2.º, 1948

**CLERC, François:** "A PROPOS DES CONTROVERSES EN SUISSE SUR LES PRINCIPES DE L'OPPORTUNITE ET LA LEGALITE DES POURSUITES"; págs. 161-170.

Un problema importante del Derecho procesal penal es el de cómo debe ejercerse la acción, si con arreglo al principio de oportunidad, apreciada por la persona encargada de ejercerla, o con arreglo al de legalidad, es decir, con ejercicio obligatorio para el funcionario del Ministerio público. Si la cuestión ya no presenta dificultades en nuestro Derecho, unificado en la Ley de enjuiciamiento y el Estatuto del Ministerio Fiscal, sí lo presenta en el Derecho suizo, por la diversidad de las legislaciones cantonales, algunas de las cuales establecen de manera clara uno u otro principio, pero otras no dan solución ninguna. El autor, en principio, cree que es más favorable el sistema de legalidad, pero estima que no por ello han de abandonarse totalmente las concesiones que sea conveniente hacer al principio de oportunidad.

**Anónimo:** "ZUR KRISE DER STRAFZUMESSUNG IN DEUTSCHLAND" (Sobre la crisis de la aplicación de las penas en Alemania); páginas 170-179.

Una de las premisas fundamentales para que el Derecho penal cumpla adecuadamente su función, es que la aplicación de las penas se haga de manera regular, uniforme y adecuada a las condiciones sociales del país. En Alemania, durante el antiguo régimen, fué posible tal cosa; también se obtuvieron buenos resultados con el sistema de Weimar; ya empezó a fallar cuando advino el régimen nacionalsocialista, con su multiplicitad de tribunales policiales, políticos, judiciales, etc., y la desorbitación del arbitrio judicial, que podía llegar desde la aplicación de una multa de tres marcos a la pena de muerte, sobre todo durante la época de la última guerra. Y casi peor está la situación ahora, por la diversidad de Tribunales que aplican diversas normas penales y reglamentarias con criterios absolutamente dispares e incluso contrapuestos en forma absurda. Por ello mantiene el autor que la aplicación o individualización de

las penas está en crisis que afecta a todo el mecanismo represivo, y que de tal crisis no se podrá salir mientras no se dé a la población la posibilidad de ganarse su pan honradamente, porque mientras viva en condiciones de vida equivalente a las de un campo de concentración, ni la aplicación rigurosa, ni la benigna, de las penas, podrá evitar o impedir su caída moral, económica y, en definitiva, criminal.

**PETRXILKA, Werner:** "DAS DIFFERENZIERUNGSPROBLEM IM SCHWEIZERISCHEN STRAFVOLLZUG" (El problema de diferenciación penitenciaria en Suiza); págs. 180-212.

El Código penal suizo de 1 de enero de 1942 muestra claramente su creencia y voluntad de que las penas diversas, y las diferentes medidas de seguridad han de ejecutarse con plena diferenciación y separación de locales y personas, porque de otra manera no será posible que cumplan sus específicas finalidades de expiación, corrección o eliminación. Pero la transformación del régimen penitenciario encuentra en Suiza serias dificultades por la circunstancia de que la soberanía ejecutiva en materia penal descansa en los cantones, y a estos les resulta muy gravosa la creación de numerosos establecimientos penales. Y ello entraña el peligro de que los Cantones prorroguen indefinidamente una situación que el Código previó como provisional, mientras se pudieran acometer las verdaderas y fundamentales reformas necesarias, en cuya situación temporal autorizó el cumplimiento de las diversas penas en un mismo establecimiento, con la máxima separación de locales. El autor propone la constitución de una comunidad suiza para la ejecución de las penas, no pareciéndole suficiente la que ya se va proyectando, que es puramente regional.

**Anónimo:** "ARS MORIENDI"; págs. 213-222.

En esta misma Revista, en el año 1945, publicó el Profesor Radbruch un artículo con este mismo título. Ahora, un sacerdote católico, escribe unas apostillas al trabajo de Radbruch; se ocupa brevemente de la solemnidad y rapidez de la ejecución, la petición de perdón por parte del verdugo, la coquetería del condenado, que quiere hacer "buena figura", de las reacciones de los condenados ante la ejecución, generalmente vigorosa y muy favorable en el aspecto religioso, de la psicología del miedo ante la muerte, etc. Reviste el interés grande que le presta no sólo la formación cultural, psicológica y moral de un sacerdote católico, sino, además, la circunstancia de ser éste capellán de Prisiones, que ha asistido espiritualmente a numerosísimos condenados a muerte, y ha podido estudiar directamente sus reacciones.

