

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO II
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMXLIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Director:
EUGENIO CUELLO CALÓN
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>
Sección Doctrinal	
<i>La competencia penal en materia de navegación aérea, por Manuel Gordillo.....</i>	421
<i>Teoría del Derecho penal especial, por Enrique Jiménez Asenjo.....</i>	457
<i>Derecho penal de trabajo español, por José Pérez Leñero.....</i>	487
Sección Legislativa	
<i>El anteproyecto de Código penal mejicano de 1949 para el distrito y territorios federales, por Eugenio Cuello Calón.....</i>	508
<i>Proyecto preliminar del Libro I del Código penal italiano reformado, por Adolfo de Miguel Garcilópez.....</i>	516
Sección de Jurisprudencia	
<i>Acerca del encubrimiento, por Juan del Rosal.....</i>	521
<i>La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo, por Antonio Ferrer Sama.....</i>	528
Revista de libros	537
<p>BATTAGLINI, Giulio: "Diritto penale", Padua, Cedam 1949, por Adolfo de Miguel; COSSIO, Carlos: "La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el Derecho", Buenos Aires, 1948, por Valentin Silva Melero; ESCOBAR, Manuel: "Código de instrucción Criminal en Nicaragua", Masaya (Nicaragua), por César Camargo Hernández; ESCOBAR, Manuel: "Delito político y otros temas penales", Masaya (Nicaragua), por César Camargo Hernández; ESCOBAR, Manuel: "Nuevos estudios penales y constitucionales", por César Camargo Hernández; DAUTRICOURT, José: "Delitos de lesa humanidad", 1949, por José Sánchez Osés; GOEKE, Dr. Karl: "Strafgesetzbuch", Munster (Westfalia), 1948, por Fer-</p>	

**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 III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMXLIX

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

SECCION DOCTRINAL

MANUEL GORDILLO

LA COMPETENCIA PENAL EN MATERIA
DE NAVEGACION AEREA

ENRIQUE JIMENEZ ASENJO

TEORIA DEL DERECHO PENAL ESPECIAL

JOSE PEREZ LEÑERO

DERECHO PENAL DE TRABAJO ESPAÑOL

La competencia penal en materia de navegación aérea

DR. MANUEL GORDILLO

Catedrático de la Universidad de Salamanca
y Director de su Seminario de Derecho Aéreo

Tal es el título de uno de los temas que han de ser debatidos en el Congreso Internacional de Derecho Comparado que, Dios mediante, se celebrará en Londres, en agosto de 1950, al cual va dirigida la presente comunicación.

I

IMPROPIEDAD EN LA ENUNCIACIÓN DEL TEMA

Hablar, en efecto, de competencia, cuando se trata de determinar la ley nacional aplicable entre las de varios Estados que, por distintas razones, se encuentran en conflicto, resulta jurídicamente inadecuado. Basta recordar las nociones técnicas de jurisdicción y competencia para llegar a la conclusión de que es sólo la primera, jamás la segunda, la que puede suscitar problemas de índole internacional como los que son objeto del Congreso convocado.

Señala GRISPIGNI (1) que de "jurisdicción" se habla en un triple sentido: a) Ante todo, como "poder" reconocido y garantizado por el derecho objetivo, y que no es otro que un aspecto de la potestad de imperio, de la soberanía del Estado; b) en segundo lugar, como el "complejo de los órganos" por medio de los cuales el Estado ejercita tal poder (poder judicial); c) en fin, como "actividad" que constituye el ejercicio de dicho poder. Aun nos atreveríamos a añadir, por nuestra parte, una cuarta acepción del término: como "facultad de conocer" atribuida a un Estado o al complejo de órganos que ejercen el poder judicial considerado en su conjunto. Así ocurre, por ejemplo, cuando se asigna a la jurisdicción de un país el entender de determinadas cuestiones.

(1) GRISPIGNI: *Diritto Processuale Penale*, vol. I, pág. 54.

La noción de competencia, en cambio, presupone siempre la de jurisdicción. Es dentro de ésta, en cualquiera de las acepciones antes expuestas, donde, en aplicación del principio fundamental de la división del trabajo, se distribuye ese poder, conjunto de órganos, actividad o facultad de conocer, en que la jurisdicción consiste, entre órganos y funcionarios específicos a los que, como observa CARNELUTTI (2), se les confiere "una determinada porción de dicho conjunto". Competencia es, por tanto, según escribe con acierto, el eminente profesor italiano, el poder perteneciente al oficio (órgano) o al oficial (funcionario) considerado en singular. Se explica así, concluye, la diferencia entre competencia y jurisdicción: ésta es el poder perteneciente no a cada oficio, sino a todos los oficios en conjunto o, en otras palabras, a cada oficio considerado como "genus" y no como "species".

Cuando se pretende, pues, precisar en el orden internacional qué ley penal debe ser aplicable a las infracciones cometidas con ocasión de la navegación aérea, entre las de varios países que al efecto concurren, lo que se trata en verdad de determinar es, por tanto, la jurisdicción penal (en el sentido de facultad de conocer atribuida a un Estado) y no la competencia (órganos o funcionarios concretos) que tan sólo después de afirmada y conocida aquélla, al proceder a distribuirla entre los mismos, cabría investigar (3). "Si toda la Humanidad, advierte atinadamente ADINOLFI (4), formase un solo Estado, si una fuese la ley universal, el determinar qué magistrado debe juzgar al culpable, sería una cuestión de competencia; pero como se compone de tantos Estados, cada uno de los cuales es autónomo e independiente, la cuestión es de jurisdicción internacional."

El término competencia empleado, sin embargo, usualmente en el Derecho aéreo, aunque con evidente impropiedad, por los tratadistas y Congresos internacionales, tal vez sea debido a la marcada tendencia de dicha disciplina a convertirse en mundial o común a todos los países, que es, quizás, su más destacada característica, si bien, hasta tanto no llega ese momento, ha de estimarse, sin duda, inadecuado, atendida su clara divergencia con los conceptos elaborados por la doctrina y aceptados; de manera casi general, en las distintas legislaciones nacionales.

(2) CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, II, pág. 286 (traducción de Alcalá Zamora y Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944. Véase también del mismo autor *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (traducción de Guasp), Barcelona, 1942, pág. 129.

(3) Sobre jurisdicción (como conjunto de órganos) y competencia, propia- mente dicha, en materia de navegación aérea, véase nuestra monografía *La Jurisdicción Aérea en el Derecho Procesal Español*, 1945.

(4) ADINOLFI: *Diritto Internazionale Penale*, Milano, 1913, pág. 62.

II

ENCAJE SISTEMÁTICO

Precisado así el tema que ha de ser objeto de estudio en el presente trabajo, y la que estimamos correcta enunciación del mismo, importa ahora examinar su necesario encaje dentro de un sistema del Derecho penal. Sabido es que éste, al igual que las restantes ramas jurídicas, se integra, fundamentalmente, por dos clases de normas: materiales y procesales. Concebidos cada uno de tales grupos como disciplinas independientes (Derecho material penal y Derecho procesal penal), la cuestión que analizamos ha de comprenderse en ese campo situado entre los linderos de ambas, denominado por BELING (5) "Derecho para la aplicación del Derecho penal" (Strafrechtsanwendungsrecht), constituido por el conjunto de normas encaminadas a determinar cuál de las distintas leyes penales positivas haya de aplicarse, que el ilustre profesor, en caso de quererlo considerar dependiente de una de las citadas ramas, se inclinaba a incluirlo en la procesal. Sin compartir plenamente la doctrina del fallecido tratadista alemán, es de resaltar con GOLDSCHMIDT (6) que en nuestra legislación (artículos 333 y ss. de la Ley Orgánica del Poder judicial) "la aplicabilidad de la ley penal española no es una condición material de la penalidad, sino una condición procesal de la perseguibilidad". Esta consideración, unida a la de que, como afirma FENECH (7), la indole material o procesal de una norma no es de carácter ontológico y, sobre todo, el firme convencimiento de que sin la previa e ineludible solución de tales problemas no cabe tratar con acierto otras fundamentales cuestiones en dichas disciplinas, explican y justifican que puedan y deban ser examinados por los especialistas de ambas ramas penales.

III

LEYES CONCURRENTES

La ley penal de un Estado rige, en general, para cuantas acciones u omisiones tengan lugar en su territorio, sin que, por otra parte, se aplique más que por sus propios tribunales (8). No obstante, análogas razones a las que motivan que en el Derecho penal común (material o procesal) la territorialidad no sea un criterio rígido y

(5) BELING: *Derecho Procesal Penal* (traducción de Fenech), 1943, pág. 7.

(6) GOLDSCHMIDT: *Metodología Jurídico-Penal*, 1935, pág. 16.

(7) FENECH, notas a la obra citada de Beling, pág. 415.

(8) Véase J. P. NIBOYET: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1930, págs. 468 y 478, y JOSÉ RAMÓN DE ORUE: *Manual de Derecho Internacional Privado Español*, Madrid, 1928, pág. 487.

exclusivista, sino un principio que se complementa con otros (9), imponen en Derecho aéreo que, en ciertos casos, surgidos en las relaciones internacionales (10), determinadas infracciones cometidas en el territorio de un Estado (11) escapen a su jurisdicción y que, por el contrario, algunas ejecutadas fuera del mismo se esclarezcan o castiguen con arreglo a sus leyes. Se producen en tales ocasiones verdaderos conflictos de leyes penales y, a la par, de jurisdicciones, toda vez que siendo varias las normas que, con distinto fundamento, pueden regular un acto concreto, ha de determinarse cuál sea la aplicable.

Esta concurrencia de leyes, derivada de las especiales circunstancias en que se desenvuelve la navegación aérea, de carácter eminentemente internacional, implica, en realidad, un conflicto entre los distintos principios de aplicación (12); así, además de la ley del *lugar*

(9) Una completa exposición de tales principios puede verse en CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*. Barcelona, 1947, págs. 187 y s.

(10) "Si las aeronaves—escribe TAPIA (*Manual de Derecho Aeronáutico*, Barcelona, 1944, pág. 101)—volarán siempre sobre el territorio del Estado cuya nacionalidad ostentan, no existiría problema alguno, ya que en todo momento la ley aplicable sería la del aparato donde se realiza el acto jurídico, que es la misma que la del territorio sobrevolado. Pero la circulación aérea, de eminente carácter internacional, da lugar constantemente a conflictos de leyes, entre la de la aeronave que realiza el tráfico y las de los Estados cuyos espacios aéreos surca".

(11) Las leyes penales tienen eficacia imperativa no sólo en el territorio natural o geográfico, sino en el jurídico, en cuyo concepto ficticio, formulado según principios del Derecho internacional, ha de comprenderse todo el sometido a la soberanía del Estado. Está integrado, pues, no sólo por el suelo nacional encerrado dentro de las fronteras del país, así como el subsuelo, sino también por la zona de mar jurisdiccional, los buques de guerra y aquellos otros que el Estado utiliza como soberano, los privados cuando se encuentren en alta mar, el territorio extranjero ocupado por los ejércitos nacionales, las colonias y territorios protegidos, los cedidos en administración o arriendo y, por último, el espacio aéreo, las aeronaves públicas del Estado y las privadas cuando se encuentren sobre alta mar o territorio *nullius*. Importa advertir que todo lo antes descrito, constituye también en Derecho aéreo el territorio jurisdiccional, que aparece así completamente identificado con el del Estado, sin que sea admisible limitar aquél tan sólo al espacio atmosférico y las aeronaves, ya que en las infracciones aéreas, aunque la acción siempre se ejecute a bordo de las mismas, cabe que el resultado se produzca en la tierra, en el mar o en los buques que por éste naveguen. La condición jurídica del espacio aéreo ha sido doctrinalmente muy discutida formulándose al respecto un gran número de teorías en las que se defiende desde la plena libertad hasta la soberanía absoluta del Estado subyacente, siendo esta última la más aceptada y la que, a partir de la *Convención de París de 1919*, se encuentra recogida, sin excepción, en los distintos textos, tanto internacionales como nacionales, elaborados con posterioridad. Tal doctrina, que nosotros también sustentamos, proclama la soberanía completa y exclusiva de cada Estado sobre el espacio aéreo situado encima de la tierra y el mar que integran su territorio nacional del que aquél es asimismo parte constitutiva. Una detallada exposición de dichas doctrinas puede hallarse en nuestro *Derecho Aéreo*, publicado como separata del tomo I de la Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, págs. 86 y siguientes, y también en nuestra tesis doctoral *La Jurisdicción penal con referencia al territorio en el Derecho Aéreo*, 1945, págs. 29 y ss.

(12) Véase supra, nota 9.

de la infracción (territorialidad), han de ser tenidas en cuenta, según los casos, la del *pabellón de la aeronave* (basada en una concepción extensiva de la territorialidad), la de la *nacionalidad de la víctima* (personalidad pasiva), la de *nacionalidad del agente* (personalidad activa), la del *Estado cuyos derechos o intereses esenciales han sido atacados* (protección o real) y la del *lugar del aterrizaje* (comunidad de intereses o universal), ya sea del inmediato anterior a la comisión de la infracción, ya del primero o del último que se realice después de haber sido aquélla ejecutada, coincidiendo normalmente uno de estos dos (aquél en que se descubran los hechos) con el de detención del culpable.

Los conflictos inevitables y las dificultades nacen de esta pluralidad. Para atenuarlos cabría admitir, dice LE GOFF (13), que nadie pudiese ser llevado a un Tribunal, aun competente, por infracción cometida a bordo de una aeronave, si consta que ha sido juzgado en el extranjero y que, en caso de condena, ha sufrido su pena o ha prescrito ésta; los conflictos de competencia no producirían así el riesgo de multiplicar las penalidades.

Estima dicho autor, siguiendo a FAUCHILLE (14)—que estudiando estas cuestiones consideraba la superposición de competencias en materia penal no como inconveniente, sino como garantía del castigo de crímenes y delitos—, que el Derecho penal aéreo debe orientarse hacia la ubicuidad de la represión.

A nuestro juicio, más que de una superposición de competencias o de una ubicuidad en la represión—que suponen un sistema en el que las leyes de varios Estados pueden *à las vez* ser aplicables para el castigo de una infracción, pero sin dar una norma que de manera general, permanente e idéntica solucione tales conflictos—ha de establecerse un *ordenamiento escalonado de leyes penales*, determinando la preferente en cada caso concreto y aquellas otras subsidiarias que han de encontrar tan sólo aplicación en defecto de las que primordialmente deban serlo.

Tanto la complejidad e importancia de este problema como la precisión de adoptar, cualquiera que sea el criterio que se mantenga, un sistema genuino en el Derecho aéreo (15), aparecen claramente con sólo poner de relieve que ni siquiera las infracciones cometidas a bordo de aeronaves en vuelo sobre territorio de su misma nacionalidad y entre sujetos súbditos del propio Estado caen siempre dentro de la jurisdicción de éste, pues basta que la toma de tierra se realice por el aparato fuera de las fronteras del país para que surjan serios obstáculos, a veces invencibles, en orden a la aplicación de la ley territorial.

(13) LE GOFF: *Traité theorique et pratique de Droit aérien*. París, 1934, pág. 793.

(14) FAUCHILLE: *Traité du Droit international public*. Tomo I, segunda parte, capítulo III, pág. 925, núms. 626 y ss.

(15) Es esta precisamente una de las cuestiones que más evidencian la autonomía del Derecho aéreo. Véase, respecto a la referida característica nuestro trabajo *Derecho Aéreo*, ya citado págs. 84 y ss.

IV

SISTEMAS ACTUALES

Los que imperan hoy, en la doctrina o en la legislación, se basan, por lo regular, a los efectos que aquí interesa poner de relieve, en la adopción de los dos principios siguientes o, al menos, del segundo de ellos, que es acogido sin excepciones:

1.º El de superposición de competencias o ubicuidad en la represión, en cuanto que varios Estados, sin preferencia entre ellos, están facultados para conocer, en las relaciones internacionales, de las infracciones cometidas a bordo de aeronaves.

2.º El de atribución a un mismo Estado, sea cualquiera el motivo por que esté conociendo, de todas las fases del respectivo proceso, desde que éste es iniciado hasta que concluye.

Examinemos por separado, siquiera sea en lo fundamental y de manera sintética, lo relativo, de una parte, a la doctrina y, de otra, a los vigentes ordenamientos legales.

A) *La doctrina*.—Hemos de señalar, diferenciándolas debidamente, tanto las tesis que se han mantenido por destacados autores como las que son producto de la labor desarrollada por prestigiosas Asociaciones jurídicas.

a) *Posición de los autores*.—No obstante ser todavía muy contados los que tratan de estas cuestiones, en la imposibilidad de realizar un análisis no ya exhaustivo, sino ni aun detallado de la mayoría o de algunas de las mismas—que resultaría, además, innecesario, dados los personales criterios que inspiran todo el texto del presente trabajo—nos limitaremos a consignar, por figurar entre las más interesantes o recientes, las de HAMEL, VOLKMAN, COSENTINI, LE GOFF y MEYER (16).

HAMEL (17) juzga que para asegurar la represión de todos los crímenes y delitos ejecutados a bordo de una aeronave en vuelo, sólo una ley internacional puede dar soluciones satisfactorias. El Código Internacional del Aire se esfuerza en reconocer competencia a los tribunales cuyo orden público ha sido turbado por la infracción, lo que constituye un principio indiscutiblemente exacto, pero no así la consecuencia que de él pretende derivarse al estudiar, como regla general, que los tribunales del Estado de la nacionalidad de la aeronave deben ser competentes las más de las veces. Si una Compañía francesa—dice—explota una línea aeronáutica en América del Sur,

(16) Una reseña bibliográfica, bastante completa, puede verse en el artículo de A. MEYER: *Crimes et délits a bord des aéronefs*, en "Revue Générale de l'Air", núm. 6, 1946, pág. 614.

(17) HAMEL: *Le Droit Aérien en 1924*, en "Journal du Droit International", 1925, pág. 104, y, del mismo autor, *Nationalité et conflit des lois en Droit aérien*. "Revue de Droit International privé", 1925.

¿qué importan a la seguridad y al orden público del Estado francé- los crímenes y delitos cometidos a bordo de las aeronaves de esta línea? Estima preferible, por ello, sustituir la jurisdicción del Estado del pabellón por la del Estado de aterrizaje, ya que es el orden público de éste el que realmente se ataca cuando se posa sobre su territorio una aeronave en la que se ha cometido un crimen o delito y es, además, dicho Estado el que se encuentra en mejor situación para practicar las diligencias instructorias con la debida eficiencia, proporcionándose, por añadidura, más seguras bases a la represión al orientarla hacia la ubicuidad, como debiera hacer el Código Internacional del Aire. En su opinión, conviene partir del principio de que los crímenes y delitos serán penados en todos los países donde atenten a la seguridad o al orden público, siendo preciso determinar sobre bases concretas el caso en que éste resulte interesado. El aterrizaje, el ataque a la seguridad de los Estados, la nacionalidad del autor o de la víctima, son criterios que, según las circunstancias, deben ser atributivos de competencia.

VOLKMAN (18) afirma que el crimen o delito cometido a bordo de una aeronave sobre territorio extranjero es ejecutado en el extranjero, aunque si el Estado en cuestión declara que por el hecho realizado sus intereses o los de sus ciudadanos no son atacados, renunciando a los derechos resultantes de su soberanía, puede entonces enrar en vigor la ley del pabellón, como en el caso de navíos en alta mar, encargándose de la persecución judicial el Estado de nacionalidad del aparato.

COSENTINI (19) manifiesta aceptar la solución propuesta por el Código Internacional del Aire, que después examinaremos, y estima que la aeronave queda siempre sujeta a la jurisdicción de su ley nacional, salvo en caso de infracción a las reglas de derecho público, o a los reglamentos de navegación aérea del Estado subyacente, o si el acto cometido a bordo tiene efecto en el territorio sobre el que se vuela en caso de crimen.

LE GOFF (20) sienta, a su vez, las siguientes reglas:

1.^a En materia de crímenes, delitos e infracciones cometidas a bordo de aeronaves en vuelo, la competencia represiva se establece, según los casos, con arreglo a la ley del pabellón o a la soberanía del Estado subyacente.

2.^a La soberanía del Estado subyacente se aplica a todas las infracciones cometidas a bordo de una aeronave que violan las reglas dadas por aquél para la navegación o si el acto ejecutado daña a ciudadanos de dicho Estado.

3.^a El Estado subyacente es competente para conocer de las in-

(18) VOLKMAN: *Crimes et délits a bord des aéronefs en droit international*, en "Droit Aérien", 1931, págs. 26 y ss.

(19) COSENTINI: *Code International de l'Aviation*. París, 1939, págs. 27 y 182.

(20) LE GOFF, obr. cit., pág. 805.

fracciones cometidas a bordo si la aeronave aterriza sobre su territorio después de ejecutadas.

4.^a La ley del pabellón se aplica a todas las restantes infracciones o cuando el Estado subyacente declare desinteresarse.

MEYER, por su parte, tratándose de aeronaves privadas, mantiene (21):

1) Quedan sometidos a la jurisdicción del Estado cuya nacionalidad tiene la aeronave los actos punibles de derecho común cometidos en alta mar o territorios no apropiados.

2) Son de la competencia del Estado del lugar los crímenes o delitos cometidos a bordo de una aeronave durante la travesía de un espacio aéreo extranjero, solamente en cuanto ataquen los intereses del Estado sobrevolado, de sus habitantes o de sus bienes; no siendo así, se someten a la jurisdicción penal del Estado de la nacionalidad de la aeronave, al igual que cuando no pueda fijarse con certeza en el espacio aéreo de cual Estado ha sido cometido el crimen o delito.

3) Si un crimen o delito de derecho común es cometido durante la travesía de un espacio aéreo extranjero, corresponde a las autoridades represivas competentes del Estado sobrevolado decidir si hay lugar a la persecución penal. Corresponde igualmente a las autoridades penales competentes del Estado de nacionalidad de la aeronave a bordo de la cual ha sido cometido un crimen o delito durante la travesía de un espacio aéreo extranjero el decidir si hay lugar a persecuciones penales.

b) *Labor de las Asociaciones jurídicas.*—Se han ocupado de tales problemas la International Law Association, el Comité Jurídico Internacional de la Aviación y el Instituto de Derecho Internacional.

La International Law Association, partidaria de la soberanía del Estado subyacente, adoptó, en su sesión de Buenos Aires, en 1922, respecto a los delitos cometidos a bordo de aeronaves durante el vuelo, los siguientes principios: Mientras permanezca sobre el territorio de un Estado extranjero una aeronave pública, seguirá sometida a la jurisdicción exclusiva del Estado cuya nacionalidad posea. Por el contrario, toda aeronave privada estará sometida a las leyes y a la jurisdicción del Estado sobre cuyo territorio vuela cuando se trate de infracciones de las leyes sobre seguridad pública, militares o fiscales o de los reglamentos relativos a la navegación aérea, así como por razón de cualquier acto realizado a bordo de la aeronave que deba producir algún efecto en el Estado sobre el cual vuela. Los actos realizados a bordo de una aeronave privada, posada en un Estado extranjero, estarán sometidos a las leyes y a la jurisdicción de este Estado. En cualquier otro supuesto y para todos los demás actos una aeronave privada queda sujeta a las leyes y jurisdicción del Estado de su nacionalidad. En la sesión celebrada en Estocolmo del 8 al 13 de septiembre de 1924

(21) MEYER, artículo citado, págs. 631 y ss.

se reprodujo esta cuestión, no introduciéndose modificación alguna en las reglas aprobadas.

El Comité Jurídico Internacional de la Aviación, dedicado a elaborar el Código Internacional del Aire, trató, en su Conferencia de Budapest, en 1930, de los crímenes y delitos cometidos a bordo de aeronaves, siendo adoptadas las siguientes proposiciones del Profesor de La Pradelle:

1.^a Hay una competencia especial del Derecho aéreo para los actos cometidos a bordo de una aeronave.

2.^a La competencia pertenece, de una parte, al Estado del pabellón, y de otra, al Estado subyacente.

3.^a Cuando la aeronave no tenga la nacionalidad del Estado subyacente, aquel de los dos Estados competentes que tiene en su poder al reo goza de prioridad de competencia.

El Instituto de Derecho Internacional ha estudiado, en 1937, el Reglamento de competencias penales en Derecho aéreo (22), constituyendo, en nuestra opinión, el proyecto de convención aprobado, sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, un feliz avance—siquiera sea en el campo meramente doctrinal—hacia la adecuada solución de los conflictos de leyes penales que con frecuencia han de plantearse.

El artículo 18 atribuye competencia para las infracciones de derecho común cometidas a bordo de una aeronave privada en vuelo: 1.º) Al Estado en cuyo territorio se encontraba el aparato en el momento en que los actos constitutivos de la infracción han sido ejecutados. 2.º) Al Estado de la nacionalidad de la aeronave. 3.º) Al Estado en cuyo territorio la infracción ha producido su resultado o debía producirlo. 4.º) Al Estado sobre cuyo territorio venga a aterrizar la aeronave. Sin embargo, la competencia de este Estado no se ejerce más que a título subsidiario para el caso de que ninguno de los Estados precedentes ejerza la suya.

El artículo 2.º considera competente para reprimir las violaciones de leyes y reglamentos relativos a la navegación aérea: a) Al Estado subyacente cuyas leyes y reglamentos han sido violados durante el vuelo. b) Al Estado de nacionalidad de la aeronave para toda infracción de sus leyes y reglamentos concernientes a la navegación aérea fuera de su territorio.

Somete el artículo 3.º a la competencia del Estado de nacionalidad de la aeronave todas las infracciones cometidas por los pasajeros contra los reglamentos de a bordo y todo acto de desobediencia ejecutado contra la autoridad del comandante de la aeronave entre el momento de embarque y el de desembarque.

El artículo 4.º, en su párrafo 1.º, deja a la competencia del Estado

(22) Véanse DE VISSCHER: *Le règlement des compétences pénales en Droit Aérien*, "Revue Générale de Droit Aérien", 1937. 4. y A. MEYER, artículo citado, págs. 617 y ss.

de nacionalidad de la aeronave las infracciones cometidas en el curso del viaje contra los reglamentos o la disciplina de a bordo por las gentes del equipaje. El Estado del lugar de aterrizaje es competente, según el párrafo 2.º del mismo precepto, para toda infracción ejecutada contra sus propios reglamentos por miembros del equipaje durante la escala.

El artículo 5.º establece que, a petición de las autoridades competentes, sea del Estado de nacionalidad de la aeronave, sea del Estado donde la infracción ha sido cometida, cada Estado se obliga, bajo condición de reciprocidad, a perseguir y juzgar conforme a la ley aplicable en virtud del artículo 2.º, las infracciones señaladas en el mismo artículo y que hubiesen sido cometidas a bordo de una aeronave que aterrice sobre su territorio.

Por último, dice así el artículo 6.º: En el caso de infracciones previstas en los artículos 3.º y 4.º párrafo 1.º, cada Estado se obliga, a petición de las autoridades competentes del Estado de nacionalidad de la aeronave, a prestar su concurso para el arresto o detención eventual de los inculcados.

B) *El Derecho positivo*.—Distingamos también, a este respecto, de una parte, los textos internacionales, y de otra, los de estricto carácter nacional.

a) *Textos internacionales*.—Señala LEMOINE (23), que, aunque varios proyectos de convención internacional relativos a la reglamentación de las competencias penales en Derecho aéreo han sido elaborados, ninguna conferencia internacional se ha reunido jamás para discutirlos. El problema, pues, en conjunto, no ha tenido todavía, en ese orden, solución alguna. La Convención de París de 13 de octubre de 1919 y la de Chicago de 7 de diciembre de 1944 sólo contienen disposiciones fragmentarias que se refieren, esencialmente, a la infracción de las reglas de circulación aérea (24).

No se han establecido, sin embargo, hasta el momento, en ningún texto internacional, normas para determinar la ley penal aplicable en caso de conflicto entre las de varios Estados, cuando se trata de infracciones, distintas de la mera violación de las reglas de circulación aérea, especialmente de aquellas, cometidas a bordo de aeronaves, que por su importancia revistan carácter delictivo. El art. 23 de la Convención de París de 1919, en su primitiva redacción, había admitido, dice

(23) LEMOINE: *Traité de Droit Aérien*. París 1947, pág. 804.

(24) El art. 12 de la Convención de Chicago de 7 de diciembre de 1944, análogo al art. 25 de la de París de 1919, dispone: "Cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar medidas para garantizar que todas las aeronaves que vuelen sobre su territorio o maniobren dentro de él, y todas las aeronaves que lleven el distintivo de su nacionalidad donde quiera que se encuentren, observarán las reglas y reglamentos que rijan sobre vuelos y maniobras de aeronaves.

Cada uno de los Estados contratantes se compromete a conservar sus propios reglamentos hasta donde sea posible, en concordancia con los que en su oportunidad se establezcan de conformidad con esta Convención. En alta mar

FAUCHILLE (25), una competencia del Estado subyacente para las infracciones cometidas a bordo de aeronaves en vuelo, pero limitada a los crímenes y delitos de sus nacionales y cuando el acto era seguido de un aterrizaje sobre su territorio. Los crímenes y delitos ejecutados por otras personas aun contra los nacionales del Estado subyacente o por súbditos de éste, sin que el aterrizaje tuviese lugar en el mismo, no correspondían a la jurisdicción del Estado territorial. Era esta una importante derogación del principio de la soberanía completa y exclusiva del Estado subyacente, que enunciaba el artículo 1.º de dicho Convenio, y, a causa de tal divergencia, por razones sistemáticas, como indica VOLKMAN (26), las prescripciones del citado artículo 23 fueron pura y simplemente suprimidas (27).

Al ser la jurisdicción penal una consecuencia de la soberanía del Estado y reconocida ésta en forma absoluta, sin la más mínima restricción, en las Convenciones de París (1919), Madrid (1926), La Habana (1928) y Chicago (1944), que no instituyen tampoco normas específicas para la aplicación de las leyes sobre delitos y penas en las relaciones internacionales, preciso es concluir que en los citados textos se acepta el sistema de territorialidad, cuya manifiesta insuficiencia ha sido ya apuntada.

b) *Legislaciones nacionales.*—Entre las que contienen normas relacionadas con la solución de los posibles conflictos de leyes penales, en los casos de delitos cometidos a bordo de aeronaves, consignaremos las siguientes:

Alemania.—El Código penal alemán establece que las leyes penales del Reich rigen para todos los actos cometidos en el interior del país. La Ordenanza de 6 de mayo de 1940, sobre validez del Derecho penal, dispone, en el artículo I, § 5: “El Derecho alemán se aplica independientemente del Derecho del lugar del acto a todos los cometidos a bordo de un navío o de una aeronave alemana.” En su artículo II introduce como § 153 a) del Código Procesal penal el precepto siguiente: “El Fiscal del Reich puede abstenerse de perseguir el hecho cometido en el extranjero por un ciudadano alemán o por un ciudadano extranjero a bordo de un navío o de una aeronave extranjera en territorio alemán, cuando la persecución no se imponga desde el punto de vista de la Comunidad alemana o presente dificultades desproporcionadas con su objeto. El acto cometido por un extranjero en

regirán las reglas que se establezcan de acuerdo con esta Convención. Cada uno de los Estados contratantes se compromete a perseguir a los infractores de los reglamentos en vigor.” Se adopta, pues, en este punto, el sistema, ya clásico, de jurisdicciones concurrentes e iguales, al atribuir a todos los Estados contratantes.

(25) FAUCHILLE: *Traite de Droit International public*. Tomo I, segunda parte, París, 1925, pág. 1146.

(26) VOLKMAN, art. cit., pág. 31.

(27) Una redacción diferente del aludido precepto en MEYER, art. cit., página 619, y en COGLIOLO y CACOPARDO: *Manuale di Diritto Aeronautico*. Florence, 1937, pág. 153.

el extranjero no es perseguible por el Fiscal más que por orden del Ministerio de Justicia del Reich." Esta legislación aplica, por tanto, con rigor, como advierte LE GOFF (22), los dos principios del pabellón y de la soberanía, si bien basa su competencia para los actos cometidos fuera del territorio alemán, no precisamente en la ley del pabellón, sino en la ficción de la extraterritorialidad, considerando las aeronaves germánicas como elementos flotantes del Estado; no se reconoce tampoco excepción alguna para aquellos actos que ataquen a la seguridad o al orden público del Estado subyacente. Estimamos, en consecuencia, que esa jurisdicción—por virtud de la cual los Tribunales alemanes aplicarán sus leyes penales no sólo a todos los hechos ocurridos a bordo de una aeronave nacional, aunque tengan lugar en el extranjero, sino también a la totalidad de los ejecutados a bordo de aeronave extranjera en el interior del territorio germánico—es manifiestamente excesiva, ya que coloca al Reich en una situación de privilegio jurídico respecto de los demás Estados, por lo que ha de carecer en la práctica de eficacia y será frecuente su incumplimiento, al chocar con las restantes legislaciones nacionales, que no respetarán, como es lógico, un sistema en el que se les niega un plano de igualdad; siendo, además, de notar que si todos los Estados adoptasen análogo principio los conflictos de normas penales vendrían legalmente insolubles.

Italia.—El Código de Navegación, cuyo texto definitivo fué aprobado por Real Decreto de 30 de marzo de 1942 (29), trata, en su artículo 5.º, de la ley reguladora de los actos y hechos cometidos a bordo de aeronaves en navegación, preceptuando, en cuanto a los mismos, lo siguiente: "Los actos y hechos cometidos a bordo de una aeronave en el curso de la navegación en lugar o espacio sujeto a la soberanía de un Estado extranjero, son regulados por la ley nacional de la aeronave en todos los casos en los cuales, según las disposiciones sobre aplicación de las leyes en general, debe aplicarse la ley del lugar donde el acto es cometido o el hecho ha acaecido. La disposición del párrafo precedente se aplica a los actos y hechos cometidos a bordo de una aeronave de nacionalidad extranjera en el curso de la navegación en lugar o espacio sujeto a la soberanía del Estado italiano, bajo condición de reciprocidad de parte del Estado al cual la aeronave pertenece." El artículo 12 fija como ley reguladora de las obligaciones derivantes de choque de aeronaves en alta mar o en otro lugar o espacio no sujeto a la soberanía de algún Estado, la ley nacional de las aeronaves, si es común, y en otro caso la italiana. Tales preceptos pueden completarse, en la materia que aquí nos interesa, con el artículo 1.080 sobre aplicabilidad de las disposiciones penales (a las que en unión de las disciplinarias se dedica la parte tercera del Código), en el que se dispone: "El ciudadano o el extranjero que estando al servicio de una aeronave

(28) LE GOFF, obr. cit., págs. 793 y 805.

(29) - El texto anterior fué publicado por R. D. de 27 de enero de 1941, al cual sustituye el definitivo desde 21 de abril de 1942.

nacional cometa en territorio extranjero un delito previsto en el presente Código, es castigado por las normas del mismo. El culpable que haya sido juzgado en el extranjero será juzgado nuevamente en el Estado cuando el Ministro de Justicia lo demande. Las disposiciones penales de este Código no se aplican a los componentes del equipaje o a los pasajeros de aeronave extranjera, salvo que sea diversamente establecido.”

Acepta, por tanto, el Código italiano el principio del pabellón de la aeronave, que ha de encontrar notorias dificultades para aplicarse cuando tropiece con legislaciones nacionales inspiradas en diferente criterio (30).

Francia—La Ley relativa a la navegación aérea, de 31 de mayo de 1924, en su artículo 10, parte del principio del pabellón, si bien, tratándose de delitos cometidos a bordo de aeronave extranjera, se recogen también como criterios de competencia la nacionalidad francesa del autor o de la víctima y el aterrizaje en Francia después de ejecutada la infracción.

Analizando el texto citado y sus concordantes, pueden sentarse, con LE GOFF (31), las siguientes reglas en la legislación francesa:

1.^a El Estado francés es competente para conocer de las infracciones cometidas a bordo de una aeronave extranjera que vuela sobre el territorio francés cuando el autor o la víctima son franceses.

2.^a El Estado francés será asimismo competente para conocer de las infracciones cometidas a bordo por un extranjero si la aeronave aterriza en Francia después del crimen o delito.

3.^a Los Tribunales competentes serán los del lugar de aterrizaje en caso de persecución en el momento del aterrizaje, o los del lugar de la detención en caso de que el autor de la infracción fuese detenido posteriormente en Francia.

4.^a En virtud del artículo 5.º del Código de Instrucción Criminal, el Estado francés es competente para conocer de los crímenes o delitos cometidos fuera del territorio francés, por un francés, a bordo de una aeronave extranjera en vuelo sobre territorio extranjero. En lo que concierne, sin embargo, a los delitos, será preciso que el hecho calificado como delictivo por la ley francesa sea penado por la legislación del país donde haya sido cometido.

5.^a Por interpretación del párrafo 2.º del artículo 10, el Estado francés es competente para conocer de las infracciones cometidas a bordo de una aeronave que cause daños a las personas o a las cosas situadas sobre el suelo subyacente.

Suiza.—El proyecto enviado en 23 de marzo de 1945 (32) por el

(30) En realidad, la adopción del sistema del pabellón por Estados firmantes del Convenio de París de 1919 o del de Chicago de 1944, supone, además, un incumplimiento de éstos, ya que en los dos se parte del principio de territorialidad y ha de atribuirse la jurisdicción al Estado subyacente.

(31) LE GOFF, obr. cit., pág. 805.

(32) Una traducción del citado proyecto puede verse en la Separata del “Bo-

Consejo a las dos Cámaras Federales, ha sido definitivamente aceptado por éstas y convertido en Ley de 21 de diciembre de 1948, atribuyéndose en ella (art. 111) al Consejo Federal el fijar la fecha de su entrada en vigor, a partir de la cual quedan derogadas (art. 110) todas las disposiciones contrarias, especialmente el Decreto de 27 de enero de 1920, relativo a la reglamentación de la circulación aérea, y las prescripciones de 24 de enero de 1924, referentes a la circulación de las aeronaves sobre y en el agua.

Las disposiciones penales de la nueva ley, como observa GULDIMANN (33), no constituyen más que un complemento del Código penal, cuyas disposiciones generales son aplicables (art. 95), y en el cual el título 9.º (crímenes o delitos contra las comunicaciones públicas) protege ya grandemente los intereses del tráfico aéreo, aunque, atendido el especial carácter de la navegación aérea y los efectos jurídicos que ella produce, resultan indispensables disposiciones penales especiales, que son las contenidas en el título 5.º, capítulo II, de la segunda parte, bajo la rúbrica "Campo de aplicación y persecución penal".

Se basa la ley en el principio de la territorialidad, pero, a veces, como éste no basta a satisfacer todas las necesidades prácticas, es también aplicable el del pabellón en casos particulares. Así, el artículo 96 establece que las disposiciones penales no se aplican más que al que ha cometido un acto punible en Suiza (comprendido, según el artículo 11, el espacio atmosférico sobre su territorio), aunque se exceptúan los casos siguientes:

a) El que ha pilotado o hecho pilotar fuera de Suiza una aeronave que porte sin derecho las marcas suizas.

b) El autor de actos cometidos fuera de Suiza a bordo de una aeronave suiza empleada en el tráfico comercial, cuando se encuentre en Suiza y no haya sido concedida su extradición a un Estado extranjero, o cuando haya sido concedida su extradición a la Confederación por razón de dicho acto.

c) El individuo de la tripulación de una aeronave suiza empleada en el tráfico comercial que comete un acto punible a bordo o en el cumplimiento de su función profesional.

d) En casos particulares, el autor de un crimen o de un delito cometido en el extranjero contra Suiza, contra un suizo o por un suizo, según los artículos 4.º al 6.º del Código penal.

Como delitos específicos del Derecho aéreo, son reprimidos por la Ley la violación de las prohibiciones de circular (art. 88), el pilotaje de una aeronave que porte marcas falsas (art. 89) y la puesta en peligro para la navegación aérea (art. 90), así como toda contravención a

letín de Legislación extranjera. Cortes Españolas, Tomo IX, Epoca IV. Abril de 1947. Núm. 44.

(33) GULDIMANN: *Le nouveau droit aérien suisse*, en "Revue Française de Droit Aérien", 1949, nm. 1, págs. 8 y ss., en la que se inserta a continuación el texto de la Ley de 21 de diciembre de 1948.

la Ley, a las prescripciones de ejecución o a las disposiciones de un acuerdo sobre navegación aérea (art. 91).

El principio de oportunidad, acogido también en los Derechos alemán e italiano, se inserta en el artículo 98, párrafo 3.º, y ofrece un especial interés: si los actos punibles han sido cometidos a bordo de una aeronave extranjera sobre Suiza o a bordo de una aeronave suiza fuera de Suiza, la autoridad competente puede renunciar a que se inicie la persecución penal (34).

Bélgica.—La Ley de 27 de junio de 1937 ha introducido profundas modificaciones en la de 16 de noviembre de 1919 que reglamentaba la navegación aérea.

Las infracciones cometidas a bordo de una aeronave belga en vuelo se reputan ejecutadas en Bélgica y pueden ser perseguidas aunque el culpable no sea hallado en territorio belga. Los artículos 6.º al 13 de la Ley de 17 de abril de 1878, que forman el título preliminar del Código de procedimiento penal, se aplican a las infracciones cometidas a bordo de una aeronave extranjera en vuelo, como si el hecho se hubiese realizado fuera del territorio belga. El inculcado de un crimen o de un delito cometido a bordo de una aeronave extranjera en vuelo podrá ser perseguido en Bélgica si él o la víctima son de nacionalidad belga o el aparato aterriza en Bélgica después de la infracción.

España.—El Real Decreto de 25 de noviembre de 1919 determina, en su artículo 41, que “incurrirán en las sanciones establecidas por las leyes penales en vigor”:

a) “Los que hicieren vuelos en el espacio nacional infringiendo lo dispuesto en este Decreto y en el Reglamento para su ejecución, y los que resistieren a la autoridad o sus agentes, dificultando o impidiendo a aquélla o a éstos el ejercicio de las facultades y el cumplimiento de las obligaciones que dichos preceptos regulan.”

b) “Los que a bordo de las aeronaves realizaran acciones u omisiones penadas por la ley, cuando las aeronaves se encontraren en territorio español.” Refiérese este precepto a delitos cometidos, no en el espacio aéreo español, sino sobre el suelo nacional o mar jurisdiccional de España.

c) “Los que en vuelo y en el espacio nacional realizaren acciones u omisiones penadas por la ley y aterrizaran en territorio español antes de traspasar la frontera.”

d) “Los que en vuelo y sobre el espacio nacional hayan ejecutado algún hecho punible contra personas o cosas situadas en territorio español, aun cuando hayan traspuesto la frontera sin aterrizar en territorio español, siempre que proceda la extradición de los culpables.”

Declara también este Decreto que “las leyes de policía y seguridad

(34) A efectos instructorios, ofrecen también marcado interés las obligaciones asignadas al Comandante de la aeronave en el art. 99 de la referida Ley.

pública son aplicables a toda aeronave que vuele en espacio nacional" (35).

El Código de Justicia Militar, promulgado por Ley de 17 de julio de 1945 (36), en su artículo 9.º, dispone: "Por razón del lugar, la jurisdicción militar es competente para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el artículo 16 de este Código (causas de desafuero), se cometan.

1.º c) En el espacio aéreo sujeto a la Soberanía nacional o de Protectorado; a bordo de las aeronaves tanto estacionadas en campos o aguas españolas como en su marcha por el expresado espacio, incluso en las mercantes extranjeras que antes de pasar la frontera aterricen dentro de la zona española o dañen a seres, cosas o intereses de ésta, y en las demás aeronaves nacionales, sin perjuicio de las excepciones que por leyes especiales o tratados internacionales puedan establecerse para conocer de los delitos o faltas ejecutados en aparatos, misiones o lugares de la navegación aérea civil o en determinados casos, y de poderse entregar a los agentes diplomáticos o consulares respectivos al personal extranjero que delinquiera entre sí exclusivamente en los aparatos a que esté adscrito." (37).

El principio adoptado es, pues, fundamentalmente, el de territorialidad, si bien, tratándose de aeronaves nacionales, se sigue también el del pabellón, aunque haciendo, con acierto, la salvedad de aquellas excepciones que deriven de leyes especiales o tratados internacionales.

La Ley de 27 de diciembre de 1947, fijando las bases para un Código de navegación aérea (38), que entrará en vigor cuando por la Comisión de Codificación Aeronáutica se redacte el correspondiente texto articulado y sea el mismo aprobado por el Gobierno con las.

(35) Observa Gay de Montellá *Las Leyes de la Aeronáutica*, Barcelona, 1929, pág. 89) que el Código Penal de 1870 nada dispone sobre delitos cometidos con ocasión de la navegación o transporte aéreo y como quiera que ni en el citado Real Decreto ni en su Reglamento se establece la penalidad aplicable a las infracciones de sus preceptos, de hecho queda sin sanción el incumplimiento de las prescripciones reglamentarias que se consignan en dichas disposiciones fundamentales. La publicación del Código Penal de 1928 vino a llenar esta laguna, ya que dedicaba un gran número de artículos a reprimir hechos relacionados con la aeronáutica, constituyendo un verdadero avance en el desarrollo de la legislación penal aérea española. Restablecido el Código de 1870 sin que en la reforma de que fué objeto en 1932 se incluyeran normas relativas a la aviación, y siendo escasa e insuficiente en la actualidad la aplicación que de sus preceptos hace a la misma el texto refundido de 1944, preciso es concluir que en nuestro Derecho carecemos todavía de auténticos "tipos" aéreos y que las penas que se impongan habrán de serlo siempre por hechos cuya comisión es posible con independencia del fenómeno aeronáutico.

(36) Véase en el "B. O. del E." núm. 201 del día 20 de julio de 1945

(37) Véase sobre atribución actual a los Tribunales del Ejército del Aire de una actividad jurisdiccional distinta de la propiamente castrense, nuestra monografía *La Jurisdicción Aérea en el Derecho Procesal Español*, Madrid, 1945.

(38) Véase en el "B. O. del E." núm. 1 de 1948 y en el del Aire, núm. 9 del mismo año.

modificaciones que éste estime necesario introducir, establece en la primera de ellas: "Las aeronaves españolas en lugar o espacio no sujeto a la soberanía de otro Estado se considerarán como territorio español. Se establecerán los casos en que será de aplicación la ley española a las aeronaves nacionales en el extranjero y a las extranjeras mientras se encuentren en territorio o aire español, teniendo en cuenta la distinta naturaleza jurídica del acto o contrato, y el Estado, la persona o intereses afectados. Las penas que se establezcan en el Código citado (el de Navegación Aérea) y en la restante legislación ordinaria o especial de España se aplicarán a los españoles y extranjeros, en los casos que se consignan, cuando los hechos que las originan se cometan a bordo, desde una aeronave o contra una aeronave. Como regla de carácter general, las disposiciones del Código no se aplicarán a la navegación militar o aérea, sino en los casos expresamente previstos." En la base décimonovena dispone que "todas las aeronaves están obligadas a cumplir las disposiciones sobre policía de tráfico y disciplina de vuelo emanadas de las autoridades competentes", y, en la vigésima, preceptúa: "Los comandantes de las aeronaves ejercerán la jurisdicción disciplinaria en las de su mando, y serán competentes para corregir las faltas que cometan los tripulantes y personas embarcadas. Deberán ordenar la formación de diligencias por los delitos castigados en el Código cometidos en la aeronave, desde la aeronave o contra la aeronave. Los jefes de aeropuertos tendrán las mismas atribuciones que los dos párrafos anteriores asignan a los comandantes de las aeronaves cuando los hechos ocurran en el espacio aéreo o territorio jurisdiccional de los primeros y no estuvieran reservados a los segundos."

Uruguay.—El Código de Legislación Aeronáutica, aprobado por Decreto número 1.877, de 3 de diciembre de 1942, dispone, en su artículo 3.º: "Se rigen por las leyes uruguayas todos los hechos producidos a bordo de las aeronaves en vuelo o en reposo, o por la acción de ellas sobre personas o cosas exteriores dentro del territorio nacional, sus aguas territoriales o el espacio atmosférico correspondiente. Se rigen también por las mismas leyes todos los hechos producidos a bordo de naves uruguayas cuando se realicen en aguas o espacios atmosféricos no jurisdiccionales." Afirma, pues, la jurisdicción uruguaya siempre que se produzcan daños a personas o cosas situadas en su territorio y asimismo para cuantos hechos ocurran a bordo de sus aeronaves nacionales en el extranjero (sin exceptuar en este último caso, por aplicación lógica del propio criterio antes seguido, el supuesto de que las mismas causen perjuicios en territorio sometido a otra soberanía).

El art. 7.º establece: "Las aeronaves militares extranjeras y sus tripulantes gozarán en territorio nacional de las prerrogativas e inmunidades otorgadas por nuestras leyes y los principios de Derecho internacional público, a las naves de guerra extranjeras y sus tripu-

laciones estacionadas en aguas jurisdiccionales de la República. En cuanto a los hechos que tengan relación con su circulación, personas o cosas en territorio nacional, quedarán regidos por el presente Código." No resulta, sin embargo, fácilmente comprensible en qué casos pueda aplicarse la ley uruguaya a las aeronaves militares extranjeras.

V

HACIA UN NUEVO SISTEMA

Nuestro muy querido maestro, el Profesor CUELLO CALÓN, en su obra "La navegación aérea desde el punto de vista del Derecho penal", publicada el año 1915, en los albores de la aviación, dedicó un capítulo a examinar los diversos supuestos de comisión de las infracciones en orden a la determinación de la ley penal aplicable, y, no obstante los progresos técnicos que la aeronáutica ha logrado desde entonces y las copiosas enseñanzas que la experiencia siempre proporciona: su documentada labor continúa siendo hoy día un trabajo de necesaria consulta al referirse a estas cuestiones.

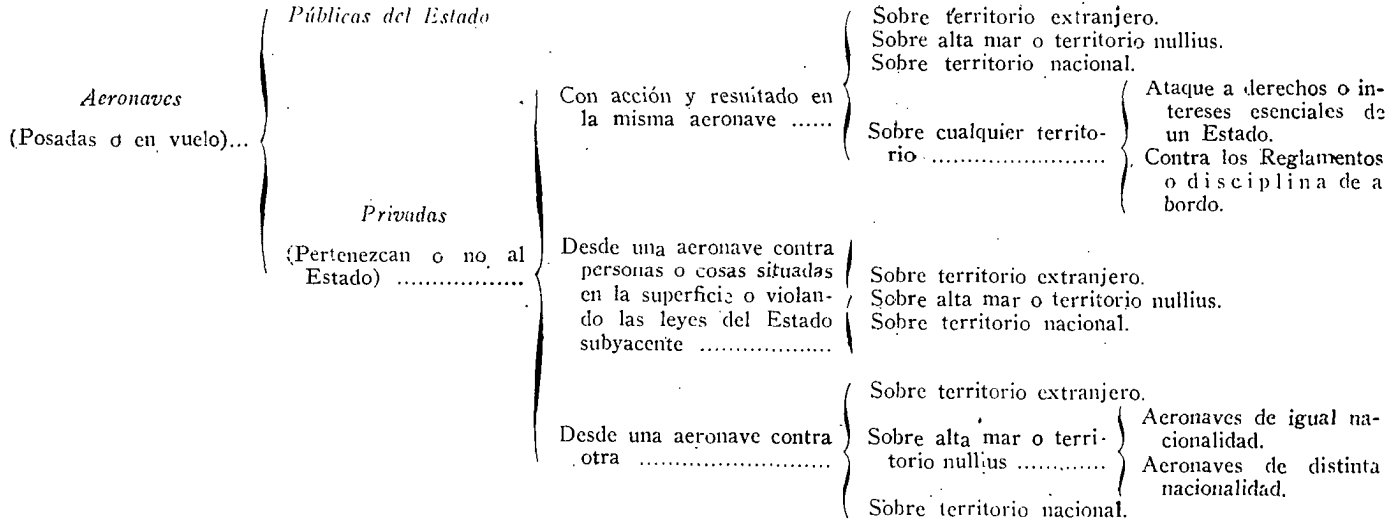
Partiendo, en cierto modo, de los supuestos que distinguía el ilustre penalista español (39), hemos de analizar, por nuestra parte, los comprendidos en el cuadro que figura en la página siguiente.

Es de significar que se trata, en todo caso, de infracciones cometidas a bordo de aeronaves (en o desde ellas), sin que las ejecutadas desde la tierra o el mar contra las mismas, ni tampoco las que perpetren los tripulantes o pasajeros en el exterior del aparato, durante la estancia en territorios sometidos a soberanía distinta de la del pabellón de la aeronave, sea ésta pública o privada, requieran, en realidad, normas específicas—integrables en ese sistema genuino que propugnamos—, ya que tales hechos no engendran peculiaridad alguna y deben ser regidos por los principios establecidos con carácter genérico por el Derecho Internacional para las referidas situaciones, cualquiera que sea el medio de locomoción terrestre, marítimo o aéreo que en la arribada al territorio donde acaezcan se hubiese utilizado (40).

Aeronaves públicas del Estado.—Se consideran siempre parte integrante del territorio del Estado cuyo pabellón arbolan y representan al mismo, por lo que las infracciones cometidas a bordo de tales apa-

(39) Tratava estos tres problemas: a) Delitos cometidos a bordo de un aparato aéreo; b) Delitos cometidos desde un aparato contra personas o cosas situadas sobre el territorio, y c) Delitos cometidos contra un aparato aéreo desde la superficie terrestre o desde el mar. Véase el capítulo I, págs. 11 y s. de la obra citada en el texto.

(40) El tratamiento de los delitos cometidos por los tripulantes de una aeronave militar, durante su estancia en territorio sujeto a distinta soberanía de la del pabellón del aparato, debe ser, propiamente, idéntico al seguido cuando se trata de un buque de guerra, o incluso, ya que no existe obstáculo doctrinal para ello, de un automóvil o hasta de un vagón de ferrocarril al que, por determinadas razones, hubiese sido reconocido el beneficio jurídico de la extraterritorialidad.



ratos, produzcan o no el resultado fuera de ellos, quedan sometidas, en todo caso, a la jurisdicción penal del Estado a que pertenecen, ante el cual podrá ejercitar el perjudicado la oportuna reclamación en vía diplomática. El Estado del lugar de aterrizaje deberá limitarse a prestar aquellos auxilios que le sean solicitados por el de nacionalidad de la aeronave.

Aeronaves privadas (pertenezcan o no al Estado).—Hemos de diferenciar los siguientes supuestos:

a) Infracciones en las que los actos de ejecución y el resultado se producen en el propio aparato aéreo.

b) Infracciones cometidas desde una aeronave contra personas o cosas situadas en la superficie o violando las leyes del Estado subyacente.

c) Infracciones cometidas desde una aeronave en vuelo contra otra también en vuelo.

1) *Infracciones en las que los actos de ejecución y el resultado se producen en la propia aeronave.*—Es conveniente distinguir según que los aparatos se encuentren en vuelo o posados.

A) *Aeronaves en vuelo.*

Para el castigo de las infracciones cometidas, en las circunstancias que se señalan, han sido mantenidos diversos sistemas, consistentes, fundamentalmente, en atribuir la jurisdicción penal:

a) *Al Estado subyacente*, en cuya atmósfera se perpetró la infracción, cuando así ocurra, por aplicación del principio de soberanía sobre su territorio, del cual forma parte integrante el espacio aéreo. Ofrece como inconvenientes: 1.º El afirmar, como señala LE GOFF (41), el derecho de jurisdicción y control de un Estado en actos en los que no tiene ningún interés real, y que la mayor parte de las veces le serán incluso desconocidos en absoluto. 2.º La dificultad de determinar con certeza la zona aérea donde la infracción ha sido cometida, dada la rapidez del avión, que quedaría sujeto a sucesivas soberanías sin saber exactamente el momento en que pasa de una a otra. 3.º Si el aterrizaje no se produce en su territorio, no tendrá al autor en su poder, carecerá de los elementos precisos para la instrucción y se verá obligado a recurrir a un procedimiento de extradición para la entrega del culpable, que no sólo ha de ser largo, sino que presenta también, como posible escollo, el de que la aeronave aterrice sobre territorio del Estado de la nacionalidad del infractor, toda vez que es regla generalmente admitida que un Estado no conceda la extradición de sus nacionales.

Se ha pretendido salvar tales obstáculos obligando al piloto de una aeronave, a bordo de la cual se ha perpetrado una infracción, a aterrizar, tan pronto como pueda, en el territorio del Estado subyacente.

(41) LE GOFF, obr. cit., pág. 799.