**KURT, Víctor:** "AUSLEGUNGSFRAGEN ZUM SCHWEIZ. STRAFGESETZBUCH" (Cuestiones de interpretación del Código penal suizo); páginas 223-244.

Tras un reseña o índice de cuestiones tratadas anteriormente bajo el mismo título, siguiendo el orden de los artículos del Código, prosigue Kurt con sus cuestiones, ocupándose en este número, de si la libertad condicional puede o debe concederse de oficio o a instancia de parte (cuestión XXVIII), que el Consejo Federal ha resuelto en sentido favorable a la concesión de oficio; si la sentencia de expulsión del territorio impuesta por el Juez, puede ejecutarse antes de que se cumpla el término de libertad condicional en otra pena privativa de libertad (cuestión XXIX), contestando negativamente, pues la pena accesoria no puede en este caso cumplirse mientras no se cumpla totalmente la principal, que no queda totalmente ejecutada hasta que termina el período de prueba; del reintegro en un establecimiento de custodia, conforme al art. 42, núm. 6 (cuestión XXX); de la imputación al condenado de las costas de ejecución (cuestión XXXI), que depende de lo dispuesto por las diversas legislaciones cantonales, y de las medidas administrativas complementarias, cuando el Juez no puede imponer la custodia, ni según el art. 14, ni según el 42 del Código penal (cuestión XXXII).

**KRAFFT, Agénor:** "LE DROIT DISCIPLINAIRE DES PROFESSIONS INDEPENDANTES"; págs. 245-263.

El Derecho disciplinario, considerado por la doctrina y la jurisprudencia como "el pariente pobre", permite, precisamente por esta escasez de estudio, una gran arbitrariedad judicial y administrativa. La autora del trabajo, abogada en Lausana, pretende dar una idea de conjunto sobre su significación, en relación, fundamentalmente, con su carácter administrativo o penal, fijándose de una manera especial en el Derecho disciplinario de la abogacía, para protestar enérgicamente de la interpretación que se ha dado alguna vez, recientemente, al oficio de abogado, equiparando a éstos, a tales efectos, a los funcionarios públicos, lo que crearía para ellos una situación insostenible, al tener que adaptarse a las exigencias del estado, y no a las del interés de la justicia y de sus clientes, a los que deben servir. Concluye estimando que el Derecho disciplinario de las profesiones liberales, especialmente el de la abogacía, debe equipararse al Derecho penal, estableciéndose rígidamente los hechos constitutivos de infracciones, las penas o correctivos imponibles y el procedimiento a seguir para declarar la falta y la pena.



# NOTICIARIO



## CONFERENCIA DEL PROFESOR G. BETTIOL, EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

### Marxismo y Derecho penal

El Profesor G. Bettiol plantea el problema de que no es posible discutir los problemas penales con un criterio estrictamente técnico, sino antes bien buscando los supuestos histórico-políticos del pensamiento penal.

Expone la lucha entre las dos concepciones penales, la burguesía y la marxista, esta última cristalizada en el Código penal ruso. ¿Cómo surge y cómo se manifiesta en el campo del Derecho penal la exigencia marxista? Surge como una exigencia de lo *concreto* en el cuadro de una doctrina de carácter ilusionista. Para ello niega la *certeza* del derecho, para hacer prevalecer la cuestión de la *justicia* del derecho. Ya que la idea liberal entrañaba un proceso de formalización del pensamiento jurídico, sin dar cabida al eco de la sustancia de las cosas.

Afirma que en la jurisprudencia de intereses hay que ver el origen de la penetración del marxismo en el Derecho penal. Además que la corriente metodológica de la jurisprudencia de intereses se halla impregnada de utilitarismo y hedonismo, propios de la ideología marxista.

Por otra parte, también la Escuela criminológica italiana preparó el terreno para la llegada del marxismo, puesto que fundaba su especulación en ideas político-criminales, propias del clima marxista.