Este es el criterio adoptado por LE GOFF (42), que entiende sólo resta tomar las medidas internacionales necesarias para que el piloto sea obligado a la toma de tierra. No nos indica, sin embargo, el autor galo, ni es fácil hacerlo, cuáles sean estas medidas, que, a excepción del tiro directo sobre la aeronave, estarán desprovistas de toda fuerza coactiva, y olvida, además, que la infracción, no sólo en el supuesto de que tratamos, sino también en la mayoría de los casos, no trasciende al exterior y sólo se conoce a bordo del aparato. Estos argumentos unidos al de que siempre será una obligación, cuyo incumplimiento por el piloto—fácil en muchas ocasiones y más que probable cuando sea él el infractor—echa abajo todo el sistema, pendiendo, por tanto, de su voluntad la aplicación efectiva de la ley penal, determinan que la tesis referida sea rechazable (43).

b) *Al Estado del pabellón de la aeronave.*—Tiene la ventaja de que hace desaparecer la incertidumbre en lo que concierne al lugar en que la infracción ha sido cometida, pero cuenta como principales inconvenientes: 1.º Si el aterrizaje se efectúa en un Estado distinto del de nacionalidad de la aeronave, la instrucción de las oportunas actuaciones tropezará con la carencia de órganos adecuados y la imposición de la pena habrá de sufrir un notable retraso. 2.º Si la toma de tierra tiene lugar en el país de que el culpable es nacional, devendrá necesaria la extradición, con las múltiples dificultades que en tal caso ha de entrañar, siendo casi cierto que no llegará a lograrse.

c) *Al Estado del lugar de aterrizaje.*—Presenta la indudable ventaja de dotar a éste de todos los elementos de conocimiento, como si la infracción hubiese sido cometida allí mismo. No resulta, por tanto, preciso determinar el lugar en que los hechos se ejecutaron, comienza sin dilaciones la instrucción de diligencias por órganos adecuados, que tienen a su disposición los testigos y demás medios de prueba, el culpable es inmediatamente aprehendido y será castigado aunque sea súbdito del Estado en que se aterrizó, y, por último, hace innecesario el recurrir a la extradición. Resuelve, además, este sistema, las múltiples y variadas cuestiones, de difícil solución con arreglo a otros criterios, que pueden surgir con motivo de la navegación internacional: tal ocurre con lo relativo a los concursos reales e ideales de infraccio-

(42) Lo prescrito en el art. 4.º de la Convención Internacional de 1919—dice LE GOFF (obr. cit., pág. 800)—, en caso de vuelo sobre zonas prohibidas, obligando a la aeronave a aterrizar en el aeródromo más próximo, podría establecerse igualmente para el supuesto de que una infracción fuese cometida a bordo. El apartado c) del art. 9.º de la Convención de Aviación Civil Internacional de Chicago de 7 de diciembre de 1944, que ha sustituido a la anterior entre los Estados contratantes, autoriza también a exigir a toda aeronave que penetre en tales zonas que aterrice tan pronto como sea posible en algún aeropuerto designado al efecto en su propio territorio.

(43) Atribuyendo jurisdicción al Estado del lugar de aterrizaje, tanto si el piloto efectúa éste en el territorio subyacente como si lo realiza en otro país, quedará sometida la infracción de manera inmediata a su respectiva ley penal y a los correspondientes Tribunales.

nes cometidas en espacios aéreos sujetos a distintas soberanías, a la conexión entre las mismas, a los actos de ejecución que se realizan durante el vuelo sobre diversos Estados o bien que, llevados a cabo en su totalidad en la atmósfera de uno de ellos, producen el resultado cuando la aeronave se encuentra en la del otro, etc.

Las principales objeciones que suelen formularse son: 1.º Que el Estado de aterrizaje, al no tener un interés directo en el castigo de la infracción, pueda ser llamado a desinteresarse. 2.º Que los infractores, cambiando el lugar del aterrizaje, someterán el hecho culpable al Estado que escojan. Para evitar este inconveniente se ha propuesto atribuir la jurisdicción penal al Estado del lugar del último aterrizaje realizado antes de cometerse la infracción, pero tal criterio, aparte de su evidente imperfección jurídica, lleva consigo todas las desventajas de los otros sistemas, ya que se carecerá de los elementos necesarios para la instrucción y no se podrá tampoco proceder a detener al culpable, siendo preciso recurrir a la extradición cuando a ella pueda haber lugar.

d) *Al Estado de nacionalidad del agente o de la víctima*, cuyos criterios no merecen detenido examen, pues gozan de poco predicamento, tanto en la doctrina como en el derecho positivo, que cuando admiten alguno de ellos lo hacen, generalmente, como una circunstancia que, unida a otras, pero no por sí misma, engendra la facultad estatal de sancionar, toda vez que en otra forma habrían de equivaler a meras declaraciones de principio sin eficacia práctica alguna—como no sea su posible aplicación subsidiaria—, por existir otros Estados con interés más directo en el conocimiento y represión de los hechos. Son, por tanto, a nuestro juicio, sólo utilizables como leyes subsidiarias de segundo o posterior grado.

Expuestos los diversos sistemas hasta el momento defendidos y precisadas, de modo esquemático, sus respectivas ventajas e inconvenientes, cabe observar el carácter exclusivamente absolutista con que aquéllos se formulan, determinante de una notoria falta de adaptación a las conveniencias instructorias y represivas. En efecto, mientras el Estado subyacente, el atacado en sus intereses esenciales o el del pabellón de la aeronave pueden tener el máximo interés en el castigo de la infracción, superior sin duda al del Estado en que se efectuó el aterrizaje, es, sin embargo, éste el que goza de una mayor facilidad para iniciar las actuaciones conducentes al esclarecimiento de los hechos, las cuales difícilmente será posible, por otra parte, practicar con la debida eficiencia en un lugar distinto. De aquí que sea, en nuestro sentir, imprescindible armonizar esos dos elementos, facilidad en la instrucción e interés en la represión, sin que resulte, por tanto, aceptable ninguno de los sistemas analizados, en que sólo se mira de manera exclusiva a uno de ellos, desentendiéndose del otro. Relacionando esta consideración con la que ya antes consignábamos, al preoñizar—en lugar de la superposición de competencias (FAUCHILLE)

o de la ubicuidad en la represión (LE GOFF)—un ordenamiento escalonado de leyes penales en el que existiera, en cada caso concreto, una preferente y otras subsidiarias que encontrarían tan sólo aplicación en defecto de las que primordialmente deben tenerla, nos es permitido exponer un nuevo y original sistema, siquiera esta originalidad haya de entenderse con ese carácter relativo que siempre ofrece en toda producción humana y más aún en el presente caso, en que, conscientemente, hemos de apoyarnos en doctrinas por otros elaboradas, en aquellos puntos en que las juzgamos como aprovechables.

Atribuimos la jurisdicción penal en nuestro sistema, que aun exponiéndose en el actual supuesto, habrá de tener, no obstante, amplia y fundamental aplicación también en los restantes, *al Estado preferente en la respectiva fase procesal*. La preferencia en la fase implica una doble distinción: a) Dentro de las normas de posible aplicación concurrentes, entre la ley preferente y las subsidiarias. b) Dentro del proceso a seguir para el esclarecimiento y castigo de la infracción cometida, entre la fase instructoria y la decisoria.

La preferencia asignada a una ley no supone que ésta haya ineludiblemente de aplicarse, sino tan sólo que puede serlo antes que las restantes calificadas de subsidiarias. Tiende a evitar que de un mismo acto estén *a la vez* facultados para conocer distintos Estados, sin establecer prioridad alguna entre ellos, ya que esa situación habría de producir no sólo una extraordinaria diversidad en el fallo de casos análogos, al aplicarse a los mismos leyes diferentes, sino también, en muchas ocasiones, la impunidad, al desentenderse unos Estados, por considerar a otros más interesados en el enjuiciamiento o sospechar que ya conocen éstos, sin que exista, como parece preciso, uno concreto, llamado de modo específico a intervenir, según un orden legal preestablecido, con la consiguiente responsabilidad ante la Comunidad internacional.

La distinción en fases procesales se encamina a distribuir el conocimiento de las mismas entre los Estados que ofrezcan mayor garantía de idoneidad para entender en cada una de ellas. Así, en la instructoria, resulta, por lo regular, el Estado donde se efectuó el aterrizaje el que cuenta con la máxima facilidad para tramitarla, en tanto que en la decisoria es el Estado más interesado en la represión el que mayores seguridades presenta de que el hecho será castigado y no quedará impune.

La nota de preferencia puesta en relación con la de distinción en fases procesales, motiva, conforme se ha dicho, que, en cada una de éstas, deba ser apreciada una ley preferente y otras subsidiarias. pero también este importante principio: la ley preferente en cada una de las fases es la inmediatamente subsidiaria en la otra, lo que equivale a mantener que cuando corresponda intervenir al Estado que cuenta con mayores facilidades para la instrucción entenderá subsidiariamente el que apareciese como más interesado en el castigo de los

hechos y viceversa. Ambas leyes preferentes son, pues, recíprocamente subsidiarias.

Cabe, en definitiva, sintetizar nuestro sistema en la siguiente fórmula:

- A) Fase instructoria.
 - a) Ley preferente: la del Estado de aterrizaje (44).
 - b) Ley subsidiaria: la del Estado más interesado en la represión.
- B) Fase decisoria.
 - a) Ley preferente: la del Estado más interesado en la represión.
 - b) Ley subsidiaria: la del Estado de aterrizaje.
- C) En ambas fases.

Leyes subsidiarias de segundo y posteriores grados: las de aquellos Estados a los que, excluidos los anteriores (preferente e inmediatamente subsidiario), haya de ser reconocido, de modo sucesivo, el máximo interés en el castigo de la infracción cometida.

Aunque, como advierte LEMOINE (45), la gran complejidad de la cuestión que examinamos deriva de la multiplicidad de situaciones que se presentan, y por nosotros mismos ha sido ya señalado (46) que el Derecho aéreo ofrece como acusada característica la de que, ni aun dejando volar su fantasía, alcanzan a concebir los dedicados a su estudio un sistema completo de normas que regule los variados hechos y actos jurídicos que pueden surgir de la reciente utilización por el hombre del espacio atmosférico, hemos de significar, no obstante, que, ante la necesidad científica de huir de particularismos normativos y adoptar, en cambio, principios generales aplicables al máximo número de hipótesis imaginables, aun convencidos de que también nuestra doctrina encontrará en algún caso dificultades de aplicación, estimamos que el sistema que propugnamos une, a las ventajas expuestas, la de alcanzar a la mayoría de los posibles supuestos. Conviene, sin embargo, precisar algunos de éstos, en relación con la toma de tierra por la aeronave y la subsiguiente aplicabilidad de la ley del Estado al que tal lugar corresponda. Distinguiremos, al respecto, los casos de inexistencia y multiplicidad de aterrizaje, así como el de que el realizado resulte imperfecto a los meros efectos instructorios, por las razones que después habremos de exponer.

a) No existe aterrizaje, al menos en orden a la aplicación de nuestro sistema, cuando la aeronave choca violentamente contra la superficie terrestre o acuática, con destrucción completa del aparato y muerte de todos sus ocupantes. Fundándose la aplicación de la ley del Estado de aterrizaje en las facilidades instructorias que a éste se le brindan, sólo resulta, en realidad, justificada su intervención cuando lleguen a

(44) Aunque se hable tan sólo de aterrizaje, debe hacerse extensivo cuanto se expone al acto de "acuatizar", término éste empleado por primera vez, con notorio acierto, atendida su plausible generalidad, por el Código de Legislación Aeronáutica del Uruguay de 1942.

(45) LEMOINE: *Traite de Droit Aérien*, 1947, pág. 792.

(46) GORDILLO: *Derecho Aéreo*, 1949 pág. 84.

él la totalidad o parte de los elementos materiales o personales que en el aparato se hallaren al ocurrir la infracción, pero no si carece en absoluto de ellos, ya que en tal supuesto debe entrar en juego, en la primera fase, la ley del Estado más interesado en la represión, como inmediatamente subsidiaria.

b) Realizados varios aterrizajes, después de cometida la infracción, ha de estimarse aplicable, entre las leyes de los distintos Estados en los que la aeronave se posó, la de aquél en cuyo territorio los hechos fuesen descubiertos, lo que acaecerá, con frecuencia, en el lugar del último aterrizaje. Resulta posible, sin embargo, que la infracción no sea descubierta en los distintos aterrizajes efectuados, sino posteriormente (aunque antes, como es lógico, de que haya prescrito la acción para perseguirla o las sanciones a imponer), una vez que el viaje ya finalizó, cuando han desaparecido cuantos vestigios materiales pudieran hallarse en la aeronave y se han disgregado los ocupantes de la misma, en cuya hipótesis, al no concurrir las facilidades instructorias que aconsejan normalmente la intervención en dicha fase del Estado de aterrizaje, es la subsidiaria, la del más interesado en la represión, la llamada a reconocerse.

c) Cabe, finalmente, imaginar, lo que, a los meros efectos instructorios, podría denominarse un aterrizaje imperfecto, cuando al posarse la aeronave sobre el territorio de un Estado no se encuentran ya en ella el cuerpo, los instrumentos o, incluso, los sujetos participantes en la infracción cometida, por haberse arrojado durante el vuelo, cayendo unos y otros en diferentes Estados, en cuyo caso consideramos debe entenderse también el Estado del lugar de aterrizaje, no sólo por la necesidad, ya apuntada, de sustentar un principio de carácter general, que no parece fácil pueda ser distinto del por nosotros adoptado, sino, sobre todo, por estimar que éste es, además, quien posee en dicha hipótesis las mayores facilidades instructorias, al posarse en su territorio la aeronave con algún ocupante a bordo de la misma.

De las distintas leyes que, conforme a nuestro sistema, son aplicables, conviene establecer, en orden a la fijeza o variabilidad de criterios que conducen a determinarlas, la distinción siguiente:

a) Es siempre fijo el criterio para determinar la del Estado de aterrizaje, ya que éste, en todos los casos, no puede ser otro que aquél en cuyo territorio se pose la aeronave, teniendo en cuenta, cuando procedan, las aclaraciones que, respecto al aterrizaje, han quedado expuestas.

b) Es, sin embargo, variable, según los casos, el criterio a seguir para precisar cuál sea el Estado más interesado en la represión, toda vez que habrá de ser muy diverso, en los diferentes supuestos que pueden presentarse. Importa establecer, no obstante, una nueva diferencia entre el Estado al que se reconoce el máximo interés en la represión y aquéllos otros a los que, excluido aquél, ha de atribuirse

el mismo; mientras que el primero puede y debe ser concretado "a priori", los segundos sólo después de cometida la infracción y conocidas sus particulares circunstancias son susceptibles de determinarse.

De aquí que, en nuestro sistema, haya, por tanto, una ley fija, conocida en todos los casos (la del Estado de aterrizaje), otra que es preciso determinar de antemano para cada supuesto (la del Estado más interesado en la represión), y varias, aplicables únicamente como subsidiarias de segundo y posteriores grados, que sólo después de ejecutados los hechos resulta posible precisar (las de los Estados a los que, excluido aquél al que se atribuye el máximo interés en la sanción, debe sucesivamente ser éste reconocido).

Establecido, pues, el orden en que, en las distintas fases procesales, han de entrar en juego las leyes aplicables, y siendo siempre fijo el criterio para precisar cuál sea la del Estado de aterrizaje, el aplicar nuestra doctrina a los diversos supuestos imaginables se reduce, en realidad, a determinar, en cada uno de ellos, qué Estado es el que debe estimarse con mayor interés en la represión, prescindiendo de los que sucesivamente puedan serlo, ya que—repetimos—sólo "a posteriori" cabría determinar éstos, atendidas las circunstancias "de facto" concurrentes.

Tratándose de infracciones cometidas a bordo de aeronaves en vuelo, con desarrollo en el propio aparato tanto de la acción como del resultado, es oportuno distinguir según que los hechos se realicen durante el vuelo sobre: a) Territorio extranjero. b) Alta mar o territorio "nullius"; y c) Territorio nacional. En cada uno de tales supuestos debe estimarse, a nuestro juicio, que el Estado más interesado en la represión es el que a continuación se expresa:

a) Sobre territorio extranjero.—El del pabellón de la aeronave.

b) Sobre alta mar o territorio "nullius".—El del pabellón de la aeronave (a la que se considera parte integrante del territorio del Estado cuya nacionalidad ostenta, en tanto vuela en esas circunstancias).

c) Sobre territorio nacional.—El del Estado subyacente, que en este caso coincide con el del pabellón de la aeronave.

B) *Aeronaves posadas.*

a) Sobre el territorio de un Estado, quedan sujetas a la jurisdicción penal del mismo. b) Sobre alta mar o territorio "nullius", a la del Estado del pabellón de la aeronave. En ambos casos se rigen por los principios del Derecho común, sin que exista fundamento alguno para adoptar en el aéreo, a este respecto, normas peculiares.

Será, no obstante, aplicable nuestra doctrina si, después de cometida la infracción (antes de ser descubierta en el primer supuesto), el culpable, utilizando el propio aparato, se traslada a diferente Estado, que tendrá a tales efectos la consideración del de aterrizaje, estimándose el más interesado en la represión aquél cuya nacionalidad ostente la aeronave.

C) *Indistintamente en aeronaves posadas (47) o en vuelo y sobre cualquier territorio.*

Hemos de referirnos aquí a dos clases de infracciones:

a) Las que atacan o ponen en peligro los derechos o intereses esenciales de un Estado.—Tales son, por ejemplo, los casos, que cita HAMEL (48), del complot y la falsificación de billetes de banco a bordo de un potente dirigible. En estas hipótesis es a ese Estado, al que tan graves perjuicios infieren los hechos, al que debe estimarse, sin duda, más interesado en el castigo de los mismos.

b) Las cometidas por los pasajeros o el equipaje contra los reglamentos de a bordo.—Cuando se trate de incidentes internos que constituyan pequeñas contravenciones, sin que éstas lleguen en ningún momento a alcanzar categoría delictiva ni produzcan alarma al ser conocidas en el exterior, corresponde corregirlas al Estado del pabellón de la aeronave, que debe investir de amplias facultades al respecto al comandante del aparato. Es éste el único caso, dentro de nuestro sistema, en el que no corresponde entender al Estado de aterrizaje, en atención no sólo a las escasas dificultades instructorias que en orden al esclarecimiento de tales infracciones deben, por lo regular, presentarse, sino, sobre todo, a la ínfima trascendencia penal de las mismas, que hace aconsejable su directa sanción por el propio jefe de la aeronave.

II. *Infracciones cometidas desde una aeronave contra personas o cosas situadas en la superficie o violando las leyes del Estado subyacente (49).*

Son las propias infracciones antes examinadas, que se ejecutan a bordo, pero que en este caso producen un efecto perjudicial en el Estado subyacente. Es éste el que ha de estimarse más interesado en la represión, si sus leyes han sido violadas o las personas o cosas que han sufrido daños se hallaban sobre su territorio, o bien el del pabellón de la aeronave, cuando los individuos o los bienes se encuentran sobre alta mar o territorio "nullius".

III. *Infracciones cometidas desde una aeronave en vuelo contra otra también en vuelo.*

A efectos de aplicación de nuestra doctrina, debe distinguirse según que el resultado dañoso, logrado o intentado, se limite a una de las aeronaves o alcance a ambas.

a) Siendo una aeronave la atacada, cualquiera que sea el territorio sobrevolado, ha de estimarse que el Estado de aterrizaje es aquél

(47) Véase supra B) en qué caso las infracciones cometidas en aeronaves posadas deben quedar sujetas a las normas específicas del Derecho aéreo.

(48) HAMEL: *Nationalité et conflit des lois en Droit Aérien*. "Revue de Droit international privé", 1925, pág. 200.

(49) Prescindimos de analizar por separado lo que se refiere a las aeronaves en vuelo o posadas, toda vez que ya queda expuesto el motivo por el cual puede ser aplicable a las últimas el sistema peculiar del Derecho aéreo (véase supra B), en cuyo caso quedan sometidas a idéntico régimen.

en que se pose el aparato agresor y el más interesado en el castigo de los hechos, el del pabellón del aparato objeto de la agresión.

b) Cuando el resultado dañoso y la posible responsabilidad por el mismo de los ocupantes alcanza a ambas aeronaves, en el caso de colisión en vuelo de los aparatos, surgen con relación al abordaje aéreo análogas incertidumbres a las que se plantean en Derecho marítimo, en el que constituye un problema aún no resuelto (50). Conviene, a nuestro entender, diferenciar las siguientes hipótesis:

A) Que después de la colisión haya aterrizaje.

a) Si es una sola de las aeronaves la que toma tierra o ambas lo hacen en el mismo Estado, éste será el de aterrizaje.

b) Si logran aterrizar ambas aeronaves, pero en distintos Estados, tendrá cada uno de ellos la indicada consideración al efecto de instruir por separado las oportunas actuaciones, acumulándose más tarde las que cronológicamente sean posteriores a las iniciadas con anterioridad.

El Estado más interesado en la represión será:

a) Si ambas aeronaves poseen la misma nacionalidad, el del pabellón común.

b) Si tienen distinta nacionalidad, el del pabellón de la aeronave que, a juicio del Estado que entienda al concluir la fase instructoria, sea la abordada o, en caso de haberlo sido ambas recíprocamente, el del pabellón de aquella a cuyos ocupantes resulte atribuible una responsabilidad de carácter más leve.

B) Si después del abordaje aéreo no tiene lugar el aterrizaje de ninguno de los aparatos colisionados (51), deberá instruir las primeras actuaciones el Estado subyacente, por tratarse del único y más directo conocedor de los hechos acaecidos, estimándose que el mayor interesado en el castigo de los mismos habrá de ser:

a) Si los aparatos son de igual nacionalidad, el del pabellón común.

b) Si tienen distinta nacionalidad, el del pabellón de la aeronave que, a juicio del Estado subyacente, atendido el resultado de las actuaciones por él instruidas, sea la abordada, o, en caso de haberlo sido ambas recíprocamente, el del pabellón de aquella a cuyos ocupantes resulte atribuible una responsabilidad de carácter más leve.

Normas complementarias.—Expuestos ya los principios fundamentales de nuestra doctrina, quedarían, sin embargo, reducidos a meras declaraciones teóricas, de no complementarse debidamente con normas que garanticen su aplicación a la realidad. De dos categorías son principalmente tales normas:

a) *De procedimiento*, que constituyen parte integrante, aunque adjetiva, del propio sistema, al que vienen a completar.

b) *De implantación en el orden internacional*, mediante las cuales el sistema, una vez completo doctrinalmente con sus normas tanto sus-

(50) Véase F. FARIÑA y T. OLONDO: *Derecho Marítimo*, 1934 págs. 364 y ss.

(51) Véase supra pág. 30, cuándo no existe aterrizaje.

tantivas como adjetivas, ha de adquirir la necesaria vigencia en las relaciones entre los Estados.

Las primeras, por tanto, completan el sistema y se integran en el mismo; las segundas, en cambio, quedan, propiamente, fuera de él, pero resultan indispensables para su aceptación por los distintos Estados. Sin aquellas, pues, el sistema sería incompleto, sin las últimas, aunque completo teóricamente, resultaría, no obstante, impracticable.

A) *Normas de procedimiento*.—Se orientan, de manera primordial, a fijar ciertos trámites que, al ser cuidadosamente cumplidos, aseguren el adecuado conocimiento de la infracción cometida a los Estados llamados a intervenir en las distintas fases procesales. Como básicas podemos sentar las siguientes:

1. El Comandante de toda aeronave en la que se haya cometido una infracción, que no sea de aquellas cuya sanción le estuviese personalmente atribuida (52), o, en defecto del mismo, los que le sigan en el mando del aparato, los individuos de la tripulación o los pasajeros, están siempre obligados, en el primer lugar en que se pose la aeronave después de ejecutado el hecho, a dar parte al Jefe del respectivo aeródromo o, si no existiese, a la autoridad gubernativa o policiaca más próxima, y, además, si se tratase de territorio extranjero, al Cónsul del país cuya nacionalidad ostente la aeronave, cuando éste no residiese a mucha distancia, interesando en todo caso de los mismos el oportuno justificante de haber dado cumplimiento a las referidas obligaciones, para evitar, de no hacerlo, las sanciones a que resulte acreedor. En el expresado parte deberán necesariamente consignarse, con todo detalle, cuantos extremos puedan determinar un interés en diferentes Estados por la represión (pabellón de la aeronave, intereses atacados, territorio sobrevolado, nacionalidad del agente y de la víctima), a efectos de la posible aplicación de sus respectivas leyes, con arreglo a los principios ya conocidos.

2. El Jefe del aeropuerto o la autoridad gubernativa o policiaca que reciba parte de infracción cometida a bordo de una aeronave, está obligado a cursarlo sin demora al organismo judicial de su propio país llamado a intervenir, y, a la vez, a enviar por conducto reglamentario, aunque con la mayor urgencia, copia autorizada del mismo y de las diligencias urgentes que hubiese practicado al Estado más interesado en el castigo de los hechos o, en caso de duda a tal respecto, a los varios Estados que estime pudieran serlo, así como también al más cercano de los Cónsules del país cuya nacionalidad ostente la aeronave, consignando en las citadas copias el Tribunal a quien las actuaciones originales han sido enviadas y la fecha en que se le remitieron, interesando, inexcusablemente, de todos ellos el oportuno acuse de recibo.

3. El Cónsul de un Estado que recibiese, en su destino oficial en el extranjero, parte de infracción cometida a bordo de una aeronave, sea directamente del Comandante del aparato sea a través de un Jefe de

(52) Véase supra pág. 33, b).

aeropuerto o de autoridad gubernativa o policiaca del Estado de aterrizaje, deberá, siempre que el país al que representa pueda tener interés por cualquier circunstancia en el castigo de los hechos, dar cuenta sin demora de los mismos a sus superiores diplomáticos, si los tuviese en el país en que se encuentre acreditado, o, en otro caso, a aquéllos a quienes corresponda en el Estado que le designó para el ejercicio de dicha función, solicitando acuse de recibo.

4. El Tribunal que entienda de infracción cometida a bordo de una aeronave, está obligado a comunicar, por el debido conducto, aunque sin demora, la iniciación de la fase instructoria al Estado más interesado en el castigo de los hechos o, en caso de duda a este respecto, a los varios Estados que estime pudieran serlo, así como también cuando se aparta del conocimiento de los autos y las razones en que se funde para ello. Igualmente deberá notificar la conclusión de dicha fase al Estado que, atendida la investigación por él practicada, juzgue que es el máximo interesado en la represión, al efecto de que le sea posible intervenir en la decisoria, cuando fuese procedente, en cuyo caso, previo el oportuno requerimiento del mismo, habrá de remitirle los autos, por la vía adecuada, para ser fallados, acreditándose siempre en ellos la observancia de los aludidos trámites.

5. El incumplimiento de las obligaciones señaladas al Comandante, tripulación o pasajeros de la aeronave, a los jefes de aeropuertos, autoridades gubernativas o policiacas o Cónsules en país extranjero que reciban parte de infracción cometida en un aparato aéreo o al Tribunal que conozca de la misma, así como a los llamados a intervenir con el carácter de órganos de conducto reglamentario, habrá de ser debidamente sancionado en las Convenciones internacionales que se celebren para la implantación del sistema propuesto.

B. *Normas de implantación internacional.*—Una vez adicionado el sistema con las normas de procedimiento que, en lo fundamental, quedan consignadas, cabrá estimarlo como doctrinalmente completo y, en consecuencia, de susceptible aplicación, pero ésta, todavía, no podrá, sin embargo, lograrse, sino mediante otras normas distintas, nacidas del concurso de voluntades de diferentes Estados y plasmadas, por tanto, en las llamadas Convenciones internacionales. Dada la posibilidad de que se pose la aeronave en los más remotos confines, en territorios dispersos y sometidos a muy distintas soberanías, el ideal sería que el acuerdo de implantación del sistema fuese adoptado en una Convención en la que participasen la totalidad de los Estados constituidos sobre nuestro planeta. Ante lo utópica que, por el momento, parece tal sugerencia, forzoso resulta la búsqueda de fórmulas que permitan la deseable adopción en tratados multilaterales, con la concurrencia tan sólo de un cierto número de Estados, e, incluso, en los de simple carácter bilateral. Tal vez la más sencilla y práctica pudiera ser la siguiente: “Siempre que, por cualquier motivo, correspondiese entender, en las relaciones internacionales, a alguno de los Estados con-

tratantes de infracciones cometidas a bordo de aeronaves, entrará en vigor para todos los contratantes el sistema de deferir, entre ellos, la jurisdicción, al Estado preferente en la respectiva fase procesal". Supone, pues, dos distintos y consecutivos momentos: a) Posibilidad de conocer por parte de uno de los Estados contratantes. b) Atribución de la jurisdicción, entre los contratantes, al Estado con preferencia en la fase procesal respectiva.

VI

CONCLUSIONES

Como resumen de cuanto ha sido expuesto, pueden formularse las siguientes:

1.^a Debe evitarse en el Derecho aéreo el empleo, frecuentemente realizado, del término "competencia" para referirse a la facultad de conocer atribuida a los Estados, sustituyéndolo por el de "jurisdicción", más apropiado científicamente.

2.^a El determinar a que jurisdicción estatal corresponde conocer, en las relaciones internacionales, de las infracciones cometidas a bordo de aeronaves, es problema situado, dentro del Derecho penal, entre los límites de las normas materiales y procesales que integran el mismo, pudiendo ser objeto de examen por los especialistas dedicados al estudio de las de una u otra índole, ya que en cualquiera de ellas resulta, en muchas ocasiones, antecedente indispensable para el acertado análisis de importantes puntos.

3.^a La superposición de competencias (jurisdicciones) o la ubicuidad en la represión, aunque han sido preconizadas doctrinalmente en el Derecho aéreo y aceptadas por lo regular en las legislaciones positivas, suponen un sistema en el que las leyes de varios Estados pueden *a la vez* ser aplicables para el castigo de una infracción, pero sin proporcionar, como parece conveniente, una norma que de manera general, permanente e idéntica solucione tales conflictos, debiendo, por tanto, rechazarse y, en cambio, establecer un ordenamiento escalonado de leyes penales en el que se determine, en cada caso concreto, cuál sea la preferente y aquellas otras subsidiarias que han de encontrar tan sólo aplicación en defecto de las que primordialmente deban serlo.

4.^a Los diversos sistemas hasta el momento sustentados en la doctrina y en las legislaciones para el castigo de las infracciones cometidas a bordo de aeronaves—consistentes en atribuir, respectivamente, la jurisdicción al Estado subyacente, al del pabellón del aparato, al de nacionalidad del agente o de la víctima, al de aterrizaje o a aquél cuyos derechos o intereses esenciales han sido atacados—son excesivamente absolutistas por atender sólo a las conveniencias instructorias o sólo a las represivas, pero no conjuntamente a ambas, armonizando, como resulta indispensable, la mayor facilidad en la fase ins-

tructoría con el máximo interés para el castigo de los hechos en la decisoria.

5.^a Partiendo de los principios señalados en los dos números precedentes—el de la preferencia y el de la distinción en fases procesales—nos permitimos propugnar un sistema, rigurosamente original (con el carácter siempre relativo que a esta palabra ha de concederse, dado el apoyo de toda producción humana en construcciones anteriores), consistente en atribuir la jurisdicción al Estado preferente en la respectiva fase procesal. La ley preferente en cada una de las fases es, además, la inmediatamente subsidiaria en la otra. Nuestro sistema, en líneas generales, puede, pues, formularse así:

A) Fase instructoria.

Ley preferente = La del Estado de aterrizaje.

Ley subsidiaria de primer grado = La del Estado más interesado en la represión.

Leyes subsidiarias de segundo y posteriores grados = Las de los Estados a los que, excluidos los anteriores, haya de serles reconocido, sucesivamente, el máximo interés en el castigo de los hechos.

B) Fase decisoria.

Ley preferente = La del Estado más interesado en la represión.

Ley subsidiaria de primer grado = La del Estado de aterrizaje.

Leyes subsidiarias de segundo y posteriores grados = Las de los Estados a los que, excluidos los anteriores, haya de serles reconocido, sucesivamente, el máximo interés en el castigo de los hechos.

En tanto que es siempre fijo el criterio para determinar cuál sea el Estado de aterrizaje, ya que no puede ser otro que aquél en que después de cometida la infracción se pose la aeronave (aclarados previamente los casos dudosos), varía el conducente a precisar cual sea el Estado más interesado en la represión, en los distintos supuestos que han de presentarse, aunque cabe, sin duda, establecerlo "a priori", como se hace con detalle en el texto de este trabajo, sin que quepa, no obstante, análoga posibilidad en orden a señalar aquellos Estados a los que haya de reconocerse, sucesivamente, el mayor interés en el castigo de los hechos, toda vez que sólo es posible determinarlos, en cada caso, después de ejecutada la infracción y atendidas las circunstancias concurrentes en la misma (pabellón de la aeronave, territorio sobrevolado, nacionalidad del agente o de la víctima, etc.).

6.^a Los principios que propugnamos requieren, sin embargo, para su aplicación, dos clases de normas complementarias: a) De procedimiento, que constituyen la parte adjetiva del propio sistema y se integran en el mismo, orientándose primordialmente a asegurar el necesario conocimiento de las infracciones cometidas a bordo de aeronaves a los Estados llamados a intervenir en las respectivas fases procesales, por lo que regulan, de modo especial, los trámites a cumplir por los Comandantes de tales aparatos, Jefes de aeropuertos, autoridades gubernativas o policíacas o Cónsules en el extranjero que reci-

bieren parte a ese respecto, órganos de conducto reglamentario y Tribunal que conozca del asunto. b) De implantación en el orden internacional, que—ante lo utópico que resulta, por el momento, pensar en una Convención internacional en la que participasen todos los países del mundo—han de consistir forzosamente en tratados multilaterales, aceptados sólo por un cierto número de Estados, o, incluso, de simple carácter bilateral, en los cuales se acuerde la vigencia del sistema propugnado, con sus normas tanto materiales como procesales, a cuyo efecto sugerimos ya la oportuna fórmula.

R É S U M É

L'auteur dans son travail sur la compétence pénale en matière aérienne arrive à des résultats qu'on peut résumer dans les conclusions suivantes:

1. *Dans la Droit aérien on doit éviter l'usage du terme "compétence", pour se référer à la faculté de connaître qu'on accorde aux Etats, en le remplaçant par celui de "jurisdiction", qui scientifiquement est le plus convenable.*

2. *Un problème placé dans la Droit pénal entre les bornes des normes matérielles et celles du procès qui l'intègre, est celui de préciser la jurisdiction de l'État qui devra juger dans les relations internationales les infractions commises à bord des aéronefs; elle peut être examinée par les experts consacrés à l'étude des normes de deux genres, car elle est souvent l'antécédent indispensable pour l'analyse positive d'importantes questions.*

3. *La superposition de compétences (ou de jurisdictions) ou l'ubiquité de la répression qu'elles aient été preconisées par la doctrine dans le Droit aérien et acceptées habituellement par les législations positives, supposent un système dans lequel les lois de plusieurs États peuvent être appliquées en même temps pour la punition d'une infraction, mais sans nous procurer, comme il serait convenable, une norme qui d'une façon générale, permanente et identique, serve à résoudre ce conflit; ont doit partant la rejeter et par contre établir une disposition hiérarchique des lois pénales dans laquelle on fixera pour chaque cas concret la loi préférante et les lois subsidiaires qui ne pourront pas être appliquées qu'en défaut de celles qui devraient avoir été appliquées primordialement.*

4. *Les différents systèmes examinés dans la doctrine et dans les législations pour la punition des infractions commises à bord des aéronefs (quoiqu'ils attribuent respectivement leur jurisdiction à l'État soumis, à celui du pavillon de l'appareil, à celui de la nationalité de la victime, à celui de l'atterrissage ou à celui dont les droits ou les intérêts essentiels aient été attaqués) sont excessivement absolutistes car ils ne considèrent que les intérêts de l'instruction ou que simplement*

ceux de la répression, mais pas tous les deux, harmonisant, comme il faudrait, la plus grande facilité dans la phase de l'instruction avec le maximum d'intérêt pour la punition des faits dans la phase de décision décisive.

5. En s'appuyant sur les principes remarqués dans les deux paragraphes précédents, il présente un système strictement original (avec le sens relatif qu'on doit accorder toujours à ce mot car toute oeuvre humaine doit s'appuyer sur d'autres antérieures); il accorde la juridiction à l'État préférent pour la phase respective du procès. La loi préférente pour chacune des phases est aussi la loi immédiatement subsidiaire pour l'autre phase. Son système peut être présenté ainsi en termes générales:

A) Phase de l'instruction.

Loi préférente: Celle de l'État de l'atterrissage.

Loi subsidiaire du premier degré: Celle de l'État le plus intéressé à la répression.

Lois subsidiaires du deuxième degré et des degrés postérieurs: Celles des États auxquels on doit reconnaître successivement le plus grand intérêt dans la punition des faits après avoir exclus les antérieurs.

B) Phase de décision.

Loi préférente: Celle de l'État le plus intéressé à la répression.

Loi subsidiaire du premier degré: Celle de l'État de l'atterrissage.

Lois subsidiaires du deuxième degré et des degrés postérieurs: Celles des États auxquels on doit reconnaître successivement le plus grand intérêt dans la punition des faits après avoir exclus les antérieurs.

Tandis que le critérium pour déterminer l'État de l'atterrissage est toujours fixe, car il doit être nécessairement l'État dans lequel l'aéronef vient d'atterrir après la commission de l'infraction, le critérium pour préciser l'État le plus intéressé à la répression varie dans les cas différents. On peut sans doute l'établir "a priori" comme l'auteur le fait dans cet étude; pourtant on ne peut pas faire de même pour indiquer les États auxquels on doit reconnaître successivement les plus grand intérêt dans la punition des faits, car on ne peut pas les déterminer qu'une fois l'infraction commise et selon les circonstances de celle-ci (pavillon de l'aéronef, territoire survolé, nationalité de l'infacteur ou de la victime, etc.).

6. Les principes qu'il propose demandent deux sortes de normes complémentaires pour leur application: a) celles de procédure, qui constituent la partie adjectivée du système même et qui s'intègrent dans ce dernier; leur but essentiel est celui d'assurer la connaissance nécessaire, par les États qui doivent intervenir dans les phases respectives du procès, des infractions commises à bord des aéronefs; c'est pour cela qu'elles établissent d'une façon spéciale les voies à suivre par les commandants des appareils, par les chefs des aérodromes, par les autorités gouvernementales, consulaires et de la police, ainsi que les organes de conduite réglementaire et le tribunal auquel l'affaire doit être soumis; b) celles

d'établissement dans l'ordre international. Ces normes, à cause de l'impossibilité actuelle d'une réunion de tous les pays du monde, ne peuvent pas être que des traités multilatéraux, acceptés seulement par un certain nombre d'États, ou encore des traités de simple caractère bilatéral, dans lesquels on décide la mise en vigueur du système nécessaire.

S U M M A R Y

The author in his study about the competence in aerial matters arrives to some results which can be resumed as follows:

1. In the Aerial Law one must avoid the use of the term "competence" when referring to the power of knowing which is granted to the States, changing it by that of "jurisdiction", which is scientifically more adequate.

2. A problem placed in the Penal Law between the limits of the material rules and those of the process, is to determine the jurisdiction of the State, which must judge in the international relations about the violations done on board of the airships; it can be examined by the experts devoted to the study of the rules of both types because it is very often the indispensable antecedent for a positive analysis of important questions.

3. The superposition of competences (or of jurisdictions) or the ubiquity of the repression, even if they have been preconised by the doctrine in the Aerial Law and generally accepted by the positive legislations, suppose a system in which the laws of the different States can be used at the same time to punish a violation, but without give us, as it should be convenient, a rule that could finish this conflict in a general, durable and identical manner; therefore, one must reject it and on the contrary one must establish a hierarchical disposition of the Penal Law in which the principal laws will be fixed for every single case, and the secondary too, which can be applied only in defect of those which should have been applied originally.

4. The different systems examined in the doctrine and in the legislations for the punishment of the violations done on board of the airships (even if they attribute their jurisdiction to the submitted State, to that of the flag of the ship, to that of the nationality of the victim, to the one of the landing or to the one whose rights or whose essential interests have been attacked) are exceedingly absolutist because they only consider the interests of the instruction or simply those of the repression, but not both of them, harmonising, as it should be done, the greatest facility on the phase of instruction with the greatest interest for the punishment in the phase of resolution.

5. Basing himself on the principles examined in the precedent paragraphs the author displays an original system (taking this word in its relative sense as every human work must be based on precedent ones);

he gives the jurisdiction to the most suitable State for the respective phase of the law-suit. The most suitable law for each phase is also the secondary law for the other phase. His system can be shown in general terms as follows:

A) Phase of instruction:

Most suitable law: The one of the State of the landing.

Secondary law of first grade: The one of the most interested State in the repression.

Secondary laws of second and following grades:

Those of the States to which one can acknowledge the greatest interest in the punishment of the contested point after having discarded the former ones.

B) Phase of resolution:

Most suitable law: The one of the most interested State in the repression.

Secondary law of first grade: The one of the State of the landing.

Secondary laws of second and following grades: Those of the States to which one can acknowledge the greatest interest in the punishment of the contested point after having discarded the former ones.

Though the criterion for determining the State of the landing is always a fixed one, because it must be necessarily the State in which the airship has landed after the commission of the violation, the criterion for determining the most interested State in the repression changes with the different cases. One can, undoubtedly, establish it "a priori" as the author does in this study; but one cannot do the same thing to point the States out to which one can acknowledge the greatest interest in the punishment of the contested points, because they can only be determined after the commission of the violation and according to the circumstances of this one (flag of the airship, country over which it has flown, nationality of the transgressor or of the victim, etc.).

The principles which he proposes need two kinds of complementary rules for their application: a) those of legal procedure which constitute the secondary part of the system and which integrate themselves in this one; their main purpose is to assure the necessary knowledge to the States which must intervene in the respective phases of the law-suit for the violations done on board of the airships; therefore they establish principally the ways to follow by the commanders of the planes, by the chiefs of the aerodromes, by the authorities of the Governments, of the Consultates or of the Police and the organs of conduct fixed by the Law and the court of justice to which the subject must be submitted; b) those of establishment in the international order. These rules, due to the present impossibility of a meeting of all the countries of the world, can only be multilateral treaties, accepted only by a certain number of States, or even treaties of pure bilateral character, in which the procedure of the necessary system is determined.

Teoría del Derecho penal especial

ENRIQUE JIMENEZ ASENJO

Abogado-Fiscal de la Audiencia de Madrid

SUMARIO: I. *Premisas racionales y fijación de conceptos.*—II. *Derecho penal especial material, o ideal (codificado)* A) Precedentes doctrinales históricos. B) Sistematización de la parte especial del Código. Problemas internos. C) El problema de fijación del ilícito jurídico penal (delito). D) Nosología penal. E) Taxonomía legal penal: Criterios doctrinales y legales. F) Ordenación delictiva gradual: Teorías. G) Teoría de los valores y el Código penal. H) Conclusión. I) El ejemplo histórico. J) Exposición crítica de la parte especial del C. penal vigente de 1944.—III. *Derecho penal especial formal o accidental (no codificado)*. A) Su noción didáctica. B) Ensayo de sistematización. C) Consideración crítico-histórica del problema. D) Relación de dependencia entre el D. general y el particular. E) Clases de leyes especiales. F) Índice del D. Penal especial vigente.

I. *Premisas racionales y fijación de conceptos.*

Es evidente que, siendo lo especial un concepto correlativo y opuesto a lo general, la idea del Derecho penal especial nos viene dada por comparación y exclusión del Derecho penal general o común, lo cual implica la necesidad de que se determine previamente el alcance y contenido de este último.

En tres sentidos puede tomarse su significación o concepto: material, histórico y jurisdiccional. Según el primero—material—, el Derecho penal general contiene las normas fundamentales o los principios esenciales referentes a la imputabilidad, culpabilidad, responsabilidad y punibilidad humana, o sean, los últimos principios, las últimas razones que inspiran el “*ius puniendi*” de una legalidad dada o incluso de la humanidad entera, en cuanto aspiración suprema del hombre.

Tales normas, debidamente articuladas, vienen recogidas, por tradición histórica, en los cuerpos legales codificados—Códigos—, ver-

daderas constituciones jurídicas de cada país. Tal ocurre con el Código penal nacional común, cuyo libro primero contiene, debidamente articulada, la teoría legal de la culpabilidad y punibilidad humana, bajo el título genérico y suficientemente expresivo de "Disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas", con lo cual constituye como un Derecho complementario y accesorio de las reglas específicas o típicas contenidas en sus otros dos libros, dedicados a los delitos y faltas en particular. En este sentido, el Delito penal general es el Derecho para todos los delitos y para todos los ciudadanos, contemplados solamente como tales, "sub specie homine".

En sentido histórico, la concepción de este Derecho penal se basa en consideraciones de orden empírico o contingente. Según él, se entiende por el Derecho penal general el contenido en el Código penal común, sea cual fuere su naturaleza intrínseca, ya se halle emplazado en el libro primero de los conceptos genéricos o en los segundo y tercero, que contienen las reglas específicas de cada ente delictivo o tipo de infracciones. Es, pues, un concepto puramente formal. Será, por tanto, Derecho penal especial aquél que se encuentra desperdigado en las leyes especiales o particulares que vagan independientes del Código en una legalidad dada. Es un criterio puramente circunstancial quien da vida y mantiene este Derecho libre y, por tanto, tan accidental como las circunstancias de la vida misma que le crea. Por ello que es de aspiración unánime y constante de la técnica el de integrarlas en el seno común del Código, procurando lograr lo más posible una permanente y total unidad legislativa no alcanzada plenamente aún. En este sentido, el Derecho penal general es el Derecho de los actos humanos que son delitos siempre; el segundo, de los que pasan y varían.

Por último, en el sentido jurisdiccional se considera Derecho penal común aquél que está dado para todos los que delincan dentro del territorio o jurisdicción del Estado legislador, sin consideración especial alguna, por virtud de los principios de igualdad y universalidad penal. En sí, es el Derecho penal de toda la nación y de todos los ciudadanos, consagrado por el artículo 8.º del Código, al declarar que "las leyes de policía y las penales... obligan a todos los que habiten en territorio español". Se oponen, pues, al mismo los Derechos penales particulares, dados para clases o grupos determinados de personas—fuero personal—, o el que se da para los que habitan o se hallen en un sector determinado del territorio exento, permanente o accidentalmente de la jurisdicción común—fuero territorial.

Normalmente, se atiende a este significado al tratar de resolver las cuestiones de competencia jurisdiccionales heterogéneas—territorial, personal o funcional—, de marcado carácter procesal, por lo que su estudio se reserva a esta rama jurídica, reteniendo para la sustantiva la consideración de los problemas que suscita el estudio de los otros dos, los cuales se ofrecen normalmente como problemas técnicos de aplicación metodológica o criteriológica de la ley a los casos a considerar.

y constituyen cuestiones de Derecho penal material estricto. De este modo, estudian los actos que deben prohibirse, la clasificación jurídica de delitos—el injusto abstracto—, su graduación penal correlativa y, finalmente, la aplicación de los principios generales de la punibilidad a los mismos. Particularmente, en el segundo aspecto se nos ofrecen dignas de consideración las cuestiones relativas a las normas de la relación que guardan entre sí las dos ramas jurídicas, especial y general, consideradas, y las de aplicación combinada de las reglas especiales con las comunes del Código, en los casos a juzgar. En resumen: en el primer aspecto se nos plantean esencialmente los problemas de la organización racional del articulado de un Código penal, o sea, la gran cuestión, por lo compleja y delicada, de la confección de un Código (Derecho penal especial material). En cambio, en el segundo interesan fundamentalmente aquellos otros que se refieren a la solución de la concurrencia o prelación de textos legales o leyes en los casos considerados (Derecho especial formal).

Ambos Derechos no son independientes entre sí, sino que sufren recíprocas interferencias, de tal modo que, históricamente, pueden registrarse múltiples ejemplos de leyes especiales que, nacidas sueltas y libres (tal el abandono de familia, etc.), se incorporan luego al Código para formar un título, capítulo o artículo propio, o bien, alguno de éstos se desprende de su casilla numérica codificada para adquirir, por virtud de una reforma accidental, vida propia, como ocurre con la ley de bandidaje y terrorismo, que ha sustraído para sí preceptos del delito del robo codificado.

I. DERECHO PENAL ESPECIAL MATERIAL (CODIFICADO)

A) *Precedentes doctrinales históricos*

Al enfrentarse el propósito codificador del pasado siglo con la materia penal heredada, el espectáculo que se les ofrecía para el logro de su imperio no podía ser más desconsolador, puesto que los textos apenas si ofrecían más que una masa ingente de leyes y principios anárquicos abusivos y contradictorios muchas veces, como el producto bruto de la práctica diaria, y cuya catalogación en un sistema legal racional apenas si podía vislumbrarse. El deseo era, esto no obstante, tan decidido, la necesidad tan apremiante y la aspiración tan común y sentida, que, al fin, se logró una meta muy satisfactoria, aunque, naturalmente, como todo lo humano, susceptible de superación constante. La codificación francesa, primero, y la universal, después, y en ella la nuestra, ganaron, con la promulgación del Código penal, una de sus más claras y definitivas victorias, de la que aún vive la técnica jurídica.

Los penalistas carecían de un antecedente como el que poseían los civilistas en el Derecho romano, que, incluso, les ofrecía un plan ya articulado, como ocurría con las instituciones de Gayo y Justiniano —personas, cosas y acciones—, y tenían que improvisarlo todo. Fueron los filósofos del iluminismo quienes les ofrecieron sugerencias inestimables para abordar, con alguna garantía de éxito, la labor, y esencialmente Beccaria, que sentó principios que se han hecho inmortales. “Las leyes—dijo—sólo pueden fijar el castigo de los crímenes así como no puede infligirse una pena si no ha sido fijada antes por ella.” Principios de legalidad de los delitos y las penas. En segundo lugar declaró que el “contrato social” (la ley) obliga igualmente a las dos partes; la sociedad y el individuo. “Esta cadena, añadía que desciende del trono a la cabaña, sus nudos son iguales para el más grande y el más miserable de los hombres.” Principio de igualdad penal. Como tercer principio, declaró que el Soberano, que representa a la sociedad, no puede hacer más que leyes penales pero no le corresponde juzgar... sino que es necesario que haya un Magistrado encargado de las sentencias. “Esto representa una doble garantía: la política, de separación de poderes y la procesal “nullum crimen sine iudicio”. En cuarto lugar afirmó que la atrocidad de las penas es opuesta al bien público. Así, pues, debe existir “una proporción entre los delitos y las penas adecuada al daño que acarrearán al bien público y los motivos que inducen a cometerlos”. Era, pues, necesario fijarlos previa y determinadamente en la ley y esta incertidumbre sobre lo que es de delito y sus penas “haría que la moral y las leyes no fueran contradictorias en las naciones; ni se verían leyes opuestas entre sí, ni se opondrían a los hombres a las penas más severas; las palabras vicio y virtud no serían nombres vanos y en fin la incertidumbre sobre la existencia de los ciudadanos no produciría en los cuerpos políticos un sueño letárgico y destructor”.

En definitiva, condenaba la interpretación de las leyes con tan gran convicción como correspondía al estado espiritual que de ella tenía formada su sociedad contemporánea. “Nada más peligroso que este axioma; es preciso consultar el espíritu de la ley. Esto es abrir un camino al torrente de la opinión personal... Cada hombre tiene su manera de interpretar y aun diferenciar según las circunstancias. El espíritu de las leyes sería pues el resultado de la buena o de la mala lógica de un Juez; si está influido por una digestión fácil o penosa, dependería de la debilidad del acusado, de la violencia de las pasiones del Magistrado, de sus relaciones con el ofendido, en fin, de todas las pequeñas causas que cambian la apariencia de las cosas en el espíritu inconstante del hombre”.

El fundamento del legalismo penal se había proclamado clara y sinceramente y sobre él los legistas caminaron con paso seguro. Definitivamente triunfó en la práctica, siendo su realización más fiel el primer Código Penal de la Convención del 25 de septiembre de 1791, que, inspirado en estas ideas por medio de Rousseau, sancionó, unas escalas de penas fijas y sin circunstancias modificativas de la respon-

sabilidad criminal, según delitos definidos, sistema de la legalización del subjetivismo penal, introducidos, por imperativo de la práctica, en los Códigos posteriores. El formalismo legal adquirió en este momento su máxima consagración. La batalla histórica estaba ganada.

B) *Sistematización de la parte especial del Código.
Problemas internos*

Dos grandes problemas de sistemática tuvo que resolver la codificación penal; el de articular los principios fundamentales de la responsabilidad y penalidad humana y el de la catalogación y clasificación de los delitos, con sus penas. El primero, se refería a la codificación del injusto concreto, o sea la injusticia penal de cada hombre o subjetiva y el segundo al injusto abstracto, o sea la injusticia penal de cada hecho; esto es objetiva.

El primero fué abordado y resuelto con indudable acierto, de tal modo que a pesar del tiempo transcurrido se conservan esenciales sus líneas maestras en los primeros títulos de todos los Códigos del mundo. En cambio, el segundo, no obstante el éxito de lograr un objetivo común sobre los problemas fundamentales de su codificación, aún ofrece muchos puntos vulnerables a la crítica constitutiva y revisionista del sistema heredado y además ser la parte especial, como observa Garraud, la más antigua y la más variable de las legislaciones positivas, de tal modo que ha sido este catálogo de hechos punibles el objeto casi exclusivo de los Códigos antiguos.

La importancia jurídica del propósito queda manifiesta con observar que, la determinación específica de los delitos y sus penas, representa la consagración fija y legal de los principios fundamentales "nullum crimen, nulla poenae sine lege", por lo que sólo son delitos los definidos en la ley y como están definidos y no pueden imponerse otras penas ni en otra extensión que la consagrada por ley. De este modo se hace efectivo el axioma político que proclama que el Código Penal es la Carta Magna del delincuente.

Tres son las cuestiones fundamentales que han de resolverse en la realización práctica del problema planteado, o sea la confección sistemática de un Código Penal.

1.º La definición de los actos humanos que deben prohibirse; o sea, determinación del ilícito jurídico o delitos. 2.º Clasificación orgánica de los mismos; y 3.º Graduación coordinada, según su gravedad intrínseca. La primera implica una auténtica operación de nosología penal, o definición de las especies delictivas; la segunda, de taxonomía legal, porque representa una clasificación artística de las mismas, y la tercera, una mensuración de la culpabilidad humana o de la justicia íntima represiva.

La determinación de qué acciones deben o no prohibirse es problema de índole político-social y constituye la esencia—*la ratio essendi*—de todo

el Derecho penal y, por tanto, se sustrae a la competencia propia del propósito concreto que estudiamos, que se ocupa fundamentalmente de los otros dos. Esto no obstante, evidentes razones del método nos obligan a verificar una sucinta exposición de aquél que sirva como base o premisa lógica de los ulteriores razonamientos específicos sobre la cuestión abordada.

C) . *El problema de fijación del ilícito jurídico penal (delito)*

1.º La cuestión abordada—qué acciones humanas deben prohibirse—plantea a fondo, ahora, la del concepto fundamental del delito; pero sólo desde un punto de vista intrínseco o sustancial, en el sentido que responda cumplidamente a la pregunta planteada: ¿en qué condiciones es justa una prohibición? Es evidente que carecen de valor a este efecto todas las definiciones formalistas que se fijan sólo en la infracción externa de la ley o incluso la concepción técnica, de ser acción típica; puesto que lo que interesa en esta coyuntura es la “ultima ratio” que justifica su legalización o tipificación; el porqué se prohíben.

En cierto modo se trató de responder a la cuestión al distinguirse los delitos en “mala in se” o “prohibita quia mala” y en delitos “mala quia prohibita”. Se pena, en efecto, porque las acciones son malas o porque es útil que se haga; mas la cuestión queda a mitad del camino, pues aun cabe indagar: ¿cuándo y porqué las acciones del hombre son malas?

Una primera barrera ofrecieron los filósofos iluministas al arbitrio humano. Todo acto de autoridad ejercido por un hombre sobre otro hombre es tiránico, sino es absolutamente necesario. La necesidad se gradúa en relación a la conservación del pacto social: “Todo castigo que va más lejos de la necesidad de conservar esta unión es, por naturaleza injusto.” (Beccaria). “Todo lo que se aparta de esta base es abusivo y se debe mirar como poder de hecho y no de derecho.”

Es evidente que siempre quedará al arbitrio, para poder justificar sus arbitrios, la razón imponderable de “la necesidad” de conservar el orden o la unión social, según sus concepciones políticas o sociales, que aún campea libre en el Derecho. Carrara hizo un gran esfuerzo por cerrar este escape a la libertad de la tiranía legal, diciendo que el delito civil sólo se justificaba moralmente “cuando castigaba un acto externo del hombre... políticamente dañoso... a la seguridad de los ciudadanos”, según combinación “ad hoc” de los elementos de su definición. Frank fué más completo diciendo que es delito “cualquier ataque a la seguridad y a la libertad, bien de la sociedad, bien de los individuos”. En una excesiva síntesis de la dirección anterior se le ha reducido a la fórmula de Hamon: “Todo acto que lesiona la libertad individual”, en donde el límite de la discrecionalidad legislativa se halla tan indefinida que en realidad es absoluta.

Finalmente, es conocido el esfuerzo que, en este sentido, hizo el positivismo por fijar estos límites mediante la definición dada por Garofalo de su delito natural, diciendo que lo son las ofensas a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad o probidad en la medida media en que son poseídos por un grupo social determinado. Los actos que no atacan esos sentimientos son delitos legales, o artificiales, o de creación política; las ofensas a la probidad son las agresiones violentas o fraudulentas a la propiedad, a los derechos reales, civiles o fe pública y a la piedad, a las personas y sus atributos; libertad, honor, honestidad y las demás, los que atacan al Estado, el orden social o público, los derechos políticos, etc., son delitos de creación legal.

Esta definición, no obstante la agudeza que la distingue, tampoco consigue la meta propuesta, pues es evidente que deja incontrolado un margen extraordinario a la libre actividad de los legisladores caprichosos. Es cierto, como asegura el maestro de Pisa, que “el Derecho debe intervenir siempre que sea necesario para tutelar el derecho; pero el penal no puede hacerlo sino cuando el derecho no ha sido violado ni puesto en inminente peligro. Es defectuoso si falta al primer canon; es exorbitante si excede el segundo, aunque sea contra un acto in-moral o intrínsecamente malo”.

Fracasado el intento de lograr la fórmula sintética determinante, “a priori”, del ámbito del lícito y el ilícito jurídico, y dentro de este último el civil del penal, la técnica buscó, por medio del sistema de las garantías políticas, el camino o caminos de lograr la meta deseada, y al efecto, elaboró, sobre los principios de legalidad y especialidad penal, ensayos de sistematización de las especies o tipos delictivos, cuya creación abandona a la prudencia y experiencia de los legisladores, construyendo así la noción legalista y técnica del delito, sobre la base formal de definirle como la mera infracción de la ley del Estado promulgada como defensa de los intereses sociales por ella protegidos. Esto nos sitúa, por tanto, frente al segundo problema que hemos denominado nosología penal, que ha abordado con indudable originalidad la nueva concepción técnico-jurídica del delito, pero de valor muy precario y formal.