Estudia las dos concepciones penales, marxismo y liberal, simbolizadas en la defensa social en el primero, y en el segundo en el sentido de tutela jurídica, esto es, de la retribución. Con el puro criterio de la defensa social se naturaliza la idea penal hasta convertirla en un derecho penal de fondo biológico. Defensa social y naturalismo de un lado; de otro, retribución y carácter moral de la sanción. ¿Qué camino sigue el marxismo en el derecho penal? Nada más claro a este respecto: sigue la orientación defensista, como lo demuestra el art. 1.º del Código penal soviético. Así se concibe la ley penal por el marxismo como un instrumento de defensa, e igualmente la transformación del delito común en delito político. Pasa revista a las consecuencias técnicas de la idea marxista en el derecho penal. Entre otras la terminación del principio de legalidad y en consecuencia la admisión de la analogía como fuente de derecho, así como la omisión del criterio del delito como garantía de la libertad y dignidad humanas para sustituirlo por la peligrosidad del individuo y en consecuencia la prevención por la represión. Después analiza cómo se presenta la pena en la concepción marxista, haciendo una detallada e interesante exposición, para concluir con la afirmación del valor moral del hombre.

## II CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL

(Lieja, 3-8 octubre 1949)

El Instituto Internacional para los estudios de defensa social, que dirige el abogado de Génova, Felipe Gramatica, ha continuado su primera reunión internacional, celebrada en San Remo, en noviembre de 1947, con esta segunda verificada en Bélgica, presidida por Mr. Theo Collignon y a la que han asistido 24 países, con 41 delegados y se han inscrito 343 congresistas, constituyendo la delegación española los Sres. Castejón, Quintana, Miranda, Meneu y Almela.

Tema central del Congreso en sus deliberaciones ha sido el estudio de la personalidad y entre sus acuerdos figuran los siguientes:

La solidaridad humana exige como deber del Estado, promover las condiciones necesarias para el mejoramiento y el pleno desenvolvimiento de la persona humana, y, especialmente, reducir los factores criminógenos por la aplicación de medidas preventivas de carácter general.

El Estado debe salvaguardar, en todas sus intervenciones, los derechos fundamentales del individuo y respetar la dignidad de la persona humana.

El sufrimiento no puede ser la razón de las intervenciones del Estado contra el crimen. Aquél no puede utilizarse en el curso de la instrucción, ni ser procurado en el curso de la ejecución.

Las decisiones de las jurisdicciones deben ser adoptadas y ejecutadas teniendo en cuenta de modo especial la personalidad del criminal y tender, con medidas científicamente individualizadas, a la readaptación social del sujeto.

El Congreso, además, condena el empleo del narco-análisis y todos los métodos que modifican el estado de conciencia como medio de investigación judicial y rechaza la esterilización eugénica aun con el consentimiento del sujeto, la esterilización preventiva de los criminales y la castración penal entendiéndose que el esfuerzo debe ejercerse en el sentido de la acción curativa y de la lucha contra los factores exógenos de la enfermedades mentales.

También ha emitido el voto de que se tenga en cuenta cada vez más la *personalidad* en los campos legislativo, judicial y de ejecución y que la formación de los magistrados se complete con los estudios criminológicos, así como otros votos sobre la acción de la política, el criterio psicológico bajo el ángulo de la defensa social y de la reeducación de individuo, el problema de la "probation" y la ejecución considerada como medio de readaptación.

F. C.

### EL PROFESOR ALFREDO J. MOLINARIO, EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL

Invitado por la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Madrid, el Profesor titular de dicha asignatura en Buenos Aires, Doctor Alfredo J. Molinario, pronunció el día 7 de abril una interesante conferencia sobre *El bien jurídico protegido como elemento de sistematización e interpretación de la Ley penal*.

Comienza destacando que la concepción del bien jurídico garantizado presu-

pone una concepción conservadora acerca del Derecho. En efecto, dice, una opinión muy generalizada estima que el orden jurídico tiene por fin y por razón de ser la conservación de la sociedad o, más exactamente, de los bienes individuales y colectivos que los hombres que la componen han creado y se proponen mantener mediante el desenvolvimiento normal de sus actividades en el seno de la Comunidad.

Según esta opinión, el Derecho penal, como parte integrante que es del orden jurídico, no podría substraerse a esta función conservadora o de tutela. Por eso, sus normas, al describir las acciones u omisiones que incriminan y sancionan, persiguen el propósito concreto de prevenir la comisión de hechos nocivos o peligrosos para los bienes individuales o sociales que el orden jurídico se propone proteger.

A tenor, pues de estas concepciones, la Ley penal en cuanto erige en delitos ciertas formas de conducta humana se propone proteger los bienes que esas mismas acciones u omisiones pueden lesionar, disminuir o poner en peligro. Esos bienes son múltiples y variados y cada uno de ellos da naturalmente, lugar a una categoría diversa de infracciones. De ahí la influencia que esta concepción del bien jurídico protegido tiene en la sistematización de la Ley penal.