D) *Nosología penal*

El problema esencial de una nosología penal, o sea, de la descripción de los delitos—en cuanto entes jurídicos—según sus caracteres o notas genuinas, capaces para dotar a cada especie de individualidad propia, parte de una noción puramente formal o externa a la naturaleza o esencia del delito mismo. Los juristas de esta escuela técnico-jurídica no se ocupan de las razones sociales, políticas, económicas, morales, etc., que aconsejan o inducen a prohibir ciertas acciones humanas, sino que se sitúan “sur la melee”, tras la barrera del campo

penal y se entregan a la confección pura y simple del esquema teórico-legal, la cápsula en que debe vaciarse el contenido del delito. No discuten lo que éste sea en sí, sino cómo debe formularse o "tipificarse". Aún más, los juristas de esta escuela tampoco han abordado, dentro de su campo, este problema desde el punto de vista deontológico, como ahora lo hacemos, o sea, cómo deben formularse los tipos o conceptos delictivos, sino que se han limitado a realizar una mera labor de exégesis o interpretación racionalista sobre las especies ya promulgadas, exponiendo didácticamente sus elementos ideales al estudio de la crítica jurídica. El trabajo de investigación puede, sin embargo, verificarse en sentido contrario, partiendo de la idea o el concepto y llegar a la especie o al caso, en un propósito de selección y depuración técnica.

Siguiendo esta tendencia, hemos de partir del concepto original de la escuela, de que el delito es "una acción típica". El tipo es el medio técnico ingeniado por los juristas para cumplir, en primer término, la exigencia de defender las garantías jurídico-penales, y en segundo lugar, ofrecer un instrumento útil de interpretación de los preceptos legales, y ahora, por lo que vamos viendo, de confección de los códigos y las leyes en general.

Tipo—concepto, idea, figura, ente—es "el conjunto de todos los presupuestos (o requisitos) de los hechos punibles a cuya existencia se liga (por la ley) una consecuencia jurídica" (Mezger). Esto es: una pena y responsabilidad civil. Frank, muy semejante, lo define por sí como "la suma de hechos (o circunstancias) de cuya existencia depende la aplicación de la pena"; v. gr.: el homicidio, el desacato, el robo...

Existe un sector doctrinal que, no muy descaminado distingue el tipo general, compuesto de las notas características de todo delito, y el especial, que se compone del conjunto de características de una determinada especie delictiva. El primero, por tanto, será el género, y se encuentran relacionados uno y otro, según la gradación general en que ambos—género o especie—se encuentran coordinados o subordinados en general.

Todo tipo penal se compone, o debe componerse, para ser irrecusable por la técnica, de sujeto, la acción y el objeto. El sujeto lo constituye normalmente el hombre en general, y a él se refieren los preceptos legales bajo la fórmula indiferenciada de "el que ejecuta el acto, el que mate, falsifique, injurie, robe". Este "él" es cualquiera, todo hombre, toda persona... La expresión sufre una evidente restricción en aquellos delitos que exigen una cualidad subjetiva o personal para delinquir; ser funcionario, en la malversación; autoridad, en la prevaricación, etc. Los que intervengan, sin reunir tal condición típicamente subjetiva, participarán bajo el concepto ordinario de la coautoría o complicidad, etc.

La acción se suele designar por el resultado final pretendido, no el verificado, como característico del tipo. Las modalidades de la acción referentes al tiempo, espacio, medios, etc., ni interesan, dice Mez-

ger, pues no influyen en la existencia o ausencia de tipicidad. Existen excepciones en aquellos casos en que la ley las toma en cuenta para determinarlos, agravarlos o atenuarlos; así, la publicidad, en la injuria; la casa habitada, en el robo, etc., que, por ser circunstancia relevante, logran influir en el tipo, alterando su estimación. El objeto del delito se refiere o debe referirse al objeto de la acción, y es aquel objeto corporal sobre el que recae la acción típica: robar, matar, adúlterar. O sea, la del verbo activo de la oración gramatical, y con el hombre, el documento, la cosa, etc., dañada se le suele llamar también objeto del hecho.

En este aspecto debe distinguir el objeto de la acción; del objeto de la protección, que es el bien jurídico protegido, y aunque a veces coincidan otras, se separan; como en los hurtos, en que el objeto material, o sea, la cosa, difiere del jurídico, el derecho de propiedad. El objeto material es siempre una parte o elemento integrante del tipo legal; el de la protección representa el contenido valorativo total del tipo general, y es una síntesis valorativa de dicho tipo. Por ello asegura dicho autor es éste y no el primero el determinante para una sistemática desde el punto de vista crítico de la parte especial del Derecho penal.

Por ello, los diversos tipos de esta parte pueden ser referidos a un número de ellos fundamentales, que constituyen como la espina dorsal, las categorías de referencia orgánica del sistema; de los que se destacan el homicidio, entre los que atacan la vida; la injuria al honor, el robo a la propiedad, la violación a la honestidad, la falsedad documental contra la fe pública, el atentado a la autoridad, y entre ellos se distinguen tipos subordinados, formas típicas, derivados de aquel núcleo fundamental, y constituyen modificaciones degradadas o agravados del mismo. Es el bien jurídico del tipo nuclear, la nota directriz o determinante en la interpretación de los tipos y, previamente, en el señalamiento de su rango y gravedad penal. En la realidad las cosas no ocurren tan simplemente, sino que el legislador acude unas veces a una anfibología para definir los supuestos; otras da por conocido el concepto; algunas acude a referencias extrañas; muchas tiene que explicar sus propias palabras, todo como consecuencia obligada y como manifestación del sentido confuso y abigarrado de las diversas fuerzas históricas concurrentes a la manifestación de las ideas jurídicas. Se ve que esta escuela no enseña más que un método pedagógico o nosológico de conceptos o tipos delictivos, pues el problema vital determinante del valor moral o social que se debe "tipificar" queda intacto. La parte especial del Derecho penal, dice Bel'ng, es "un catálogo" dentro del cual se hallan seleccionados los tipos delictivos. El agregar o construir figuras es misión del legislador. El jurista sólo debe aprender a entender y manejarlos.

E) *Taxonomía legal o penal: Criterios doctrinales y legales*

En sus orígenes, pudo discutir la codificación si, en efecto, el Código debe clasificar los delitos o simplemente enumerarlos, más o menos arbitrariamente agrupados. ¿Debe presentar una exposición sistemática? El problema se halla, prácticamente, superado, puesto que todos los Códigos del mundo los han clasificado y, además, siguiendo pautas muy semejantes, con lo cual se ha logrado un gran avance en la depuración y unificación del derecho heredado. La clasificación o taxonomía penal representa una indudable superioridad sobre la enumeración abigarrada, porque el orden expositivo es más racional y muestra la grey delictiva agrupada por relaciones de identidad o semejanza, que son siempre una ayuda para mejor comprender su naturaleza propia y apreciar la proporcionalidad y rango de cada uno.

Pero ¿cómo lograr una clasificación certera y, si posible fuera, definitiva por exacta y justa? ¿Qué orden debe seguirse? (1). He aquí el problema que en segundo lugar reclama nuestra atención.

Durante largos siglos, dice Florián, dominó una distinción de carácter formal inferida de un elemento procesal, según que la persecución jurisdiccional fuera obra de cualquiera o solo del lesionado. Esta es la distinción en delitos públicos y privados, o contra la colectividad y los particulares que, desde el Derecho romano, dominó hasta la codificación. La división, además de inconsistente, como lo prueba la experiencia histórica cuya serie ha ido disminuyendo hasta quedar reducidas a tres hoy, adulterio, injurias y calumnias, carece de relieve para nuestro objeto. La cuestión, después de diversos ensayos de sistematización, ha sido unánimemente centrada sobre dos ideas: primera, la ley debe perseguir un fin práctico, por lo que, abandonando los virtuosismos doctrinales, debe procurar escoger el criterio más apto para dotar de orden, claridad y sencillez al esquema clasificador, y segunda, el mejor de todos los criterios o, al menos, el más aceptado, se basa en la diversidad objetiva de los delitos y las faltas, o sea, la naturaleza del derecho que atacan. Garraud aconseja, además, que el mejor modo de clasificar los hechos punibles es por grupos, situando bajo un mismo título las infracciones que poseen un

(1) Son tantos los delitos, dice I. MARCOS GUTIÉRREZ, tantas las clases o especies de ellos, tanta la diversidad de unos aun dentro de las otras, tantas sus circunstancias; tantas tan variadas y tan obscuras las combinaciones humanas, tanta y tan solapada la malicia del corazón del hombre que nos maravilla se haya encontrado suma dificultad en señalar o fijar la verdadera medida o cantidad de los delitos para que podamos venir en conocimiento de su mayor perversidad, el más o menos perjuicio que causan al Estado y pueda de consiguiente aplicarse a cada uno la pena más justa y conveniente. En cuyo punto tan delicado, no tuvieron que fatigarse, ni en que tropezar los estoicos, pues aunque filósofos, por otra parte venerables, incurrieron en el gran absurdo de creer que eran iguales todos los delitos: obra citada, pág. 19 7.º 3.º. LARDIZABAL refutó muy bien la teoría de su tiempo que pretendía graduar el delito por la pena señalada confundiendo el antecedente con el consiguiente. Según él se mide por el daño causado a la sociedad, al que se unen otras muchas causas diversas.

carácter común, y separando, seguidamente en capítulos y secciones, las diversas especies del mismo género delictivo. Este consejo ha sido seguido por nuestros Códigos y el suyo.

Es aleccionador observar el contraste que ofrecen las clasificaciones teóricas de los tratadistas y la que adoptan los Códigos, pues en tanto éstos suelen hacer su propia clasificación partiendo de los delitos contra el Estado, aquéllos organizan su plan didáctico iniciándolos por las infracciones contra la vida y la integridad corporal del individuo. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, con von Liszt y Binding; en Austria, con Stooss, y en Italia, con Alimena. No puede decirse, añade J. Asúa, que esta división no es propia de tratados, puesto que en ellos se adopta independientemente de la que siguen los Códigos.

Se podrían, pues, ofrecer a la consideración crítica tantas clasificaciones o planes cuantos fueran los autores o Códigos de quienes se pretendiera exponer; pero no interesando sino aquéllos que hayan poseído una influencia práctica más destacada (2), puesto que no se trata ahora de elaborar ninguna propia utilizable en Código ni tratado alguno, sino conocer solamente el sesgo histórico de la cuestión, bastará hacerlo con aquéllos que más hayan poseído en la progresión histórico-doctrinal penal.

Rossi, inspirado por el Código francés, los clasificó en: 1.º, contra la persona; 2.º, contra la personalidad del cuerpo social; 3.º, contra la propiedad, y 4.º, contra las propiedades públicas. El Código napoleónico, recogiendo la clasificación ternaria de crímenes, delitos y contravenciones, según la gravedad y en razón de la competencia de los órganos jurisdiccionales, los articula en "crímenes y delitos contra la cosa pública" y "contra los particulares". Los primeros los subdivide en crímenes y delitos contra la seguridad del Estado, contra la Constitución y contra la paz pública. La segunda categoría comprende dos especies maestras: contra las personas y contra la propiedad, que desenvuelve luego en especies.

Bentham los divide en públicos, privados, reflejos y semipúblicos. Los reflejos eran aquéllos que sólo dañaban al propio delincuente y no son imputables ante la ley, y los semipúblicos sólo afectan a una corporación o a una comunidad y no son exigibles como comunidades sino a las personas que las constituyen por actos individuales. Así, pues, sólo queda en pie la división en públicos y privados. Los primeros los subdivide en delitos contra la seguridad exterior, la justicia, la policía, la fuerza pública, el tesoro público, a tolerancia, la moral, la religión. De los segundos hace cuatro clasificaciones: contra las personas, las propiedades, la reputación y la condición civil.

Carrara hace, a su vez, una clasificación propia de más carácter didáctico que legislativo, pues la división fundamental es binaria; así

(2) Puede verse una exposición muy significativa de los autores más destacados, especialmente alemanes en CUELLO: *Derecho Penal*, v. II, cp. 1.º (por nota).

los denomina delitos naturales, si lesionan un derecho particular, individual o familiar; y sociales si perturban un derecho universal de la comunidad, incluyendo en los primeros los que van contra su vida, integridad corporal, el honor, libertad personal, familia, propiedad, y en los segundos, contra la justicia, la moral, la tranquilidad pública, salud social, religión, fe pública, regalía y delitos políticos. Sobre estas falsillas se ofrecen, con más o menos variantes accidentales, las demás clasificaciones de los autores, todas ellas, como se ve, susceptibles de superación.

F) Ordenación delictiva gradual: Teorías

Resuelto el problema previo de la clasificación objetiva de los delitos, corresponde abordar ahora el de su ordenación gradual, según su gravedad intrínseca, con lo cual se cierra el ciclo racional del estudio de la teoría sistemática del Derecho penal especial material.

Aunque a primera vista parece indiscutible, no sólo la utilidad, sino, incluso, la necesidad de verificar la labor propuesta, no han faltado opiniones en cierto modo adversas. “La doctrina de la gravedad de los delitos, trascendental en la construcción jurídico-objetiva de los clásicos, carece hoy de importancia”, afirma resueltamente Jiménez Asúa. “Sin embargo—añade, paliando el absolutismo de la afirmación—, aquélla tiene un valor inestimable... como índice de la interior perversidad del sujeto.”

Estas posiciones estuvieron circunstancialmente justificadas cuando el positivismo dominaba en la dogmática penal y proclamaba excesivamente que “no hay delitos, sino delincuentes”, llegando en sus excesos a negar, incluso, la existencia del Derecho penal y reducirle a un capítulo de la sociología criminal. La pena no se debía imponer—añadían tales preopinantes—ni medir según la gravedad del hecho, sino en vista de la *temibilidad* del culpable, manifiesta en su conducta.

Hoy, tras la escuela técnico-jurídica del delito, preponderante en este área jurídica, y que tan relativa atención presta a la sociología y antropología criminal y demás ramas afines, juntamente con la libérrima experiencia político-penal vivida en la última guerra y tras ella, carecen de vigencia aquellas estridentes posturas racionales. Tan cierto como que haya delincuentes es el hecho de que también hay delitos, así como hay enfermos y existen enfermedades, porque lo genérico humano no niega lo específico de cada hombre, sino que lo presupone. Igualmente es exacto que uno de los índices de la criminalidad se halla en la índole del hecho realizado, y por tanto, se va al hombre a través del acto, como se va también a través de su conducta.

El actual sentido del Derecho a penar rechaza unánimemente el sofisma draconiano (3), que proclama la igualdad de todos los deli-

(3) Preguntado Dracón legislador tan conocido por su crueldad como Solón, reformador de sus leyes por su moderación, porque había prescrito la pena capital

tos y acepta, como regla inconcusa, de un recto criterio valorativo, la de que cada delito posee gravedad propia que le dota de congrua proporcionalidad en el seno de la grey delictiva. Como es preciso, en justicia, tratar desigualmente los casos desiguales, nos vemos forzados a lograr el mejor y más perfecto sistema penal ordenador de las especies delictivas, según el criterio de su gravedad intrínseca, primer paso del subjetivismo penal en su decidido afán por captar en su esencia la conciencia delictiva, en armonía con el principio legal de individualizar delitos y penas, y el subjetivismo penal, armonizarlos.

Es indudable que en la pretendida catalogación penal un asesinato o parricidio no puede merecer igual reprobación ético-social que un hurto de gallinas o la mera tenencia de un arma sin licencia; una rebelión armada, que una simple desobediencia a un policía, etc. Existe, pues, una indudable personalidad delictiva, una jerarquía de infracciones, según su propia naturaleza, que proyectada sobre el autor responsable determina una correlativa escala de delinquentes de muy adecuada sistematización.

Es de advertir que la técnica jurídico-penal indica, a este efecto, que la cuestión de la motivación personal no afecta a la tipología del delito estático—dice Quintano—, esto es, considerado como ente o concepto codificado, sino a su dinámica o producción. La motivación personal—mejor que moral—tiene valor en la periferia del delito, al margen de su génesis social o jurídica, y así constituye un elemento integrante de la culpabilidad del autor y resulta que cuando hay prevalencia del valor moral personal—legítima defensa—sobre el legal o social—defensa de la vida—se destruye la imputabilidad o antijuricidad, con lo cual queda perfectamente delimitado el área del problema.

La investigación jurídica sobre la gravedad de los delitos empezó hacia la mitad del siglo XVIII, circunscrita a considerar solamente la gravedad de las especies delictivas, graduándose luego cada caso, es "post facto", o sea, al calificar cada hecho concreto atendiendo las circunstancias personales del autor, el grado de la comisión y la forma de la intervención en él.

A tres se han reducido las posiciones doctrinales adoptadas originariamente para dilucidar el problema. La primera, definida por Beccaria y desarrollada por Carmignani, deduce la gravedad de la infracción y, por ende, la proporción de sus penas, según el daño que acarrearán al bien público y los motivos que inducen a cometerlos. Si un castigo, añade el primero, igual es aplicado a dos acciones que hieren desigualmente a la sociedad, ningún obstáculo impedirá a los hombres a cometer la que sea más ventajosa aunque sea la más criminal. Ya dejamos expuesto que los motivos personales no influyen en la graduación de la culpabilidad en abstracto, o sea, no se recogen en el

contra todos los delitos; respondió que por merecérsela todos y que no había señalado para las grandes maldades mayores castigos por no haber encontrado ninguno mayor que la pérdida de la vida.

tipo, sino que sirven para matizar, y respecto al daño cometido, es preciso distinguir, según veremos.

El segundo criterio, ideado por Romagnosi y desenvuelto por Giuliani, deduce dicha gravedad del impulso o índole criminal (“spinta criminosa”). Romagnosi gradúa esta “spinta” por la consideración de tres condiciones: 1.º, la utilidad que se espera del delito; 2.º, por la facilidad de cometerlo, pues cuanto mayor resistencia hay que vencer mayor será la fuerza del mismo criminal, y 3.º, por la esperanza en la impunidad. Como la pena es la “controspinta”, el contra impulso, ésta ha de ser tanto más enérgica cuanto mayor sea el impulso criminal. Este sistema adolece, según su contradictor, Carrara, del defecto fundamental de deducir la gravedad del hecho, no de sus condiciones intrínsecas, sino de sus causas, que se hallan fuera del mismo, y esto es útil cuando el Gobierno estudia los modos de prevenir directamente los crímenes futuros mediante la supresión de dichas causas; pero no sirve para templar el rigor punitivo, según los motivos que tuvo el delincuente para delinquir, que son variables en cada caso. El legislador no reprime las acciones porque envidie el beneficio del autor, sino porque trata de suprimir el mal que éstos causan al bien público. De aquí que siendo éste largo y el beneficio corto, el delito es grave y el delincuente temible, y viceversa.

Finalmente, un tercer sistema, defendido por Rossi, quiere fundar la gravedad del delito en la importancia del deber violado, no matarás, no hurtarás, no difamarás... Este autor toma, además, en cuenta el daño inmediato o material que el delito causa en la persona o cosa atacada, junto al mediato, o sea, la alarma o mal social consiguiente a la violación del deber. Al poner en la balanza, dice Carrara, el deber moral, Rossi se hace moralista y no jurista, lo que no es propio del Derecho, que carece de títulos para convertirse en el santificador del alma. Pessina dice, por su parte, que esta teoría sólo es adecuada en el sentido de que estos males no son tres elementos de cuya mezcla se derive como último resultado el delito o mal jurídico, sino más bien son tres aspectos subordinados de un solo y mismo mal. Lo que hace que una acción sea delito es su contradicción con el Derecho, que es, en definitiva, una unidad coordinadora de todos los intereses materiales humanos de la sociedad. Esto no obstante, la teoría de Rossi es la preponderante en los Códigos actuales, ya que no se pierde en las vaguedades a que se prestan aquellas otras, o como sus contradictorias, que se apoyan en valores tan genéricos como el Derecho, la moral, para fundar la criminalidad de la acción humana.

G) *La teoría de los valores y el Código penal*

Modernamente se ha formulado una teoría filosófico-social, llamada de los valores, cuya aportación al Derecho puede tal vez proporcionar alguna ayuda a la solución de este problema, considerando a los delitos

como quebranto de un valor social y, por tanto, su gradación penal deberá verificarse según la escala estimativa social de valores de cada país. ¿Qué son los valores?

En primer lugar, no lo son las cosas agradables ni desagradables, pues si tal ocurre con ellas es por su gracia o virtud, o sea, que nos agradan por ser buenas o bellas y no al contrario. Tampoco lo son o sea, poseen valor porque las cosas sean o no deseadas, sino viceversa, pues quien tiene hambre venderá la justicia o la *Iliada* para comer... Los valores son, pues, algo objetivo que las cosas poseen independientemente de nuestro interés o sentimiento. Por tanto, el valor consiste, dice Ortega y Gasset, en una dignidad positiva o negativa, en cualidades irreales que reconocemos a las cosas en el acto de valorarlas. Valorar no es dar valor a quien lo tenía: es reconocer un valor evidente en el objeto. No es una "questio facti", sino una "questio iuris". El valor posee tres dimensiones: su cualidad, su rango y su materia. Por la primera son siempre positivos o negativos, contra las realidades, que no son nunca negativas. Nada hay en el mundo que sea tan negativo en el sentido que lo es la fealdad, la injusticia, la torpeza... Además, todo valor tiene un rango superior, inferior o equivalente a otro. Así, la elegancia es positivo e inferior a la belleza moral, a la justicia. Y su materia la constituye lo que es en sí, y así hay valores útiles, como capaz e incapaz; vitales, como enfermo y sano; selecto, vulgar; fuerte y débil; espirituales, y de éstos intelectuales; conocimiento, error; morales, bueno y malo; justo e injusto; leal y desleal; estéticos, bello, feo, elegante, ordinario, etc., y, finalmente, religiosos. Esta teoría interpreta la historia y las culturas de los pueblos como una reconstrucción o construcción de la sensibilidad o la estimativa que cada época o cada pueblo ha poseído y posee de los valores y su rango. El problema, pues, que se nos ofrece aparece como un empeño por lograr una perfecta sistematización jerarquizada de la escala valorativa de cada nación y ponderar después la medida de las penas congruentemente con aquella. El valor será, pues, para nosotros, el bien jurídico atacado, y el delito, este ataque libre o negligentemente realizado. Según sea aquella escala de valores, así será el campo de los delitos. El problema se halla sólo apuntado, como es notorio, ante la simple exposición del tema.

H) *Conclusión*

En resumen, tenemos que aceptar, en primer término, que el delito es un conglomerado de circunstancias personales, morales, ambientales, reales, etc., que calibran de modo diverso su gravedad intrínseca, y así ocurre que un delito normalmente considerado, el robo con violencia, por ejemplo, sufre una evidente agravación en los ataques cometidos repetidamente en una comarca bajo la forma del bandidaje o el atraco, en donde las circunstancias político-sociales de alarma e inseguridad adquieren un realce extraordinario. De aquí que se haya

considerado a veces abusivamente que el Derecho penal sea un instrumento dócil de la política estatal y, por ello, fluctuante como ella.

Sin embargo, debe quedar sentado que existe un substratum orgánico claramente perceptible en la escala valorativa penal, el bien jurídico atacado, la vida, la libertad, la propiedad que constituye el armazón firme del Código. Sobre ellos se articulan el resto de las circunstancias calificadores de los tipos, el modo violento o fraudulento de comisión, el daño material causado, como la duración de las lesiones o la cuantía de los hurtos; el peligro corrido, como en los delitos de incendio o la extensión de daño, como en la sedición o rebelión; bien la conjunción de dos o más valores o derechos atacados, como a vida y la propiedad, en el robo con homicidio... Todo rebela que no pueden sentarse reglas fijas a priori y que, en todo caso, la formulación de reglas o tipos definitivos de delitos es tarea o misión de prudencia legislativa, en cuanto debe inspirarse en los valores sociales permanentes heredados, incluso de habilidad política, ya que ha de amparar los intereses o calibrar circunstancias ambientales que requieren perentoria resolución. Y si alguna teoría merece ser escogida como guía, la más certera es, sin duda, la de Rossi, que es, en definitiva, la que inspira los Códigos vigentes.

I) *El ejemplo histórico*

Antes de la codificación no podía hablarse de un Derecho penal general, y correlativamente, de otro especial, porque era dudosa, incluso, la existencia de un Derecho específico que llevase el apelativo de penal o criminal, como ocurre actualmente. Esto se comprueba no sólo en la producción teórica, sino en las mismas recopilaciones legales que carecían de una parte general básica y la parte especial dedicada a las especies delictivas particularmente consideradas. La construcción sistemática de esta rama jurídica es obra de los doctrinarios y legisladores del siglo pasado.

En una primera etapa que llega hasta finales del siglo XVIII, tanto en los tratados que entonces aparecen, como en los textos legales, incluso en el Derecho romano y en el germánico, sólo existe una enumeración de delitos y cuando se menciona alguna causa de justificación o atenuación se hace ocasionalmente refiriéndola a un delito y circunstancias determinadas. Así hace notar Del Rosal que sin necesidad de remontarnos más allá del siglo XIII vemos que en el *Libellus de Maleficis*, de Alberto Jandino (sobre 1300), el criminalista de más fama (Engelmann), no hallamos vestigios de una parte general. Es a partir del instante en que el pensamiento intelectual elabora una síntesis cuando tropezamos con rudimentarias partes generales. En Francia, con Tiraquellus, 1558; en España, con Cobarrubias, 1557; en Alemania, con Vigetius, 1600... En esta primera fase predomina lo específico sobre el concepto general.

Fué a principios del siglo XIX cuando surgen en Europa los primeros tratados, siendo países precursores Alemania e Italia. La primera, con Fuerbach, que en su obra trata de la parte general y especial ya, mereciendo también especial mención la obra de Carlos von Wachter, seguido por Binding. iniciándose después el período hegeliano, dándose en ellos la paradoja, según Rodríguez Muñoz, de que, siendo cultivadores destacados del conceptualismo penal, desarrollan la parte general débilmente, en contraste con la especial. No pasa esto en Italia, donde el movimiento radica en sus clásicos (Beccaria, Romagnosi, Carmingnani, Carrara, Pessina), quienes se preocuparon más por los conceptos fundamentales, el delito, la pena, la responsabilidad, que por los delitos en particular.

Las realizaciones legales patrias siguen un camino semejante. Frente a la anarquía orgánica, que generalmente acompaña a la definición de los delitos y sus penas, en los fueros medievales, Pacheco advierte "cierto arte" y orden en las materias tratadas por el Fuero Real (1255), circunstancia que aún se advierte, con mayor regularidad, en las Siete Partidas (1256-1265), en las que atiende a la manifestación criminal y los dividen en delitos de hecho (matar), por la palabra (denostar), por escritura (falsas cartas) y por consejo (conjura), y se localizan ya esencialmente en la séptima, que se dedica a los mismos. En ellas aparecen ya, en forma rudimentaria, una serie de principios generales sobre el delito y la pena, "embrión de lo que en la técnica moderna se denomina parte general". El Fuero Viejo, cuya antigüedad e incluso autenticidad tanto se ha discutido, dedica ya el libro II a la parte penal, y el III a la procesal, procurando cierta sistematización de las materias, que aun siendo reconocida en la Nueva Recopilación (1567), ya que consagra el libro VIII al Derecho y procedimiento criminal, se le considera como "un amasijo de confusas leyes", en el cual las penales se encuentran recogidas en desorden. El sistema se repite en la Novísima (15 junio 1805), de la que se consagra el libro XII a la materia penal, de modo semejante a su precedente.

Se comprende que en tan confusas edades de la historia del Derecho penal resulte prematuro plantearse el problema de la existencia de un Derecho penal general y otro especial, por la potísima razón de que todavía el Derecho penal en sí, como valor o realidad jurídica, se hallaba nonnato.

Fué el Código de Napoleón de 1810 para empezar a regir el 1.º de enero de 1811 (el Código de los unos—1.º-1-11—), quien introduce las bases definitivas del Derecho penal moderno, y con ello plantea la posibilidad de la existencia de un Derecho penal general o común que proteja las necesidades ordinarias de la conveniencia social pacíficamente organizada, y otro especial, por alguna razón de índole práctica que determina un trato singular de severidad o templanza en el rigor punitivo ordinario.

Entrado el siglo codificador, nuestra legislación penal, siguiendo, aunque retardada y como contra corazón, el ejemplo del Código fran-

cós, se articula sobre la base o patrón universal de dedicar una primera parte o libro general a recoger los principios fundamentales del Derecho punitivo, referidos al autor, al hecho o delito y sus circunstancias y la pena, para recoger en partes o libros posteriores el repertorio de los delitos, que son como el substratum de toda la prevista delincuencia humana. Así se constituye el Derecho penal general de cada nación.

El Código de 1822 consta de un título preliminar de doctrina general, en que se define el delito y sus circunstancias esenciales, y dos partes: la primera, dedicada a los delitos contra la sociedad, y la segunda, a los delitos contra los particulares. El de 1848 se estructura ya de modo semejante al vigente; un libro primero de "disposiciones generales sobre los delitos y faltas, las personas responsables y las penas"; el segundo, a los delitos y sus penas, y el tercero, a las faltas. El posterior de 1850, el de 1870, el de 1932 y el vigente se mantienen sobre esta clasificación tripartita.

La crítica nacional se ha inclinado, en general, en favor del sistema seguido por el Código de 1822 (4), como más certera que la de sus sucesores. En primer término es más riguroso y consecuente con el principio clasificador que adopta, o sea, con la consideración del Derecho objetivamente atacado, en tanto que sus sucesores enumeran los títulos con expresiones indiferentes desde este punto de vista jurídico. Así, en tanto que el primero titula de delitos contra la fe pública (Tít. V), contra la salud pública (Tít. IV) o contra las buenas costumbres (Tít. VII), los siguientes de 1848 50, 70, 1932 y 1944 los califican de falsedades, "infracciones de las leyes sobre inhumaciones de violación de sepulturas", "delitos contra la salud pública", careciendo de un título tan justificado como el calificado "contra las buenas costumbres", o incluso "contra la familia", que también falta.

J) *Exposición de la parte especial del Código penal vigente de 1944*

El Código penal actualmente vigente (1944) adopta el índice clasificador de los delitos y las faltas de sus antecesores, los de 1932 y 1870, con variantes accidentales, que iremos indicando, así como igual-

(4) El referido Código de 1822 dividía los delitos en dos grandes apartados: delitos contra la sociedad y delitos contra los particulares. En la parte 1.ª, título 1.º, trataba de los delitos contra la constitución y orden político de la Monarquía. Tít. II, delitos contra la seguridad exterior del Estado. Tít. III, delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el Orden Público. Tít. IV, delitos contra la salud pública. Tít. V, delitos contra la fe pública. Título VI, delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Tít. VII, delitos contra las buenas costumbres. Tít. VIII, delitos contra los que rehusan al Estado los servicios que se le deben. Tít. IX, delitos y culpas de los impresores, libreros y otras personas en el abuso de libertad de imprenta. En la parte 2.ª: Tít. I, delitos contra las personas. Tít. II, Delitos contra la honra, fama y tranquilidad de las personas. Tít. III, delitos contra la propiedad de los particulares.

mente sigue la pauta precedente sobre la estimación de la entidad penal de los mismos, si bien la altera acrecentando su gravedad o penalidad, que fundamenta en el mayor predominio que se concede al principio de "defensa social", según se explica en su exposición de motivos.

El libro segundo, que titula "Delitos y sus penas", se compone de catorce títulos, en los cuales ocupan los preferentes (hasta el octavo) los que atacan al Estado y la sociedad en sus bienes jurídicos defendibles, dedicando los restantes, a partir de este último, a la defensa de las personas y sus bienes particulares. El primero de los títulos lo componen una serie de figuras delictivas de naturaleza heterogénea, bajo la rúbrica general de "delitos contra la seguridad exterior del Estado", como la traición, la piratería y el derecho de gentes. El segundo, como contraste con el anterior, y siguiendo la regla de la división binaria por contradicción, lo titula "Delitos contra la seguridad interior del Estado", y comprende los títulos que en los Códigos anteriores se calificaban de "Delitos contra la Constitución" y "Delitos contra el orden público". La razón de este cambio es de mero virtuosismo legal, pues el contenido de uno y otro cuerpo legal es el mismo, y en el fondo tanto importa uno como otro calificativo. En realidad, todo delito ataca el sentimiento de seguridad jurídica social, y específicamente, en los supuestos de este título, lo que se ataca directa y personalmente es distinto en cada capítulo; la existencia del sistema político instaurado, en el primero; la libertad política individual, en el segundo, y el orden público, en el tercero. Dentro de este mismo título, y como perdidos, por carecer de conexión taxonómica con sus capítulos se ha trocado el dedicado a la "libertad de conciencia y libre ejercicio de los cultos" en el Código de 1870 y 1932, por el de "Delitos contra la religión", en cuyas rúbricas aparecen manifiestas dos concepciones políticas estatales diferentes frente al problema eclesiástico: el de libertad y el de confesionalidad. El capítulo VII se dedica a "las blasfemias", sin especificación alguna sobre su naturaleza; a los de rebelión, sedición y sigüentes, que, calificados antes como delitos contra el orden público, pierden aquí su nota específica, para constituir uno más de los que van contra la seguridad interior. Finalmente se añaden dos nuevos capítulos, el XI y el XII, tomado el primero de la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, en tanto que el segundo funde preceptos de esta última ley excepcional y de la tenencia de armas de 22 de noviembre de 1934 con la de terrorismo y robo a mano armada de 11 de noviembre de 1934, declarada en vigor por ley de 5 de julio de 1938.

El título III lo dedica a las falsedades, estimándolas, como se venía haciendo tradicionalmente, como delitos graves, y sin que haya sufrido grandes reformas. El título IV recoge varias figuras delictivas de naturaleza heterogénea bajo el título genérico "De los delitos contra la Administración de Justicia", graduados normalmente como menos graves según la terminología antigua, reincidiendo en la

falta técnica de su creador el Código de 1932, ya que ninguno de los delitos aquí comprendidos ataca o va contra aquel servicio del Estado. El título V se rotula de forma abigarrada e indeterminada, en cuanto al bien jurídico atacado, "De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos contra la salud pública", en cuya agrupación se ve que comprende hechos de muy diversa estimación jurídica. El título VI, que castiga auténticas infracciones contra las buenas costumbres sociales, los rubrica con la indiferente calificación penal "De los juegos ilícitos". El título siguiente—VII—lo define, en contra el principio objetivo clasificador, subjetivamente como "De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", comprendiendo especies de muy diversa estimación intrínseca y gravedad jurídica.

Con el título VIII se entra en terreno nuevo y bien característico de los integrantes del Código, como lo expresa su rúbrica, "Delitos contra las personas", que podría, sin grave inconveniente metodológico, servir de título común para todos los restantes, a semejanza del de 1822. En el Código de 1932 se sustituyó esta denominación por la de "Delitos contra la vida e integridad corporal", arguyendo que era éste el bien jurídico específico atacado y no la persona, que es el *substratum* de todos los demás delitos y, por tanto, el calificativo era recusable. En este título se castiga el homicidio, el delito clave y punto de referencia de toda la sistemática punitiva del Código del Código, puesto que es la vida el bien jurídico más racional y unánimemente estimado por toda sociedad, señalándosele la pena de reclusión menor, cuyo grado medio es de quince y dieciséis años, en números redondos, pena que puede servir de valorímetro para los demás delitos. Siguen los "Delitos contra la honestidad". Tit. IX, y en el siguiente, Tit. X, "De los delitos contra el honor", de estimativa menos grave el XI "De los delitos contra el estado civil de las personas" y los del XII "De los delitos contra la libertad y seguridad, por implicar un potencial ataque a la persona misma. El XIII lo titula "De los delitos contra la propiedad", y en él se comprenden figuras de clara concepción jurídica diversa, como son el incendio y los daños, con lo que se quebranta el significado genuino del título, señalándoseles penas tan graves como en el robo que a veces aparecen superiores que las indicadas a los delitos contra la vida, lo que no es defendible en buena taxonomía penal. Finalmente se dedica el XIV a la "imprudencia punible" bajo conceptos revolucionarios por nuevos y duros.

Finalmente, el L. III, que dedica a las faltas y sus penas, contiene cinco títulos, el 1.º De las faltas de imprenta y contra el orden público; el 2.º De las faltas contra los intereses generales y régimen de las poblaciones; el 3.º De las faltas contra las personas; el 4.º De las faltas contra la propiedad; rúbricas que, no obstante lo expresivo de sus términos, no se corresponden con el contenido específico, pues contienen infracciones de varias especies, que bien merecían una selección sistemática más rigurosa. Se termina el libro con el título V, dedicado

a las "Disposiciones comunes a las faltas" y el Código con "Disposición final" derogatoria. En general, el Código no clasifica mal pero puede y debe mejorarse (5).

Todavía la legislación penal arrastra muchos elementos torpes, fundados en la superstición, la ignorancia, los prejuicios y aberraciones político-sociales que esconden sentimientos de represión y venganza humana en las fórmulas legales. Aunque el progreso histórico moral ha sido notorio en este orden de las ideas, todavía se le ofrecen al jurista de corazón ardiente batallas muy dignas de empeñar entusiasmos y fe, pues la labor de humanización y depuración de los delitos y de las penas se encuentra alejado de su meta ideal.

III. DERECHO PENAL ESPECIAL FORMAL

A) *Su noción didáctica*

Frente al derecho pena especial que hemos denominado, por exigencias de método, material, fijándonos en la distinta consideración bajo la que se contempla su contenido específico en relación con los conceptos generales de la culpabilidad humana, se alza una segunda concepción del Derecho penal especial, que denominamos formal, porque sólo atiende al lugar, o modo como se ha formulado en relación con el Código Común, o sea que es aquel que se encuentra promulgado en textos legales singulares, distintos de dicho Código. Esto sin perjuicio del significado y contenido de cada estatuto de los promulgados, muchos de los cuales poseen valor y contenido jurídico tan amplio e intenso como el Código Común. Son únicamente razones de ordenación o método expositivo o didáctico las que determinan esta distinción, sin más

(5) La enumeración del Código dice Castejón, con referencia al de 1870, que a primera vista no tiene carácter científico, puede adquirirlo si se agrupan sus términos del modo siguiente: A) Delitos públicos: I, contra el Estado considerado en sí mismo; II, contra el Estado como representante de la sociedad. B) Delitos privados: Son de la clase I: 1.º los que van contra sus fines. Organización estática. Resistencia en el orden internacional (tít. I, de la seguridad exterior). Organización en la esfera interna (tít. II, contra los poderes públicos y contra la Constitución). 2.º, contra los medios del Estado (organización dinámica). a) En el funcionamiento normal de los poderes públicos (delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos y los deberes constitucionales). b) En el funcionamiento normal de su actividad (contra la administración de justicia). c) En la conservación del orden público (tít. III, contra el orden público). d) En el empleo adecuado del poder del Estado (contra los funcionarios públicos). En el apartado II, incluye: 1.º Contra la moral (?) (falsedades). 2.º Contra la salud (salud pública). 3.º Contra la seguridad colectiva. 4.º Relativos a la protección de menores.

En los privados comprende. 1.º Contra la integridad física de las personas: a) Vida integridad corporal y salud (tít. VII). b) Libertad y seguridad individuales (tít. XIII). 2.º Contra la integridad moral de las personas, contra la honestidad; contra el honor; contra el estado civil. 3.º Contra el patrimonio (contra la propiedad).

valor ulterior que el supuesto. Se puede, por tanto, y aceptando las indicaciones precedentes, considerar esta especie jurídica como aquella rama del Derecho penal que estudia metódicamente agrupados todos los textos penales positivos, o sea que sancionan delitos y penas, y se ha promulgado independientemente del tronco matriz o Código Penal Común. Así es una disciplina de tipo empírico o histórico sujeta a las incontroladas variantes de su vida.

B) *Ensayo de sistematización*

Siguiendo las inflexibles indicaciones del método deductivo es obvio que sería prácticamente muy conveniente determinar las razones específicas en que este Derecho penal puede resolverse y así conocerle en su complejidad total. Bajo este aspecto, es lógico que se articulen los textos en consideración a los elementos integrantes del concepto fundamental. En relación con la persona responsable, puede generar un derecho penal especial de tipo personalista; así por razón de su edad o capacidad delictiva da lugar a un derecho juvenil tutelar o protector de esta delincuencia, incipiente o viceversa la condición recidivista o incorregible da vida a una segunda rama preventiva-represiva que, en nuestro derecho, se califica de legislación contra vagos y maleantes. Si es la cualidad o condición profesional la atendida puede engendrar una proliferación de estatutos o fueros personales, tantos cuantos sean las profesiones que se contemplen, problema que ha sido abordado particularmente por nuestra legalidad y quedado reducido, teóricamente, a la rama o fuero militar, puesto que los demás fueros históricos han sido derogados. Considerada la materia o las cosas a que el derecho protege puede especificarse un Derecho penal de fondo administrativo, económico, financiero, mercantil, etc., especies de clara concepción teórica. Si al medio, el mar, la tierra o el aire, un Derecho penal marítimo, mercante o militar y al territorio jurisdiccional, no obstante la universalidad de su soberanía, cabe concebir un Derecho penal para las colonias o protectorados; como el nuestro de Marruecos y el de los territorios de Guinea.

Desde el punto de vista de la ocasión o circunstancias el poder público puede verse constreñido o enfrentarse con algunas tan excepcionales que determine una legalidad de emergencia, como ocurre con aquel que nace apremiado por la angustia de una guerra o una subversión nacional o circunstancias críticas para el orden público nacional. Este derecho aún poseyendo vida tan precaria como las circunstancias que le engendran no por ello deja de ser especial y por ello habrá que considerarlo bajo las normas interpretativas integradoras de esta rama jurídica.

Se comprende que (apoyándose las especialidades en motivos tan espaciosos como es dable concebir en vista de las indicaciones precedentes, aparezcan desordenadas y desconectadas entre sí unas de otras

las diferentes legalidades que compongan este derecho singular en el momento histórico que se le considere, y de otra parte se muestre tan variable como lo determinen los motivos, circunstancias o simplemente pretextos que surjan al choque con el complejo de incidentes y conflictos, que continuamente se ofrecen en la vida pública de las naciones y provocan, por reacción, como todo lo que nace, un sistema de defensas vitales contra todo lo que ose atacarlo. Así parece inútil pretender un esquema clasificador con vigencia permanente, al menos potencialmente, por lo que sólo es discreto tratar de ensayar una exposición enumerativa y ordenada de las leyes penales vigentes que vagan sueltas fuera del Código, y constituyen el contenido incierto de este no menos incierto Derecho penal especial formal.

C) *Consideración crítico-histórica del problema*

La publicación de los Códigos actuales ha simplificado extraordinariamente la consideración del problema, puesto que conteniendo dichos cuerpos legales las bases fundamentales de la responsabilidad humana lo especial se integra o completa con sus normas generales. Antes de la codificación no podía hablarse de la existencia de un Derecho penal especial, puesto que prácticamente no existía uno general. El hecho se comprueba incluso en las recopilaciones que carecían de un sistema clasificador "ad hoc", como ocurre ahora. Ha sido, tras la codificación, cuando en rigor de principios puede hablarse, como ahora lo hacemos, de estos dos aspectos del Derecho de penar y registrar, además, el fenómeno constante de integración y desintegración a que se hallan sometidos, tanto el contenido del uno como del otro Derecho. Lo que se comprueba con el mismo Código vigente. Así, se declara en su exposición de motivos, se han insertado en su seno las disposiciones posteriores a 1870, como son algunos preceptos del mismo Cuerpo, las leyes de seguridad del Estado, terrorismo y robo a mano armada, tenencia de armas, redención de penas por el trabajo, abandono de familia, adulterio, delitos contra la honestidad, delitos contra la propiedad y otros semejantes. Viceversa, apenas publicado este mismo Código, se emanciparon, para adquirir mayor gravedad, varios artículos del robo y de los delitos titulados de terrorismo y formar la ley de 18 de abril de 1947, llamada por autonomasia de bandidaje y terrorismo, la ley de 4 de mayo de 1948 que subtrae al título de hurto codificado su contenido para castigarlo con criterio definitorio y gravedad distinta a la señalada en aquel, el Decreto-Ley de 4 septiembre de 1946 que altera los arts. 540 y 541 del Código penal.

Este flujo y reflujo constante carece prácticamente de control, y, por tanto, el problema fundamental que se nos plantea es del orden de subordinación o prelación en que ambos—general y especial—están.

Las leyes penales especiales, dice, más lírico que exacto Saldaña, significan el plantel fecundo necesario a toda institución nueva en fase

de adaptación, el peligroso experimento pero al tiempo ápice de vitalidad. El Código penal es academia de consagración de las instituciones penales y también el panteón. La ley especial es, a veces, el noviciado o período de prueba de una institución penal, al final de cuyo período se consagra definitivamente pasando al Código o se desecha como fracasada.

Históricamente queda demostrado que el Derecho penal especial, tan ampliamente considerado, no puede oponerse al general diciendo que éste es el que se da para todos los hombres y para siempre, en tanto que el opuesto se da ocasionalmente para circunstancias, personas o cosas determinadas, pues de que se pretenda que así sea no se sigue que ocurra así, porque ya se ve que tan provisional o definitivo suele ser uno como el otro, pues hay leyes especiales más viejas que el Código mismo.

D) *Relación de dependencia entre el Derecho general y el particular*

Es interesante resaltar el contraste, que aparece manifiesto entre la fórmula reguladora de esta relación de dependencia que posee el Código civil y la del Código penal. "En las materias que se rijan por las leyes especiales, dice el primero, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código" (art. 16). En realidad, es la consagración legal del principio jurídico de que lo especial deroga lo general, por razón de orden lógico, que dice que lo que se afirma de la parte no se afirma del todo y, por tanto, goza de un "prius" conceptual en relación a lo genérico. Es, por consiguiente, regla de interpretación legal prelativa.

En cambio el penal dice textualmente: "No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados en leyes especiales." De ella parece deducirse que las leyes especiales se desconectan totalmente del Código, no concediéndole, como en materia civil, el carácter de ley supletoria. Es regla de exclusión. Esto no obstante, mereció atender el consejo de la historia y la razón.

Históricamente, la regla concertada, tuvo una significación clara, inspirada en el Código francés, que sancionó una norma de exención de los preceptos comunes para la legislación militar. En el Código de 1948 se decía expresamente que "no estaban sujetos a sus disposiciones los delitos militares, los de imprenta, los de contrabando y los cometidos en contravención a las leyes sanitarias en tiempo de epidemias." En el de 1850 se reproduce la propia regla y excepciones, suprimiendo, respecto a los ejecutados, en contravención a las leyes sanitarias, la frase "en tiempos de epidemias", y añadiendo "ni los demás que estuvieren penados por las leyes especiales". El código posterior de 1870 adopta la fórmula sintética, que después ha pasado a sus herederos tal como la consideramos, pero tratando de conservar su significación originaria. Es, por tanto, evidente que el propósito

original que animó la confección de esta exclusión fué la de delimitar jurisdiccionalmente el alcance del Código penal que se promulgaba con carácter general, sancionando la vigencia expresa de Cuerpos legales especiales conjunta e independientemente con él; pero en modo alguno pretendió abordar el problema de la relación orgánica o de prelación de textos, o sea el de la interpretación de las leyes, que, naturalmente, quedó, de otra parte, reservado a los principios generales del derecho nacional.

Racionalmente se llega a la misma conclusión. No es posible admitir materia alguna represiva desligada de los principios fundamentales que gobiernan la política criminal o responsabilidad humana de un país, y, por tanto, o éstos se encuentran contenidos en las propias leyes especiales o hay que referirlas a los sancionados en el Código General, substratum de los mismos, pues lo contrario supone articular una concepción deshumanizada e injusta del Derecho, por incompleta. Esto aparte, no debe olvidarse que los cuerpos legales especiales más fundamentales—militar, contrabando, etc.—se remiten a veces como fuente de último grado al Código penal común, considerado como supletorio de sus propios preceptos.

Prácticamente se logra igual convicción, pues diariamente en la actuación de los Tribunales de Justicia se completan las deficiencias penales de las leyes especiales, acudiendo a la fuente general de Código, en su función integradora, para suplir las lagunas que se observen en ellas, hasta completar todos los problemas que se ofrecen y lograr el ciclo completo del juicio penal (6).

El precepto puede y debe, por tanto, ser interpretado, mientras no se rectifique, en el sentido que venimos haciendo, o sea corregido en la medida y sentido en que lo imponen los principios de igualdad y universalidad de la ley penal, que podría expresarse diciendo que el propio modo que se prohíbe castigar delito alguno que se encuentra previamente sancionado en la ley penal, se prohíbe también que haga excluyendo o vulnerando los principios y las reglas esenciales penales que son comunes para todos. De otra parte, puede también entenderse que el precepto sanciona, en cierto sentido, el principio general "non bis in idem", que veta el que ningún hecho punible se sancione doblemente, por entenderle comprendido en dos preceptos penales diversos, puesto que la regla de la especialidad recaba para sí el conocimiento del asunto. Esta interpretación prorroga sus efectos, incluso en la aplicación de la regla del art. 68 del Código penal, determinante para el caso de concurso de normas penales, a un solo hecho: que se aplique la más grave, o sea la que tenga indicada mayor sanción, regla que no es aplicable a los casos en que concurren preceptos de una ley espe-

(6) El art. 4.º del C. P. de 1928 sancionó una fórmula más racional que la actual, diciendo: "Los delitos y faltas previstos en leyes especiales se regirán por ellas. Este Código será supletorio de las mismas, mientras en dichas leyes no se disponga lo contrario."

cial y la común, porque en ellos falta la homogeneidad o identidad de rango o clase legal, por lo cual se interfiere la regla interpretación legal que da preferencia a la especial si las normas concurrentes son de clase diversa legislativa.

E) *Clases de leyes especiales*

Independientemente de la clasificación objetiva de las leyes penales especiales, difícil de conseguir, según vimos, por su constante variabilidad, que sólo permite una enumeración ordenada de las mismas; se ha tratado, esto no obstante, clasificarlos en: a) leyes penales especiales por sí o propias, y b) leyes comunes u ordinarias con sanción penal incidental. Estas o toman prestada la pena, refiriéndose al Código penal constantemente o imponen por su cuenta correcciones morales, penas civiles, políticas, o bien regulan las penas comunes, efectuadas de manera especial. La clasificación tomada de Bravo, no es aprovechable penalmente y no ha sido acogida por la doctrina por intrascendente.

Considerada las leyes penales especiales según el criterio de su comprensión se nos ofrecen dos clases de las mismas, netamente diferenciadas; leyes especiales que abordan íntegramente todos los problemas de la responsabilidad humana, en consideración al fin que en ellos se persigue, constituyendo auténticos Códigos, por lo que se pueden denominar cerrados o completos, y leyes que se limitan a definir y castigar delitos de su especialidad, más o menos específicamente, dejando sin abordar los problemas fundamentales de la culpabilidad integrándose en el Código, y por ello se califican de abiertas o incompletas. Ejemplos de las primeras lo son el Código de Justicia Militar, la Ley de Contrabando y Defraudación, la de Vagos y maleantes, etc. En estos casos, como constituyen cuerpos legales completos, inspirados por un designio funcional singular propio, sólo cabe acudir a los preceptos del Código penal común, en último grado, en cuanto contenedor de los principios generales del derecho de penar que se sobreponen a todos los cuerpos legales como las líneas maestras de un sistema...

Las segundas, por el contrario, no se emancipan total y absolutamente de la gran matriz penal, el Código, sino que éste subsiste como legislación complementaria de la especial, la cual, naturalmente, rige pura y simplemente en todo cuanto, de una manera expresa o tácita no se encuentra regulado por sus preceptos. En este caso, el Código será supletorio de primero y único grado de las mismas. Así suelen a veces cuidarse de expresarlo las mismas leyes, como ocurre con la de Abastos; en otros se infieren del sentido y alcance de sus preceptos, y en general es éste el criterio que racionalmente predomina como "usus fori" de nuestros Tribunales. Esta interpretación se corresponde en esencia con el precepto que contiene el Código civil (art. 16) referente a este mismo problema, dentro de su propio contenido, cuya

solución resulta, naturalmente, más adecuada al fin que se propone, que la fórmula del Código penal, por lo que merece su reforma.

Por no encontrarse considerados bajo la misma especie material el hecho a juzgar y, por tanto, no ser aducible al principio "non bis in ídem" se ha declarado en Sentencia de 18 de enero de 1899 que, "cuando además de la falta académica castigada por el Consejo Universitario existen ofensas inferidas al Catedrático, no es aplicable la excepción de este artículo." El caso, por ser complejo, fué considerado en su aspecto indisciplinario por el Consejo Universitario, lo que no empece para que los Tribunales conozcan del hecho delictivo, puesto que son especies reales diferentes entre sí, y por tanto perfectamente compatibles ambas sanciones, que no repiten la propia especial delictiva o delito.

Del propio modo no existirá incompatibilidad cuando aún siendo considerado el mismo hecho sea éste juzgado bajo especie jurídica diferente, porque tampoco se excluyen entre sí. Así sancionado un hecho, conforme a las Ordenanzas de farmacia, que poseen un carácter disciplinario profesional, puede ser enjuiciado por los Tribunales de Justicia de nuevo el propio hecho puesto "que no tiene carácter de ley penal especial (S. 27 sep. 1888). Esto porque aparece claramente que no se repite o reitera la sanción en la misma consideración jurídica punitiva.

Sin duda por estimar, erróneamente, que las sanciones determinadas por los aranceles son preceptos penales propios y no disciplinarios, se declaró que la exacción indebida por los Notarios o Secretarios judiciales no constituye delito, sino que habrá que estarse a dichas sanciones (S. 16 nov. 1886 y 10 jul. 1887).

Finalmente, existen otras series de leyes especiales que, a diferencia de las comprendidas en los apartados anteriores, que legislan por sí, con exclusión del Código o antes y junto al Código, éstas lo hacen "sobre el Código" o después del mismo, puesto que se limitan a desarrollar, bajo el aspecto reglamentario, preceptos contenidos, en principio, en el mismo, por lo que nunca deben estos hallarse en contradicción con aquél, y en este caso prevalece el Código; así la que regula la gracia del indulto; la que asegura la libertad condicional, la remisión condicional, el cumplimiento de las penas; la regulación de la rehabilitación de 17 de septiembre de 1945, etc.

F) *Índice de los textos del Derecho penal especial y vigente*

Una exposición ordenada sistemáticamente, aunque sea tan concisa como nos proponemos hacerla, puede hacerse según el triple criterio que hemos indicado, destacando dentro de cada grupo el motivo especial característico de cada texto o grupo de textos legales que se consideren.

a) Derecho penal especial, constituido por Cuerpos legales com-

pletos o cerrados: Por razón del territorio jurisdiccional en que se aplica, puede distinguirse la legislación penal del Protectorado Español de Marruecos, constituido fundamentalmente por un Código penal propio. Realmente no es Derecho especial nacional, sino Derecho extranacional, y por tanto sólo cabe estudiarlo en este concepto o bajo esta condición de especialidad jurídica que en el Derecho administrativo suele ser oponente con el nombre de Derecho colonial al Derecho metropolitano. La especialidad reside sólo, pues, en su consideración jurisdiccional, y bajo tal estimación lo estudiamos nosotros.

Por razón, fundamentalmente, del fin—defender la disciplina y buen funcionamiento del ejército—, se registra en lugar preferente el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, reformado por Ley de 21 de abril de 1949. Es de advertir que la Jurisdicción Militar, no obstante justificarse fundamentalmente por su objeto y consiguientemente delimitarse así la materia genuinamente castrense, su contenido se complica continuamente con otras varias consideraciones de tipo personal, constituyendo así un verdadero fuero de clase o de orden público, etc., que prorrogan extraordinariamente su sentido y alcance propio. En tercer lugar cabe señalar la llamada ley de contrabando y defraudación de 14 de enero de 1929, cuya retención jurisdiccional administrativa es difícilmente justificable ante los principios orgánicos de la atribución de competencias estatales, puesto que su especialidad reside en la materia a que se aplica. Igualmente constituyen cuerpos legales penales cíclicos o completos: la Ley de vagos y maleantes de 4 de agosto de 1933 y Reglamento de 3 de mayo de 1935, la llamada de Tribunales de Menores o protección de la minoridad delincuente de 11 de junio de 1948 que refunde las anteriores.

b) El segundo grupo de leyes especiales penales la componen un núcleo en que su característica típica se encuentra, más o menos especificada, según el desarrollo que adquieren prácticamente sus preceptos sobre las materias punitivas especiales a que se aplica. Así, en primer término, se registra el llamado Código o Ley penal de la Marina Mercante de 21 de junio de 1923, la que no obstante ofrecer un cuerpo articulado de delitos y faltas, genuinos del servicio que tutela, posee un artículo, el 2.º remitiéndose a las disposiciones del libro 1.º del Código penal común, como complemento de sus propios preceptos. En igual sentido pueden considerarse incluidas en este apartado las disposiciones penales del Código de la Navegación aérea, según la Ley de Bases de 27 de diciembre de 1947, no obstante el desafuero jurisdiccional que injustificadamente se consagra en ella.

c) En un plano de subordinación más característico al Código penal se encuentran las leyes penales especialísimas, cuanto que sólo legislan penalmente según la "cosa" singular que pretenden proteger, creando en realidad delitos nuevos, sólo que pueden ver administrativas, como la de Caza de 16 marzo 1902; la de Montes de R. O. 8 mayo 1884; la de Pesca fluvial de 20 febrero 1942, Reglamento de 6 abril 1943 y Ley 4 mayo 1948; leyes de imprenta y prensa o protección de

cables submarinos, 12 enero 1887, y la de Policía de ferrocarriles, 28 noviembre 1877 y Reglamento 8 septiembre 1878, o la que por motivos políticos se conoce de represión de la masonería o el comunismo, Ley de 1 marzo 1940 y Decreto 30 marzo 1941.