Examina, a continuación, el ilustre conferenciante, el origen de la doctrina de que se ocupa, que ya en el terreno de la ciencia pura fué acogida favorablemente por los secuaces de la escuela técnico-jurídica; aunque fué violentamente atacada por parte de los teóricos del Derecho penal autoritario y en particular por los adeptos de la escuela de Kiel, cuyos ataques, al obligar a los sostenedores de la tesis del bien jurídico a revisar los fundamentos de su propia teoría, han resultado en definitiva más útiles que perjudiciales para la misma, toda vez que han reforzado las bases ideológicas sobre la cual esta concepción se asentaba.

Estudia el problema en las diferentes legislaciones, especialmente en la argentina y española, demostrando su gran conocimiento de nuestra legislación y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La doctrina que nos ocupa, agregó el Prof. Molinario, representa una conquista innegable de la ciencia jurídica. Responde a una realidad que nos descubre la observación más elemental. El bien jurídico, en efecto, representa algo que existe en la realidad objetiva. No es, pues, una simple abstracción de nuestro pensamiento. Trátase de un concepto cuyo valor es innegable en la tarea técnico-legislativa, porque constituye el criterio sobre el cual debe organizarse la distribución sistemática de las figuras delictivas en el texto legal.

Una dogmática realista, y no es verdadera dogmática la que no sea tal no podría prescindir de este concepto, toda vez que él ha de servirle para penetrar hasta la substancia misma del fenómeno delictuoso, puesto que su aplicación permite trascender de la letra de la Ley al hecho vivo y palpitante que es el delito, hecho del que la definición descriptiva de la ley no es sino una inmóvil radiografía.

El concepto del bien jurídico protegido ayuda a comprender la condición humana del delito, porque nos demuestra cómo la conducta del culpable no sólo está en contradicción ideal o lógica con la prohibición de la ley, sino que ofende un interés concreto, un bien individual o colectivo.

Adviértase que no pocos problemas y no de los menos arduos por cierto

la dogmática, pueden resolverse apelando a esta noción del bien jurídico mediante conclusiones cuya solidez es innegable.

Así nuestro Derecho procesal penal admite la existencia de un querellante particular que ejercita la acción pública al lado mismo del ministerio fiscal. Las leyes de forma definen a este querellante como la persona particularmente oprimida por el delito. La expresión es por demás vaga e indefinida. Será mejor decir, que sólo puede querellarse el titular del bien jurídico afectado por la infracción. Entendiéndolo así la jurisprudencia de los Tribunales argentinos, ha declarado que no pueden querellarse, en el delito de homicidio, ni el cónyuge ni los ascendientes ni descendientes de la víctima, porque ninguno de éstos es el titular del bien jurídico, vida que la ley penal tutela con la incriminación del homicidio. El cónyuge o los causahabientes han sido heridos en sus legítimas afecciones pueden demandar por ello el resarcimiento civil pero no en el bien jurídico, vida que sólo pertenecía al interfecto y que éste, después de muerto no puede alegar en justicia...

Otro problema de técnica interpretativa que es susceptible de resolverse con la invocación del bien jurídico tutelador, es el que plantea la difícil cuestión acerca de la existencia del delito continuado. Es sabido que algunas doctrinas exigen para declarar existente esta entidad que la figura delictiva perpetrada por el infractor sea la misma. Esta exigencia puede conducir en la práctica a lamentables injusticias. Y así el taquillero de un cinematógrafo que necesite hacerse de una suma de dinero para atender, por ejemplo, la operación de un miembro de su familia, y para lograrla defraude a su principal en la rendición de la taquilla, se quede con la vuelta o lisa y llanamente se apodere de la cartera que la señora impaciente por entrar al espectáculo haya dejado olvidada, no tiene por qué no beneficiarse de la figura del delito continuado, porque en un caso haya habido apropiación indebida, en el otro un hurto y en el otro una figura de compleja determinación. Bastará con exigir la unidad del bien jurídico tutelado para que se satisfagan todas las exigencias de una doctrina estricta en materia de delito continuado.

Por fin y más allá de todos estos beneficios de orden técnico, la teoría del bien jurídico protegido representa una garantía suplementaria de la libertad individual. La represión penal sólo debe alcanzar a aquellas actividades nocivas o peligrosas para los bienes naturales o culturales, cuyo mantenimiento constituye la razón de ser del Derecho y de la vida en sociedad. Sapientísimo principio este cuyo olvido ha erigido en Ley la arbitrariedad y el capricho de los despotas cuyo dominio, por fuerte que parezca, es siempre tan lamentable como transitorio.