Las que protegen la sociedad por motivos circunstanciales de "emergencia", como la de orden público de 28 junio 1933 y la de bandidaje y terrorismo de 18 abril 1947, y la Ley de 4 mayo 1948 sobre sustracción de materiales de comunicación.

Por razones de índole varia, para proteger la política gubernamental económica se han dictado las leyes de Abastos de 26 octubre 1939; la de 30 agosto 1946 y la de 27 abril 1946 sobre traspaso de viviendas; delitos monetarios de 24 noviembre 1938 y complementarias, y la de 27 abril 1946 de índole social, emigración, Ley 21 diciembre 1907, texto refundido 20 diciembre 1924, y leyes protectoras del trabajo.

Finalmente, existen las leyes defensoras de las propiedades especiales: propiedad industrial de 16 mayo 1902 y de la intelectual de 10 enero 1879; Ley de policía de imprenta de 26 junio 1883, y la de prensa de 22 abril 1938.

BIBLIOGRAFIA

- GROIZARD, ALEJANDRO, 1902: "El C. Penal", t. 1.º, art. 7.º
- ROSAL, JUAN DEL: "Ideas histórico-dogmáticas del Código Penal de 1944". *In-formación Jurídica*, núm. 54.
- QUINTANO RIPOLLÉS: "La motivación moral en Derecho penal". *R. C. de L. y Juris*. Abril, 1949.
- BECCARIA: "Delitos y penas". B. Filosófica. Cap. III.
- FERRI: "Nuovi orizzonti", pág. 4.ª, y "Sociologie Criminelle", ed. franc. París, 1905. Págs. 622-623.
- PESSINA: "Derecho penal", págs. 336 y sigs. Notas de Cuello.
- ORTEGA Y GASSET: "¿Qué son los valores?" *Rev. de Occidente*. Octubre, 1923.
- LISZT, VON FRANZ: "Tratado de D. penal". Trad. y notas de Saldaña. 1914. Pág. 482.
- CARRARA: "Programa...". (Adic. de J. de Asúa). Págs. 60, 115, 269, 249, Edic. Reus, 1922.
- CASTEJÓN, FEDERICO: "D. penal", Edic. Reus. 1931. Primera edic. Pág. 257.
- IHERING: "El fin en el Derecho".
- CUELLO CALÓN: "D. penal", t. segundo. Págs. 5 y sig.
- CUELLO CALÓN: "D. penal especial de España". 1935. Ed. Bosch.
- MEZGER: "D. penal". Ed. *R. de D. Privado*.
- BELING, ERNESTO: "El rector de los tipos del delito". *R. G. de Leg. y Juris*. T. 169 (1936), pág. 8.
- BRAVO, E.: "Legislación penal especial". Prólogo.
- FLORIÁN, EUGENIO: "Trattato di Diritto Penale", 2.ª edic., 1915. 7.ª Introduzione.
- ROSSI: "Traite de Droit Penal" V. I. Págs. 282-285. París. 1892.
- MAXWELL: "Le concept social du crime. Son evolution". París Alcan, 1914. Págs. 35 y 36.
- ROSAL, JUAN DEL: "Estudios penales". Madrid, 1948. Págs. 17 y sig.
- GUTIÉRREZ, JOSÉ MARCOS: "Práctica criminal de España". 5.ª edic., 1828.
- LADIRZÁBAL: "Discurso sobre las penas". Cap. IV, párrafo 1.º

R É S U M É

Le Droit pénal spécial, ou avec un autre nom la partie spéciale du Droit pénal, constitue la clef de la mise en oeuvre du principe fondamental "nullum crimen sine previa lege", et c'est pour cela qu'il bien mérite d'une attention soigneuse et permanente. La bonté de la politique criminelle que l'on adopte et fondamentalement la protection et la défense des droits ou des garanties juridiques pénales de la vie dépendent de la façon comment il développe sa propre théorie et son articulation légale. Il est donc convenable de bien préciser la technique de son articulation pratique et surtout de déterminer la valeur que ses préceptes possèdent en rapport avec le rang qu'ils gardent avec le Droit spécial non codifié, c'est à dire avec cet autre Droit pénal spécial, justifié par des raisons spéciales de "fuero" ou privilège, et éviter ainsi toute controverse en ce qui concerne ses relations en vigueur ou celles d'application pratique. Dernièrement on s'est consacré plus intensivement à l'étude du Droit pénal général et on a oublié l'étude du spécial, au préjudice des valeurs essentielles qui doivent protéger cette branche juridique. On tâche avec cela d'attirer l'attention professionnelle et technique sur ses problèmes et d'y centrer l'investigation des doctrinaires.

S U M M A R Y

The Special Penal Law, or with other words the special parte of the Penal Law, constitutes the key of the use of the fundamental principle "nullum crimen sine previa lege" and that is why it deserves a solicitous and permanent attention. The fitness of the Penal Policy and principally the protection and the demense of the rights or the juridical criminal guaranties of life depend from the way in which its own theory and legal articulation are developed. It is therefore advisable to fix the technique of its practical articulation and especially to determine the value which its precepts possess in relation with the rank that they hold against the Especial Law which is not codified, namely that Special Penal Law, which is justified by special reasons of "fuero" or privilege, and thus to avoid every controversy about its relations that are in force or the ones of practical application. Lately the study of the General Penal Law has been preferred and the study of the Special one has been overseen, to the prejudice of essential values which should protect that juridical branch. One intends with this to attract the professional and technical attention on these problems and to center there the investigation of the doctrinarians.

Derecho penal de trabajo español

JOSE PEREZ LEÑERO

SUMARIO: I. *Conceptos previos: Derecho Penal de Trabajo; Derecho Administrativo Penal de Trabajo; Política disciplinaria de trabajo.*—II. *Fundamentos jurídicos y político-económicos.*—III. *Delitos y faltas laborales: Conceptos fundamentales; Clasificación, y Tipificación.*—IV. *Penas y sanciones laborales: antecedentes doctrinales, y determinación de la pena laboral.*—V. *Premios: Conceptos fundamentales y regulación legal.*

Aunque se defienda el carácter privado de las instituciones laborales que emanan directamente del contrato de trabajo (1), no quiere esto decir que no existan, en las relaciones integrales que unen al empresario con sus trabajadores, otros derechos que son verdaderos y válidos, a pesar de no emanar directamente del vínculo contractual. Entre estos se ha de contar la facultad disciplinaria y correccional del empresario, más como Jefe de empresa que como propietario o parte contratante, y siempre por delegación de la facultad disciplinaria del Estado en su triple faceta de punitiva, policial y correctiva, según los casos: facultad que no emana directamente de las meras causas contractuales de trabajo.

La aplicación de esta facultad disciplinaria da lugar a normas específicas encaminadas a mantener el orden jurídico y la disciplina jerárquica dentro de la vida laboral, como parte y manifestación de la social y estatal. La doctrina, sin una distinción precisa, ha denominado a veces a este conjunto de normas, como Derecho Penal de trabajo, Derecho Administrativo penal de trabajo o simplemente Policía de trabajo; quizás el término más adecuado sea el de Política disciplinaria de trabajo, por su mayor amplitud, ya que en él pueden entrar normas e instituciones, cuya admisión en los anteriores términos se dificulta por reglas técnicas de sistematización. Dicho término abarca, sin embargo, a los otros conceptos inadecuados; por eso conviene estudiemos por separado el concepto de los tres términos.

(1) PÉREZ LEÑERO: *Teoría General del Derecho Español de Trabajo*. Madrid, Espasa-Calpe, 1948; págs. 23-39.

I. 1. *Derecho Penal de Trabajo*.—Su concepto ha de ser forzosamente una ampliación o derivación del general de Derecho penal, si su denominación quiere ser estrictamente científica. Según esto, Derecho penal de trabajo es “el conjunto de normas jurídico-laborales que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado conectado con el delito laboral como presupuesto, la pena laboral como consecuencia jurídica”.

Ese conjunto de normas jurídico-laborales no forman todavía en nuestro Derecho, y en casi ninguno de los existentes, una unidad o Código penal de trabajo: su conjunción viene dada solamente por su finalidad de que todas ellas se destinan a defender el orden jurídico-laboral, aunque se hallen dispersas en leyes, reglamentaciones de trabajo, etc., de carácter estrictamente contractual, o en disposiciones adjetivas de procedimiento, o administrativas sobre los cuerpos de Delegaciones o Inspecciones de Trabajo. Esto en nada altera su naturaleza intrínseca.

Tampoco ese poder punitivo del Estado es preciso sea directamente ejercido por el Estado; puede éste delegarlo en el Sindicato y en el propio empresario. El delito laboral con su triple carácter específico, nervio y núcleo central de este Derecho especial, será estudiado luego por separado. En el moderno concepto del Derecho penal se ha ampliado el contenido “pena”, subsumiendo en ella toda medida que tiene por objeto la prevención de los delitos, no sólo su castigo. Paralelamente, en este Derecho penal de trabajo cabe incluir también las normas jurídico-laborales que asocian al delito laboral, en su amplia diferenciación, otras consecuencias jurídicas, que no pueden calificarse de pena en el sentido estricto de este término jurídico. Así, las medidas preventivas de transgresiones laborales, las llamadas medidas de educación jurídico-laboral (amonestaciones privadas y públicas), la institución del honor profesional del trabajo, las medidas de seguridad para la producción económica de la empresa, la de corrección sin carácter punitivo, etc. (2).

Así concebido, este Derecho penal de trabajo: *a*) es un Derecho público, al igual que el Penal general, ya que no regula las relaciones entre los particulares, sino las del individuo con la colectividad representada en ocasiones por el Jefe de la empresa; por eso, en nuestro concepto, es parte de la Política laboral y no del Derecho de Trabajo, en sentido estricto (3). *b*) Se distingue del Derecho administrativo, al menos en su concepción: en el Derecho penal de trabajo es todavía poco precisa esta diferenciación, como lo fué en los orígenes del Derecho penal común, ya que la administración de la justicia penal de trabajo es, en parte, objeto de la actividad administrativa laboral del Estado, y parcialmente de la jurisdicción especial laboral ejercida por los Magistrados de Trabajo.

(2) Cfr. VANNINI: *Dir. Penale di lavoro*, en “Bossi y Pergolessi”. Tratado IV, págs. 271 y s.

(3) PÉREZ LEÑERO, o. c., pág. 102.

Con este concepto tan amplio y extendido del Derecho penal de trabajo es difícil distinguirlo del Administrativo penal de trabajo: este es una parte, aunque diferenciada de aquel, tanto por su contenido como por su aplicación.

2. *Derecho administrativo penal de trabajo.*—Es problema ampliamente discutido en la doctrina jurídica la diferenciación del delito criminal o penal y del delito de policía o administrativo, objeto específico de ambos Derechos: en nuestra sistemática lo estudiamos aunque someramente en uno de los siguientes apartados. A efectos de definir y limitar el contenido del Derecho administrativo penal de trabajo, baste poner de relieve una diferencia fundamental; mientras el Derecho penal de trabajo abarca los actos punitivos que causan daño o ponen en peligro concretamente algún bien jurídico protegido de modo expreso por la Ley laboral (patrimonio del empresario, salud del trabajador, etc.), los llamados delitos administrativos, por regla general, no tienen este carácter, al menos en su acepción de bien individual del empresario, sino que son perseguidos, porque afectan positiva o negativamente (falta de cooperación) a los intereses de vigilancia de la Administración estatal, estando dirigidos contra esta Administración. Esta diferenciación conceptual no impide, sin embargo, que un mismo acto pueda ser, al propio tiempo, delito laboral administrativo; ni que ambos puedan ser sancionados por las mismas o diferentes jurisdicciones, ya que esto último es solamente un problema de organización judicial o política.

El hecho del "trabajo" unifica estos dos Derechos, englobándolos bajo una misma denominación genérica. Este trabajo, como objeto del contrato laboral es lo específico diferenciador del Derecho penal de trabajo en sentido estricto; mientras que, como "hecho social", ese mismo trabajo es el objeto específico del Derecho administrativo penal de trabajo.

La diferenciación de ambos Derechos no es, sin embargo, sólo conceptual. El Derecho penal de trabajo tiene por objeto exclusivo las transgresiones no meramente civiles del contrato laboral; mientras que el Derecho administrativo penal de trabajo alcanza a transgresiones que pueden no tener relación directa con el contrato, aunque la tenga con el "hecho social" trabajo, como puede ser el caso de normas de higiene y seguridad de industrias todavía sin personal contratado. Los órganos jurisdiccionales son también diferentes, aunque sus competencias no coincidan exactamente con los límites del contrato o la acción administrativa (4). Hay transgresiones contractuales que puede sancionar y corregir el empresario, y las hay que sólo puede sancionar la Inspección o la jurisdicción laboral. Las violaciones o faltas administrativas son sólo de la competencia de esas últimas jurisdicciones,

(4) Cfr. GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*. 1941, páginas 482 y s.; GÜENECHEA: *Ensayo de Derecho Administrativo*, I. 1915, páginas 134 y s.

sin que puedan nunca ser objeto de sanción por parte del empresario (5). Las penas son también diferentes, aunque en las administrativas predominen las pecunarias, aunque sin excluir otras de índole semejante a las empleadas en el Derecho penal estricto. La culpabilidad tiene también diferente significado y extensión en ambos Derechos, como luego estudiaremos.

3. *Política disciplinaria de trabajo.*—Por todas estas analogías y diferencias entre ambos Derechos quizá sea preferible llamar a todo su conjunto Política disciplinaria de trabajo. Esta abarca tanto el Derecho penal de trabajo en su sentido estricto, como el Derecho administrativo penal de trabajo; pero además abarca instituciones afines a ellos por contraposición, tales como los premios, etc., que, sin castigar, previenen y educan en el orden laboral (fines ambos de la ciencia penalista), y defienden al mismo tiempo la “disciplina en el trabajo”, fin último al que tiende también, aunque más mediatamente el Penal y el Administrativo penal de trabajo.

La disciplina en el trabajo en su doble círculo de consecuencias y derivaciones en el contractual privado y en lo económico privado (empresario) y público (economía nacional), es el objeto específico de esta Política disciplinaria, como parte de la acción administrativa del Estado en sus funciones de guardián de los intereses privados y colectivos.

Por eso, de modo paralelo a la génesis en la técnica jurídica alemana del Derecho penal (6), que se derivó del concepto anterior y más amplio de Política criminal, podemos considerar esta Política disciplinaria del trabajo como categoría más universal que los dos conceptos anteriormente estudiados. Implica, es cierto, una actividad científica, pero de sentido práctico para su aplicación a las leyes penales de trabajo con el fin de promover su reforma. La ciencia del Derecho penal de trabajo en toda su extensión (Derecho penal estricto, administrativo penal de trabajo y de la Política disciplinaria o penal de trabajo), por el fin determinado a que sirve y se subordina, es tanto una ciencia jurídica como una ciencia política, según la aplicación de sus teorías las lleve a cabo el Juez o el legislador. Por eso, en este sentido la Política penal de trabajo se ha de considerar como una parte integrante, junto con las otras dos, de la Ciencia del Derecho penal de trabajo.

La llamada Política disciplinaria es sólo una cuestión de nomenclatura y sistemática, por creer que abarca un ámbito más amplio, ya que permite estudiarse en ella todos los medios, tanto de castigo como de premio, todos ellos unidos en la finalidad común de conservación de la disciplina del trabajo. Sólo forzando los conceptos podríamos incluir en el Derecho penal de trabajo algunas de las instituciones específicas

(5) Cfr. TRUEBA URBINA: *Derecho penal de trabajo*. Méjico, 1948, págs. 238 y siguiente. En nuestro Derecho, se hallan mezcladas, las penas penadas administrativas y la contractuales en el Rg. de Delegaciones 21-XII-1943.

(6) MEZGER: *Tratado de Derecho Penal* (tr. esp.). Madrid. 1935, I, págs. 68 y s.; VON LISZT: *Tratado de Derecho Penal* (tr. esp.). Madrid 1929, II, pág. 37.

de esta Política disciplinaria o de Política laboral: por eso en vez de distribuir las instituciones en diversos estudios separados, correspondientes a cada una de las tres acepciones posibles del Derecho penal de trabajo, las estudiaremos en la unidad de uno sólo.

II. 1. *Fundamentos jurídicos*.—Pueden señalarse varios fundamentos, inmediatos unos y mediatos otros, de esta Política disciplinaria del trabajo que asocia, como queda dicho, la determinación judicial, la ejecución administrativa y la fijación legislativa. Como función y derecho del Estado se deriva en definitiva del derecho de este a gobernar, ramificado en la trilogía clásica de poderes, subdivididos a su vez en las diversas potestades que se estudian en el Derecho público y administrativo. Todo ello, como común a la esencia general del Derecho penal (fundamentos del Derecho de penar) (7), del Derecho administrativo (potestad ejecutiva, disciplinaria, etc.) y del Derecho constitucional y político (poder legislativo) no merece atención especial en este estudio. Vamos a referirnos solamente a los fundamentos específicos en lo laboral.

Ya dentro del ámbito de trabajo, hemos de distinguir los actos que son conjuntamente delitos laborales y comunes, de los actos que son sólo delitos laborales. En los primeros no existe generalmente pena laboral, ya que el despido, que casi siempre le acompaña, no tiene siempre y necesariamente el carácter de pena, sino de causa de rescisión por incumplimiento. Es solamente en los segundos en los que se precisa estudiar su fundamentación.

Descartemos, en primer término, toda fundamentación en el contrato laboral: este tiene, por sí, efectos limitados a la responsabilidad civil que nunca alcanza a dar a las partes una potestad disciplinaria o correctiva. Esta proviene de contratos superiores de tipos asociativos de carácter natural (familia) o positivo (sociedades). En este orden, distinguiendo (como lo hicimos en el estudio tanto sobre la empresa (8), como del ingreso en "Instituciones") (9), entre contratación e ingreso o incorporación a la empresa, puede encontrarse fundamento jurídico de carácter privado de esta potestad disciplinaria o correctiva laboral. Ya no por el contrato de trabajo, sino por la adhesión a unos Estatutos cuasi societarios, impuestos en este caso por el Estado, que conceden al empresario esta facultad, puede fundamentarse el poder disciplinario dentro de la empresa de naturaleza iuris-pública. En este concepto de comunidad que tiene la empresa hemos fundamentado también el concepto y contenido del honor profesional del trabajo (10), que

(7) CUELLO CALÓN: *Derecho Penal*. Barcelona, 1929. I, Parte General, página. 471.

(8) Ob. cit., págs. 281-293.

(9) PÉREZ LEÑERO: *Instituciones del Derecho Español del Trabajo*. Espasa-Calpe. Madrid, 1949, c. 5, págs. 66-74.

(10) PÉREZ LEÑERO: *Teoría*, c. 16, págs. 210-220, con la bibliografía que cito.

es también otro de los fundamentos de esta potestad. Los del Estado tienen fundamentación político económica.

2. *Fundamentos políticos económicos.*—Es el fundamento principal de la potestad penal y disciplinaria del trabajo. La disciplina y orden en el trabajo no es fin en sí, sino medio para conseguir otro fin superior, la mayor producción como parte del bien económico y del bienestar general.

La Empresa se crea para producir, y no directamente para ser una organización pacífica y de orden, pues entonces se convertiría en una entidad directamente política. Por lo tanto, la producción económica es el fin inmediato, y el orden y disciplina en ella, el medio necesario para conseguir aquel: la producción económica es un fin político económico de interés cada día más vital en la vida de los pueblos. Por eso, no basta reconocer solamente al Estado el derecho general de castigar, considerando que el delito laboral sea solamente en el fondo un delito común contra el Estado, sino que hay que reconocerle un derecho específico de penar actos delictivos, sólo y exclusivamente laborales (falta de rendimiento, etc.), que, aunque no suponga alteración de orden, ni estén tipificados en el Derecho penal común, sólo por atacar la economía en su mayor o menor producción, es ya un delito político. Esto respecto al Estado, pues respecto al empresario su fundamento inmediata es su Jefatura de empresa, de naturaleza política económica, ampliamente estudiada en otro lugar (11).

III. *Delitos y faltas laborales.*—I. *Conceptos fundamentales.*—Todo delito laboral en sentido estricto con toda su amplitud de faltas, contravenciones, etc., ya sólo por serlo, ha de tener, en más o menos grado, todas las características del delito común como “acción típicamente antijurídica y culpable”: su denominación “laboral” tan sólo limita a un determinado ámbito normativo, estas tres características fundamentales de actividad, antijuridicidad típica y culpabilidad de contenido idéntico al delito penal común. El delito laboral en sentido amplio, que abarca al penal administrativo, no requiere esas características al menos en el grado y contenido que en el otro delito común. Así, respecto a la *actividad*, la mera no cooperación con la administración, ampliando así el concepto de delito por omisión propio o impropio (comisión por omisión) del Derecho penal común (12); además en este orden predominan casi exclusivamente las faltas y contravenciones frente a los delitos que son el objeto principal del otro Derecho. En cuanto a *antijuridicidad*, es más amplio el criterio de la exculpación por ignorancia por una disposición administrativa reciente, etc., siempre que sea notoria su inculpabilidad. Igualmente respecto a la *inculpabilidad*, mientras que en los delitos penales se exige generalmente el

(11) PÉREZ LEÑERO, *Teoría*, pág. 29.

(12) CUELLO CALÓN, l. c., pág. 250.

dolo, en los administrativos no se distingue entre comisión dolosa y meramente culposa; aparte de que cabe en estos la presunción de culpabilidad imposible en el penal.

Pero en el concepto del delito laboral se amplía, si lo analizamos bajo el aspecto de la disciplina laboral como medio para la producción económica, plasmada en el honor profesional del trabajo. Estudiado ampliamente en otro lugar, baste sólo señalarlo aquí como concepto fundamental, que se ha de atender, para fijar y pesar los delitos laborales, en toda la amplitud de sus posibles atentados directos a la economía y bienestar común, hasta las desobediencias o conductas poco dignas del trabajador; concibiéndose este honor profesional como un perfeccionamiento del ordenamiento penal de trabajo, aunque sean diferentes y todavía poco definidas las jurisdicciones y competencias. Este es problema de administración de justicia que no toca la esencia del concepto.

Dado el carácter especial del Derecho de trabajo, es lógico deducir que los delitos laborales han de ser también delitos especiales, en el sentido que se da a estos en la doctrina general ("delictum proprium"). En ellos la posibilidad de ser autor se halla limitada a un círculo determinado de personas, los sujetos del Derecho laboral; pero ello sin excluir que las personas extrañas puedan ser también sujetos del delito laboral por su complicidad, aunque no por su autoría.

De este carácter especial se derivan también otras consecuencias relativas a la culpabilidad de menores, etc. Si estos son sujetos laborales y sus actos delictivos son específica y exclusivamente laborales, no cabe atribuirles una imputabilidad relativa o condicional. La mayoría laboral señala los límites de esta culpabilidad también laboral.

2. *Clasificación.*—Como toda clasificación, ésta de las infracciones y delitos laborales puede ser muy varia y múltiple en el plano doctrinal, según sea el criterio y canon clasificador que se adopte

Por su *gravedad diferencial* se distinguen en leves, menos graves, graves y muy graves en atención al contenido de la norma prohibitiva y que las Reglamentaciones de trabajo suelen relacionar más directamente con la gravedad mayor o menor de la pena. Por la *naturaleza de la norma transgredida* se pueden distinguir los propiamente delitos laborales (delito penal laboral) y las contravenciones (delito penal administrativo) de disposiciones de política laboral. Por la *naturaleza de los objetos lesionados* se pueden distinguir delitos laborales contra la economía nacional (huelgas, etc.) y delitos contra la jerarquía y disciplina interna de la empresa, así como los cometidos contra la profesionalidad (faltas contra el honor profesional). Por los *efectos* puede hablarse de delitos laborales de peligro, abstracto o concreto y de delito de lesión. Por los *sujetos*, en faltas y delitos del empresario y del trabajador.

Pero la clasificación de mayor aplicación y de mayor contenido es,

sin duda, la distinción entre delitos y faltas, tal como se hace en el Derecho común, subdividiendo estas últimas y aquellos en administrativos, político-económicos y disciplinarios de la empresa.

3. *Tipificación.*—La teoría alemana del “tipo penal” está hoy admitida en toda la ciencia penalista como determinante de la antijuridicidad.

El Derecho penal de trabajo puede y debe aplicar a sus normas esta teoría, que exige para la imputabilidad una antijuridicidad especial y típica; si bien su aplicación ha de ser relativa y sin la rigidez propia del penal común, dadas sus características de contenido y las circunstancias de evolución y poca determinación. El Derecho penal de trabajo está aun por hacer, sobre todo en su normación positiva; por eso la tipificación, esencialmente positiva, está aún poco determinada en este sector del Derecho de trabajo.

El concepto “tipo” tiene varias acepciones: una amplísima y propia de la Teoría General del Derecho, consistente en el conjunto de todos los presupuestos, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica, que en el Derecho penal viene a ser la pena, y en el Derecho disciplinario de trabajo, dentro de la amplitud que hemos dado a éste, puede ser el propio premio. En un sentido menos amplio, y aplicado ya al Derecho punitivo, el “tipo general” es el conjunto de las características antes señaladas de todo delito laboral (acción, antijuridicidad, etc.); y el “tipo especial” es el conjunto de las características de una determinada especie delictiva, como distintivas de otros delitos laborales. En un sentido propio jurídico penal, “tipo” significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley: “el que haga esto, recibirá esta pena” (13).

Como decía anteriormente, las legislaciones no han precisado todavía mucho los tipos penales de trabajo. Esta indeterminación legislativa obedece, en parte, a la imprecisión de líneas que tiene todavía el propio honor profesional del trabajo, que es uno de los determinantes de la penalidad laboral específica. Por todo ello, esta tipicidad antijurídica se ha de entender con cierta amplitud en su aplicación a la pena laboral. Ciertamente ha de estar prefijado el injusto laboral; pero puede estarlo por una Ley más o menos concreta en su determinación. El Código penal tiene ya fijados los tipos con líneas definitivas y concretas: el Código penal de trabajo no ha alcanzado todavía esta determinación y perfección.

Nuestro Derecho vigente contiene diversas tipificaciones según la naturaleza y contenido de la infracción administrativa, político-económico privada.

La tipificación administrativa, es muy amplia y general: toda infracción o incumplimiento de leyes laborales tiene su sanción y pena administrativa de carácter pecuniario generalmente, aunque tratándose del.

(13) MEZGER, ob. cit., I, págs. 297 y s.

empresario puede ser el cese en la Dirección. La fijación de las penas administrativas tiene ciertos límites relacionados con la categoría administrativa del sancionador, desde 500 pesetas de imposición por el Delegado de Trabajo hasta las 50.000 que puede imponer el Ministro del ramo.

La tipificación *político-económica* viene dada por el D. 5-1-39 en los tres grandes grupos siguientes: a) abuso de autoridad por parte de los empresarios, jefes o encargados, respecto a los trabajadores a sus órdenes. b) Actos de los trabajadores contra los derechos o intereses de la empresa y la falta de disciplina y respeto a sus jefes. c) Falta del rendimiento debido en el trabajo.

Algunos de estos dos tipos generales han sido más detallados en normas sucesivas de las Reglamentaciones Nacionales de Trabajo.

La tipificación *contractual* es la más minuciosa en nuestro Derecho positivo de trabajo. Todas las Reglamentaciones contienen en el capítulo dedicado a "Faltas y sanciones" un elenco de las posibles faltas graves, menos graves y leves, que los Reglamentos de Régimen Interior pueden todavía aumentar más, determinando sus líneas en relación con las modalidades especiales de cada industria. La propia Ley del Contrato de Trabajo (D. 26-1-44), aparte del art. 76 y sg., que detallan las causas justas de despido que no pueden conceptuarse como pena, sino como rescisión, tiene normas sobre sanciones y responsabilidades que pueden ser incluidas en este concepto. Pero fué el D. 5-1-39, anteriormente citado, el que esbozó en unas primeras líneas generales un pequeño Código penal de trabajo que ha quedado sin ampliar en nuestro Derecho.

Muchas de las faltas que se señalan en las Reglamentaciones de Trabajo como objeto de sanción deben conceptuarse más bien como especificaciones y concrepciones de los "tipos" determinados en la Ley de Contrato o en el Decreto de 1939, antes indicado: a veces van mezcladas con otras faltas que no son sino repetición de las que podríamos llamar legales, por venir determinadas en una disposición de rango de ley (art. 77 Ley de Contrato de Trabajo, D. 26-1-44). Así, la prohibición de fumar en determinadas industrias, el trato agradable y cortés con la clientela en ciertas actividades, la misma puntualidad de asistencia al trabajo, etc., etc., son determinación de normas más generales (máximo rendimiento, evitación de riesgos económicos, etc.) que son las que merecen el nombre exacto de "tipos legales". Cabe en esto una labor sistematizadora de interés indiscutible para nuestro Derecho positivo de trabajo.