D. M.

# INDICE GENERAL

## Fascículo II

Páginas

### SECCION DOCTRINAL

La reforma procesal en la Argentina por el Lic. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE .....	225
Doctrina de Fray Pedro de Aragón acerca de la Ley humano-positiva y efectos obligatorios de la Ley penal, por el P. JOSÉ M. <sup>a</sup> RIOCEREZO .....	242
Lo parapsicológico en la investigación criminal, por ANTONIO ALVAREZ DE LINERA .....	263

### SECCION LEGISLATIVA

Segunda reforma de la casación penal, por ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO ...	275
--	-----

### SECCION DE JURISPRUDENCIA

De la relación concursal entre faisificación y estafa, por JUAN DEL ROSAL. Jurisprudencia penal correspondiente al segundo cuatrimestre de 1949. por JOSÉ M. <sup>a</sup> GONZÁLEZ SERRANO .....	283
	293

### REVISTA DE LIBROS

ALMARAZ HARRIS, José: "Tratado teórico y práctico de Ciencia penal". Tomo II "El delincuente".—Méjico, D. F. 1948, por <i>Diego Mosquete</i> .....	311
MARQUÉS DE BECCARIA: "Tratado de los delitos y de las penas".—MARQUÉS DE DRAGONETTI: "Tratado de las virtudes y de los premios".—Buenos Aires, 1945, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> .....	313
CASTEJÓN, Federico: "Teoría de la continuidad de los Derechos penal y civil". Barcelona, 1949, por <i>Juan del Rosal</i> .....	314
JEAN CONSTANT: "Manuel de Droit Pénal".—"Les infractions". Liege, 1949 por <i>Juan del Rosal</i> .....	317
CAMAÑO ROSA, Antonio: "Delitos". Montevideo, 1949, por <i>César Camargo Hernández</i> .....	319
CAMAÑO ROSA, Antonio: "La instancia del ofendido". Montevideo, por <i>César Camargo Hernández</i> .....	320
CASTÁN TOBEÑAS, José: "Idea de la equidad en las letras españolas". Madrid 1949, por <i>César Camargo Hernández</i> .....	322
R. W. COOPER: "Les procès de Nuremberg. Histoire d'un crime". París, por <i>Juan del Rosal</i> .....	323
CUELLO CALÓN, Eugenio: "La reforma penal en España". Madrid, 1949, por <i>César Camargo Hernández</i> .....	324
FONTÁN BALESTRA, Carlos: "Manual de Derecho penal". Buenos Aires, 1949, por <i>César Camargo Hernández</i> .....	327
FONTÁN BALESTRA, Carlos: "Delitos sexuales. Estudio jurídico, médico-legal y criminológico". Buenos Aires, 1945, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> .....	328
HERRERA, Julio: "Redención y prevención". Buenos Aires, 1949, por <i>Domingo Teruel Carralero</i> .....	329

LUIST, Paulina: "Otra voz clamando en el desierto". Montevideo, 1948, por César Camargo Hernández .....	331
GIUSEPPE MAGGIORE: "Normativismo e antinormativismo nel Diritto penale".—Estratto dalla Riv. "Archivio penale". 1949, por Juan del Rosal .....	332
GIUSEPPE MAGGIORE: "Delitto naturale e delitto legale". Estratto da "La Scuola Positiva". Milano 1948, por Juan del Rosal .....	333
PELLA, V. V.: "Fonctions pacificatrices du Droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix". París, 1947, por J. del Rosal .....	334
DEL RÍO, C. J. Raimundo: "Explicaciones de Derecho penal". Santiago de Chile 1947, por Diego Mosquete .....	337
RIVERA SILVA, Manuel: "El procedimiento penal". Méjico, D. F., 1944, por Diego Mosquete .....	337
RIVERA SILVA, Manuel: "Naturaleza, cultura y Derecho penal". Méjico, 1943 por Diego Mosquete .....	339
ROSELL, Pedro: "Crímenes y delitos contra la cosa pública. Derecho penal dominicano". Ciudad Trujillo, 1946, por Domingo Teruel Carralero .....	340
DONALD R. TAFTS "Criminología". New York, 1947, por José Sánchez Osés .....	341
SALVAGNO CAMPOS, Carlos: "El derecho a la maternidad sin pecado". Montevideo, 1949, por César Camargo Hernández .....	345
TAJMAN, Paúl W.: "Juvenile delinquency". New York, 1949, por José Sánchez Osés .....	346
TRUCEBA URBINA Alberto: "Derecho penal del trabajo". Méjico, 1948, por Diego Mosquete .....	352

**REVISTA DE REVISTAS**

**Argentina**

LA LEY.—Julio-agosto-septiembre 1947; enero-febrero-marzo 1948; abril-mayo-junio 1948, por José María Navarrete .....	355
REVISTA PENAL Y PENITENCIARIA.—Enero-diciembre 1944, por César Camargo .....	359

**Bélgica**

REVUE DE DROIT PENALE ET DE CRIMINOLOGIE.—Abril-mayo 1949, por Diego Mosquete .....	361
---	-----

**Brasil**

REVISTA FORENSE.—Julio 1948, por César Camargo Hernández ...	366
--	-----

**España**

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.—Mayo, junio, julio 1949, por César Camargo Hernández ...	368
--	-----

**Italia**

ARCHIVIO PENALE.—1948, 1949, por José María Stampa Braun ...	373
RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PENALE.—Marzo-abril 1949, por Adolfo de Miguel .....	383
LA GIUSTIZIA PENALE.—Junio 1949, por Adolfo de Miguel .....	390

**Méjico**

EL FORO.—Diciembre 1948, por *César Camargo Hernández* ..... 394

**Portugal**

REVISTA DA ORDEN DOS ADVOGADOS.—1949, por *César Camargo Hernández* ..... 394

**Puerto Rico**

REVISTA DE DERECHO, LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA.—Octubre-diciembre 1948, por *Diego Mosquete* ..... 395

**Suiza**

REVUE DE CRIMINOLOGIE ET DE POLICE TECHNIQUE.—  
Abril-junio 1949, por *Diego Mosquete* ..... 396  
NOTICIARIO ..... 409

vil"; *Constant, Jean*: "Manuel de Droit pénal". Tome I, Tome II "Les infractions"; *Camaño Rosa, Antonio*: "Delitos"; "La instancia del ofendido"; *Castan Tobeñas, José*: "Idea de la equidad en las letras españolas"; *R. W. Cooper*: "Les procès de Nuremberg. Histoire d'un crime"; *Cuello Calón, Eugenio*: "La reforma penal en España"; *Fontán Balestra, Carlos*: "Manual de Derecho penal"; "Delitos sexuales. Estudio jurídico, médico-legal y criminológico"; *Herrero, Julio*: "Redención y prevención"; *Luisi, Paulina*: "Otra voz clamando en el desierto"; *Giuseppe Maggiore*: "Normativismo e antinormativismo nel Diritto penale"; *Giuseppe Maggiore*: "Delitto naturale e delitto legale"; *Pella, V. V.*: "Fonctions pacificatrices du Droit pénal supranational et fin du système traditionnel des traités de paix"; *Del Río C. J. Raimundo*: "Explicaciones de Derecho penal", "Manual de Derecho penal"; *Rivera Silva, Manuel*: "El procedimiento penal"; "Naturaleza, cultura y Derecho penal"; *Rosell, Pedro*: "Crímenes y delitos contra la cosa pública. Derecho penal dominicano"; *Donald R. Taft*: "Criminología"; *Salvagno Campos, Carlos*: "El derecho a la maternidad sin pecado"; *Tappan Paul W.*: "Juvenile delinquency"; *Trueba Urbina, Alberto*: "Derecho penal del trabajo".

Revista de Revistas . . . . . 355

Argentina: *La Ley, Revista penal y penitenciaria*; Bélgica: *Revue de Droit penale et de criminologie*; Brasil: *Revista forense*; España: *Revista de la Escuela de estudios penitenciarios*; Italia: *Archivio penale, Rivista italiana di Diritto penale, La giustizia penale*; Méjico: *El Foro*; Portugal: *Revista da orden dos advogados*; Puerto Rico: *Revista de Derecho, Legislación y Jurisprudencia*; Suiza: *Revue de Criminologie et de police technique Schweizerische zeitschrift fuer strafrecht*

Noticario . . . . . 409

La correspondencia deberá dirigirse al Secretario del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Medinaceli, 6, Madrid.

Para que se inserte nota de referencia o crítica de obras, de cuyas materias se ocupa nuestro ANUARIO, deberán enviarse dos ejemplares de ellas a nuestra Redacción.

Suscripción anual: 60 ptas.  
Número suelto: 25 »