IV. *Penas y sanciones laborales.*—I. *Conceptos fundamentales.* La pena laboral es una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor del delito con arreglo al acto culpable; es la imposición de un mal adecuado al acto. Abarca los tres momentos de: la sanción penal del legislador; la imposición de la pena por la Magistratura, la jurisdicción administrativa o el empresario, y la ejecución de la pena.

La pena laboral, en primer término fundamentada por razón de un hecho punible, puede desaparecer por circunstancias especiales que actúan como causas de supresión de la pena. A ella pertenecen el llamado arrepentimiento activo en el delito consumado; la denominada prescripción tanto de la persecución penal (defectos materiales y procesales), como de la ejecución penal; y la transformación de la pena mayor en otra inferior, como, por ejemplo, en el art. 55 de la Reglamentación de Seguros, aprobada por Orden 28-6-47, se concede a la Empresa facultad de imponer sanciones muy graves, cuando no sea admitido el despido por la Magistratura.

En nuestro Derecho se encomienda a los Reglamentos de Régimen Interior la fijación de los casos en que pueden imponerse las diferentes penas y sanciones; así como las condiciones en que la conducta posterior del sancionado puede anular la nota desfavorable de la sanción a efectos de mejoras laborales (ascensos, antigüedad, etc.). En algunas Reglamentaciones se determina también el tiempo de prescripción para la persecución del delito laboral que varía según la gravedad de las penas (O. 30-11-48).

El fin de la pena laboral es triple: a) Debe actuar social-pedagógicamente sobre la colectividad laboral (prevención general), en el supuesto de que la delincuencia laboral es un fenómeno común a todas las personas que integran la empresa. b) Debe proteger a la colectividad frente al sujeto que ha sido castigado, y corregir a éste (prevención especial) con penas económicas o sanciones espirituales, como represión, etc., según las circunstancias subjetivas del infractor. c) Debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (consideración o respeto a la personalidad), que ante todo ostenta el título de humano.

La justificación de la pena laboral resulta de la demostración de que la pena constituye un medio indispensable para la conservación de la sociedad jurídica ordenada: en sí, no es problema jurídico, sino metajurídico o social, tratado ampliamente por filósofos y penalistas de todas las tendencias (14). La pena laboral es un mal, no sólo para el que la sufre, sino para el que la impone y la ejecuta; pero mal indispensable para la sociedad laboral y económica. De aquí se deduce que ha de ser proporcionada al acto (principio de autoría) que excluye, por lo tanto, una justificación absoluta, en el sentido de una exigencia categórica, absoluta también, sin necesidad de ulterior fundamentación.

Por la autoridad sancionadora podemos distinguir tres clases de penas y sanciones laborales: jurisdiccionales, impuestas por las Magistraturas de Trabajo; administrativas, impuestas por los Organismos ministeriales, y disciplinarias del empresario. Estas últimas en su carácter de delegadas del poder estatal tienen las mismas características

(14) Cfr. ALFONSO DE CASTRO: *De protestate legis pœnalis*, lib. I, c. III; HOBBS: *De cive*, 1642; y *Leviathan*, 1651; MONTESQUIEU: *De l'esprit de lois*, 1748; MONTES, Jerónimo: *Derecho penal español*. Madrid, 1917, págs. 5 y s., con abundancia bibliográfica y GIRARDIN: *Du droit de punir*. París, 1887.

que las administrativas, pudiéndoselas considerar como una variante de las mismas.

La diferencia entre las jurisdiccionales y las administrativas se fundamentan: a) Por razón de las *autoridades* que castigan, en un caso gubernativas y en otro jurisdiccionales. b) Por el *fin* que se persigue en ellas, objetivamente el mismo, pero subjetivamente diferenciado por parte de las autoridades, ya que las gubernativas tienden principalmente a la enmienda, mientras las jurisdiccionales se refieren al restablecimiento del orden jurídico perturbado, aunque sin exclusión de otros fines. c) Por la *estimación común legal*, que estima como penas en sentido estricto a las gubernativas, por su levedad y poca duración, dejando el calificativo de delitos para las jurisdiccionales. d) Por los *hechos* que motivan la sanción: falta de intención, parvedad en la materia, etc., y sobre todo faltas que, sin trascender al exterior, rompen o relajan la cohesión comunitaria de la empresa y la subordinación jerárquica.

2. *Determinación de la pena laboral.*—a) La *determinación legal* de la pena laboral muy raras veces tiene carácter absoluto con magnitudes de pena exactamente prefijada; prevalece el criterio relativo con un marco penal más o menos amplio de sanciones máximas y mínimas, que el encargado de aplicarla ha de determinar adoptándola a las circunstancias de cada caso.

Tres son las sanciones más comunes en nuestro Derecho para castigar las *faltas administrativas*: la sanción económica, el cese y la inhabilitación para toda jefatura, igualmente aplicable en sus respectivas escalas y modalidades al empresario, como al trabajador (15). En faltas *políticoeconómicas*, las sanciones que fija el D. 5-1-39 son: privación de cargos y categorías sindicales; multa hasta de 1.000 pesetas cuando se trate de empresarios, o un máximo de la séptima parte del salario de un mes si el sancionado fuese otro trabajador; suspensión o pérdida de todos los derechos adquiridos en el trabajo, e indemnización a la empresa de daños y perjuicios, sin exceder el importe del salario de un mes. Las faltas *disciplinarias-contractuales* se dividen en principales y accesorias: las principales se subdividen en leves, graves y muy graves, según las faltas que paralelamente lleven esa misma calificación.

b) La *graduación judicial* de la pena es medida de la pena dentro del marco penal señalado por la Ley y determinado por las llamadas causas cualificadoras de agravación (reincidencia, resultado grave, etcétera) o las causas privilegiadoras de atenuación (tentativa, arrepentimiento, etc.). La misión propia del Magistrado consiste en adoptar la pena laboral, que resulte del acto, a la personalidad del autor, diferenciándose, por lo tanto, según se trate del empresario o del trabaja-

(15) Cfr. Rgl. de la Inspección de Trabajo de 13-7-1940; Rgl. de Delegaciones de Trabajo de 21-12-1943; D. 5-1-1939; OO. 5-3-1940, 3 octubre 1942 y 29 diciembre 1945.

dor, a efectos de mayor conocimiento y conciencia en la ejecución del acto delictivo. De este modo, esta graduación judicial es medida tanto del injusto (elemento objetivo y de resultado) como de la culpabilidad (elemento subjetivo), así como adecuación de la pena a la personalidad del autor (imputabilidad).

Esta graduación judicial tiene en nuestro Derecho de trabajo un amplio margen de equidad que estudiamos detenidamente en otro lugar (16).

c) La *potestad correctiva de la administración* tiene caracteres específicos, que la diferencian de la judicial en: a) Gozar de una libertad discrecional inmediata y ejecutiva para apreciar los hechos y castigar las faltas, que no es propia de la judicial. b') Proceder de oficio, mientras que lo ordinario, con pocas excepciones, es que la judicial actúe a requerimiento del interesado, si bien en lo laboral, como estudiamos en otro lugar, actúe también el principio del impulso oficial. c') Usar en la corrección formas menos solemnes, no produciendo su aplicación, como ciertas penas judiciales, incapacidad o indignidad social.

La determinación de la pena administrativa se limita por la categoría del sancionador. Así la Ley señala topes de multas según la autoridad que la impone, con la limitación máxima de 50.000 pesetas, precisando para rebasarlas el acuerdo del Consejo de Ministros. (art. 67 Rgl. Delegaciones, 21-XII-1943). Igualmente, en las político-económicas, el Ministro de Trabajo puede llegar a la inhabilitación temporal o definitiva del Director de una empresa; pero para hacerlo con carácter absoluto a Consejeros y Directores General de sociedades o industrias se precisa igualmente el acuerdo del Consejo de Ministros (art. 57 Reglamentación de Seguros).

d) La *potestad disciplinaria del empresario* tiene dos momentos: uno el fijar en el Reglamento de Régimen Interior la graduación de faltas y sanciones, y otro el de la imposición, previo juicio del acto punible.

Corresponde al Jefe de empresa la facultad de imponer las sanciones por faltas leves, graves o muy graves, sin otra excepción que la de despido que se reserva a la Magistratura de Trabajo, ante la cual ha de formular aquel la correspondiente propuesta, previa instrucción de expediente por faltas graves o muy graves. Estas últimas son recurribles ante la Magistratura en el término de diez días. La resolución de esta ha de hacer las oportunas declaraciones sobre sanciones accesorias, forma de hacer efectiva la indemnización de daños y perjuicios a la empresa y consecuencias económicas definitivas de la suspensión de empleo y sueldo acordada por la empresa, como medida previa. Respecto al primero de los momentos antes señalados, el Reglamento de Régimen Interior ha de determinar los trámites y plazos del expediente, así como concretar los casos de faltas muy graves en

(16) *Teoría*, pág. 155.

los que la empresa puede acordar, como medida previa, la suspensión de empleo y sueldo por el tiempo que dure el expediente.

V. *Premios.* — 1. *Conceptos fundamentales.* — En un concepto estricto del Derecho Penal de Trabajo quedaba ya agotado su contenido con lo dicho anteriormente. No cabría en él un estudio de los premios. Pero sí saben éstos tanto en el poder disciplinario administrativo como en el del empresario. Por eso, en un concepto amplio, amplísimo e inadecuado si se quiere, del Derecho penal de trabajo, dentro del cual se acerca e identifica ya con el Derecho disciplinario de trabajo, cabe hablar de estos premios laborales contrapuestos a las penas en un concepto de disciplina dentro de la empresa, que es una de las finalidades principales del Derecho penal de trabajo.

El premio implica una superación del estricto deber contractual: éste no se premia sino que se retribuye. A pesar de ello, en el cumplimiento del contrato laboral, por sus características especiales, cabe también la institución del premio al trabajador. Como repetidas veces hemos destacado (17), se conjugan en este contrato elementos espirituales de profesionalidad, patrimonio, lealtad, etc., tan importantes como la mera prestación del trabajo contratado. Este espíritu e inspiración en el trabajo es lo que se premia, exteriorizado en "la conducta, rendimiento, laboriosidad o condiciones sobresalientes" como dicen nuestras Reglamentaciones de Trabajo.

El mismo concepto de comunidad, que se va infiltrando en las instituciones todas que integran la empresa moderna, confirma esta misma consideración fundada en la naturaleza del contrato. Toda comunidad supone una jerarquización con su autoridad última; y el Jefe de esa comunidad, como el de toda sociedad, ha de tener el poder disciplinario, junto con el de gracia, como parte de la facultad ejecutiva dentro de la sociedad (18).

Pero estos méritos laborales, al extenderse del ámbito particular y limitado de la empresa al nacional, dan lugar a premios estatales, como medallas y condecoraciones de mérito al trabajo, que prestado con heroísmo, desinterés o abnegación es "un servicio que el Estado valora y exalta" (Fuero I, 4). Es la consecuencia de toda la concepción filosófica del trabajo como servicio al bien común. En nuestro Derecho, el D. 14-3-42 revalidó este premio creado con anterioridad (D. D. 22-1-26) y se halla reglamentado en la actualidad por la Orden de 25 abril 1942.

2. *Regulación legal.*—a) Los premios concedidos dentro de la empresa se han de determinar en el Reglamento de Régimen Interior, tanto para la concesión como para fijar su contenido, procurando "ponderar estrechamente las circunstancias del caso para que ningún acto

(17) *Instituciones*, c. 7.

(18) KLANSING: *Die Ehre im Sozial recht* 1934. pág. 400; MANSFELD: *Die soziale Ehre*, 1936, págs. 123 y s.

que lo merezca quede sin premio ni se otorgue jamás a quien no lo haya merecido (19).

Se señalan como *motivos* dignos de premio: los actos heroicos ejecutados por el trabajador con grave riesgo de su vida e integridad personal en evitación de un accidente; *actos meritorios* que, sin llegar al grado de heroísmo anterior, indican una voluntad claramente extraordinaria de evitación de una anomalía grave en bien del servicio; en ambos casos se apreciará como circunstancia, que aumenta el heroísmo y el mérito, el que el trabajador no se hace de servicio y carezca de los medios adecuados para el logro de su intento; el espíritu de servicio reflejado en un modo no formulario y corriente de trabajar, sino con entrega total de las facultades y con decidido propósito manifestado en hechos concretos, de lograr su mayor perfección en favor de la empresa y del público con subordinación de su propia comodidad e interés; el espíritu de fidelidad implícito en un servicio continuado de cuarenta años sin interrupción de excedencia voluntaria, licencias sin sueldo superiores a dos meses y sin notas desfavorables de carácter grave en su expediente; el afán de superación profesional de los trabajadores, que han mejorado su formación teórica y práctica y su experiencia profesional, para ser más útiles en su trabajo y alcanzar categoría superior.

Los premios pueden ser de diferentes modalidades: aumento de pensión de los diversos Seguros laborales, recompensas en metálico desde 25 a 25.000 pesetas, según los casos; aumento de vacaciones; becas y viajes de perfeccionamiento y estudio; condecoraciones y distintivos, diplomas honoríficos, cartas laudatorias, etc.

Su concesión es de iniciativa de la Dirección de la Empresa, que en expediente contradictorio instruido por ella, por su iniciativa o la de los jefes o compañeros de trabajo, han de dar la mayor solemnidad para satisfacción de los interesados y estímulo del personal. Todo premio, que ha de constar en el expediente personal del trabajador, se ha de computar, en la proporción que se establezca, para ascensos y cambios de categoría. Según los casos, la concesión puede repetirse siempre que se repitan las circunstancias de heroísmo, mérito, etcétera, pudiéndose premiar indistintamente con los diversos premios, si bien los actos heroicos se premiarán en todo caso con aumentos de pensión y recompensa en metálico, y en los meritorios con recompensa en metálico, aumento de vacaciones, además de los premios honoríficos. El afán de superación se ha de premiar con becas y viajes de estudio, así como los distintivos de honor para una colectividad puede serlo de modo permanente o temporal.

Estas son las normas generales que tomadas de la Reglamentación de transportes (arts. 113-119) contienen más o menos desarrolladas todas nuestras Reglamentaciones de Trabajo, y cuya determinación y

(19) A. 113 de la Reglamentación Nacional de Transportes por carretera, aprobada por O. 2-12-1947.

concrepción se confía a los Reglamentos de Régimen Interior, marcando así el ámbito de esta potestad de gracia de la Jefatura de Empresa.

b) Los premios estatales al trabajo son en nuestro Derecho vigente de dos clases: "medallas al mérito en el trabajo" y "medalla al sufrimiento en el trabajo". La primera "para enaltecer los actos y servicios laborales prestados individual o colectivamente; "ésta como" premio individual a los productores que en la práctica de sus profesiones u oficios sufran accidente o mutilación o contraigan enfermedad grave que no sean retribuídas a impericia manifiesta, infracción temeraria o causas ajenas a la especial función del trabajo" (art. 3 D. 13-3-42). Ambas concedidas por el Ministerio de Trabajo mediante expediente previo (art. 7 O. 25-4-42), a iniciativa del Ministro, autoridades o a petición fundamentada del interesado. Las dos condecoraciones tienen tres categorías de oro, plata y bronce, subdividida la segunda en dos clases, según la calidad del condecorado, y con derecho a pensión, siempre que se acuerde así por el Consejo de Ministros (art. 8, Orden. 25-4-42).

Se consideran méritos para esta distinción: haber creado o propulsado empresas de reconocida utilidad general, haber prestado servicios relevantes a la riqueza nacional, inventos científicos o técnicos, fomento de las instituciones de carácter social, estimular la previsión y el trabajo, publicación de obras de mérito en el campo laboral, actos de abnegación, fidelidad o heroísmo en el trabajo, creación o dotación de instituciones de formación profesional, mutilaciones o incapacidades a consecuencia del trabajo, no atribuibles a impericia o descuido, constancia en el trabajo, etc. (art. 9, O. 25-4-42).

R É S U M É

Quoique le Droit Pénal du Travail ne soit pas une partie du Droit du Travail dans le sens strict, car celui-ci a un caractère fondamentalement privé, il l'est certainement de la Politique du Travail. Il a trois acceptions ou concepts: comme Droit Pénal dans le sens strict, différent du Droit administratif pénal du travail et de la Politique disciplinaire du travail. Les trois concepts et leurs contenus correspondants ont entre eux de diverses affinités, mais aussi des différences substantielles.

Les fondements juridiques de ce Droit pénal du travail sont génériques et médiats (puissance punitive, disciplinaire ou législative) ou spécifiques et immédiats: parmi ceux-ci leurs fondements sont différents selon ce qu'il s'agisse de délits ou de fautes exclusivement du travail ou non. En tout cas, le contrat de travail ne peut devenir jamais le fondement juridique de ce Droit pénal, mais plutôt l'entrée dans la compagnie ou l'incorporation à celle-ci. On déduit les fondements politiques-économiques de l'importance politique-économique de la so-

ciété, comme unité dans l'économie nationale, qui ne peut pas atteindre ses buts substantiels sans l'efficacité et le réalisme de ce Droit pénal du travail et sans l'autorité et la discipline que celui-ci-garantit.

Les concepts fondamentaux des délits et des fautes du travail ressemblent aux communs: activité, manque de juridicité et culpabilité, avec quelques différences qui émanent des particularités des sujets du travail. La classification varie selon le différent critérium que l'on adopte: gravité différentielle, norme, objet lésé, etc. La typification pénale du travail reste jusqu'à présent en état embryonnaire dans notre Droit et en général dans tout le Droit pénal du travail, quoiqu'elle ait des caractères suffisants pour signaler en eux une typification administrative, une autre politique-économique et enfin une autre contractuelle, fixée par leurs normes respectives et différentes.

On base la Pénologie du travail sur des principes pareils à ceux de la commune; leur classification est fixée premièrement par l'autorité qui impose les peines: juridictionnelles du Magistrat du Travail, administratives du Ministère du Travail et contractuelles de l'entrepreneur. On peut établir d'autres classifications selon le but, selon l'estimation légale commune, etc. La détermination légale, judiciaire, administrative et disciplinaire de l'entrepreneur varie d'après les cas et les sources légales.

Les récompenses ne font pas partie du Droit pénal du travail dans le sens strict, mais de la Politique pénale, science supérieure et intérieure à celle-là: les deux sciences liées par un ordre chronologique et logique aboutissent à une même fin. Il y a deux sortes de récompenses: de l'Etat ou privées de l'entrepreneur, avec différents motifs et fondements pour leur concession, quoique avec une même fin, celle de rendre le travail digne pour obtenir un rendement plus grand, fin qui est la même du Droit pénal du travail dans le sens strict.

S U M M A R Y

Though the Penal Law of Labor is not a part of the Labor Law in the strict sense, because this one is fundamentally of private character, it really is a part of the Labor Policy. It has three meanings or concepts: as Penal Law in the strict sense, which differs from the Administrative Penal Law of Labor and from Disciplinary Policy of Labor. The three concepts and their corresponding contents have some resemblances among them, but some essential differences too.

The juridical fundamental principles of this Penal Law of Labor are either generic and mediate (punitive, disciplinary or legislative power) or specific and immediate; among these ones their principles differ according to them being delicts or mere labor faults. Anyway a labor contract can never become the juridical reason of this Penal Law, but rather the entrance or the incorporation to the firm. The political-economical principles are drawn from the political-economical

importance of the society, a unity within the National Economy, which cannot attain its substantial objects without the efficacy and the reality of this Penal Law of Labor and without the authority and the discipline that it assures.

The fundamental concepts of the labor delicts and faults resemble to the common ones: activity, lack of juridicity and culpability, with some differences which arise from the peculiarities of the labor subjects. The classification changes according to the different criterion that is adopted: differential gravity, rule, damaged object, etc. The penal typification of labor is still in an embryonal state in our Law and generally in the whole Penal Law of Labor, though it has sufficient caracteres to determine in them an administrative typification, a political-economical one and lastly a contractual one, which are fixed by their respective and different rules.

The Labor Penology is based on similar principles as the common one; their classification is fixed principally by the authority which imposes the penalties: jurisdictional ones by the Magistrate of Labor, administrative ones by the Ministry of Labor, and contractual ones by the contractor. Other classifications can be established according to the purpose, to the common legal valuation, etc. The legal, judicial, administrative and disciplinary determination of the contractor changes according to the cases and to the legal sources.

The recompenses are not a part of the Penal Law of Labor in the strict sense, but of the Penal Policy, a superior and former science to that one: both sciences linked together by a logical and chronological order tend to the same object. There are two kinds of recompenses: from the State and private ones, from the contractor, with different motives and reason for their concession, though with the same purpose; that of dignifying the labor for a greater efficiency, purpose which is also the same of the Penal Law of Labor in the strict sense.

SECCION LEGISLATIVA

El anteproyecto de Código penal mejicano de 1949 para el distrito y Territorios federales

EUGENIO CUELLO CALON

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Madrid

El primer Código penal mejicano, para el Distrito y Territorios federales, obra de Martínez de Castro, promulgado en 1871, era una obra legislativa de tipo clásico con marcados rasgos correccionalistas. En 1929 se promulgó y entró en vigor un nuevo código, obra de José Almaraz, que aspiraba a romper con los viejos moldes de la escuela clásica y a orientar la represión, conforme a los postulados positivistas, sobre las bases de la defensa social, la responsabilidad legal y el criterio de la peligrosidad, cuerpo legal de corta vida, derogado en 1931 por el código hoy vigente de 14 de agosto de 1931, que entró a regir el 17 de septiembre del mismo año.

Los redactores de éste no se propusieron seguir una determinada orientación científica, sin duda aleccionados por las dificultades que para su aplicación encontró la ley de 1929, procuraron hacer un código práctico y adaptado a las realidades de su país. "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno declararaba Teja Zabre, presidente de la Comisión redactora, puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal. Sólo es posible seguir la tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable." "El código penal de 1931, escribe el Prof. Carrancá Trujillo, no es, desde luego, un código penal a cualquiera de las escuelas conocidas. Respetuoso de la tradición mexicana, su arquitectura formal, con más de una originalidad, sin embargo, es la de todos los códigos del mundo, incluso el mexicano de 1871, pero, por otra parte, en su dirección interna acusa importantes novedades a las que se agrega lo que de auténtica modernidad había recogido el código penal de 1929." Las manifestaciones de estos penalistas reflejan bien claramente sus principales directrices.

El anteproyecto que vamos a exponer, más que a comentar, no encierra reformas sustanciales, ni novedades revolucionarias, su orientación doctrinal es la misma orientación pragmática del Código vigente, en realidad no es más que una considerable mejora técnica de éste con su mismo espíritu, su mismo contenido e idéntico plan, sin embargo, introduce numerosas innovaciones que en su mayoría merecen, por su importancia, ser puestas de relieve.

El anteproyecto, siguiendo al texto vigente, se inicia con un título preliminar, idéntico en ambos, que contiene las normas relativas a su aplicación territorial. Siguen las "Reglas generales sobre delitos y responsabilidad" en las

que se clasifican los delitos en *intencionales, culposos y preterintencionales* (artículo 7.º). Aquí con evidente perfeccionamiento técnico se ha sustituido la expresión "delito de imprudencia", empleada por el Código en vigor, por "delito culposo." "El delito es intencional cuando se quiere o acepta el resultado." Concepto que abarca el dolo directo como el eventual. "El delito es culposo cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido este previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría o en casos de impericia o de falta de aptitud" (1). A continuación se define el delito preterintencional que "es el que se forma por la concurrencia del dolo sobre el propósito y de la culpa sobre el resultado", fórmula muy semejante a la del Código de Defensa Social cubano (art. 20) y en armonía con la doctrina ya sostenida por Carrara y hoy defendida por numerosos penalistas, Giulio Battaglioli y Bettiol, entre otros.

La hipótesis del delito preterintencional ya se hallaba prevista en el Código vigente cuando en el apartado II del artículo 9.º declara que la presunción de que un delito es intencional no se destruirá aunque el acusado pruebe "que no se propuso causar el daño que resultó, si éste fué consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito", precepto que fundamenta este

(1) A punto de llevar a la imprenta las cuartillas de este trabajo, llega a mis manos un libro mejicano (A. Navarro: *Ensayo sobre la Preterintencionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1949), y al ojearlo veo en su página 84 cómo el autor, con alusión, que agradezco, a una vieja edición de mi "Derecho penal", combate mi opinión cuando asimilo la impericia a la ineptitud. "Cuello Calón—escribe el mencionado autor, al referirse a la impericia manifiesta que es una ineptitud—: Su criterio es inaceptable; no hay razón para equiparar la impericia con la ineptitud, que, vuelvo a repetir, es una deficiencia de orden natural."

A este reclamo tajante, sin base que lo fundamente, respondo: Hay una fuerte razón para asimilar ambos conceptos, y ésta es, sencillamente, el significado que ambos vocablos, *impericia* e *ineptitud*, tienen en el lenguaje castellano que hablamos en España, que es el mismo que se habla en Méjico.

En castellano corriente, y conforme al sentido que les da el Diccionario de la Lengua Española, *impericia* significa falta de habilidad en una ciencia o arte; *ineptitud* quiere decir inhabilidad, falta de capacidad. Por tanto, ambas palabras poseen idéntico significado, falta de habilidad.

La ineptitud no es sólo, como cree el Sr. Reyes, una deficiencia de orden natural, *inepto* para el ejercicio de una profesión o de un arte, por ejemplo, la cirugía, no es sólo el que padece un gravísimo déficit visual (deficiencia de orden natural), sino también el que carece de idónea preparación profesional, pues ambos son inhábiles, ambos carecen de habilidad para el ejercicio de la profesión quirúrgica.

Del cirujano *imperito*, del que carece de adecuada formación quirúrgica, decimos en el lenguaje que hablamos en España que es un profesional *inepto*.

El mismo sentido da el lenguaje jurídico a la expresión "impericia". Los penalistas italianos, al comentar el artículo 43 de su Código penal, que define el delito culposo y menciona la "impericia" como uno de sus elementos, identifican también ambos conceptos. Para Manzini (*Trattato*, 1.º, Turín, 1933, pág. 649), la *impericia* es "una ineptitud o insuficiencia profesional, genérica y específica", opinión que acepta plenamente Bettiol (*Diritto penale*, Palermo, 1945, pág. 301); según Saltelli y Romano di Falco (*Commento teorico-pratico del nuovo Codice penale*, vol. 1.º, parte 1.ª, Turín, 1931, página 268), "la impericia es la forma específica de la culpa profesional, que consiste en la *insuficiente aptitud* para el ejercicio de un arte o de una profesión, en la *falta de habilidad* exigida para determinadas funciones", concepto que con las mismas palabras repite Maggiorè (*Principi di Diritto penale*, 1.º, Bologna, 1939, pág. 395).

delito sobre base exclusivamente dolosa, a diferencia del anteproyecto que lo construye sobre un conjunto mixto de dolo y culpa.

Con la misma orientación que el Anteproyecto ha seguido en esta materia al Código de Defensa Social del Estado Veracruz-Llave (art. 7.º) que define específicamente el delito preterintencional, inspirándose esta doctrina mixta. A pesar no ser esta figura jurídica nueva en la legislación penal mejicana según leo en un interesante artículo de prensa ("El Universal" de 27 de julio de 1949), del Profesor Franco Sodi que la considera acertada, la reforma ha originado apasionados comentarios.

La tentativa se define así: "La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestado por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente" (art. 12). Esta nueva redacción en la que, como en el texto hoy en vigor, se comprende la tentativa en sentido estricto y la frustración es de mayor perfección técnica que la del vigente Código, pues destaca sus elementos integrantes, el ánimo de delinquir, y el principio de ejecución. "Son responsables: I. Los que toman parte en la ejecución de los delitos. II. Los que determinan a otros a cometerlos y III. Los que cooperan de cualquier modo a realizarlos" (art. 13). Aquí se reduce y sistematiza mejor la enumeración de las personas responsables.

En el capítulo relativo a las Causas excluyentes de responsabilidad (art. 15), bajo cuyo título se agrupan las causas de inimputabilidad y las de justificación, aparece una importante reforma relativa al trastorno mental transitorio: "ejecutar el delito como consecuencia de un estado de trastorno mental transitorio producido por cualquier causa no imputable, ni dolosa ni culpablemente", fórmula que sustituye ventajosamente a la del texto vigente, "estado de inconsciencia determinado por el empleo de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes o por un estado toxiinfeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio", que constituye la eximente del apartado segundo del artículo 15 del Código que rige en la actualidad. Apartándose de éste, el Anteproyecto no limita la excluyente al trastorno de *carácter patológico*, al emplear la expresión "trastorno mental", sin determinar su carácter, permite ensanchar el campo de su aplicación al trastorno proveniente de causas psicológicas, como ya ha hecho certeramente en algunos fallos nuestro Tribunal Supremo. Ni en el Código ni en el Proyecto la locura, ni la sordomudez, figuran entre las excluyentes de responsabilidad, ambas son, de acuerdo con los postulados de la escuela positiva, a la que se otorga este aislado homenaje, causa de sumisión a medidas de seguridad consistente en la reclusión de sordomudos y enajenados en establecimientos especiales (arts. 57 y 68 del Código vigente y 60 y 61 del Anteproyecto).

Se simplifica y mejora la excluyente de legítima defensa (art. 15, II); el "miedo grave" o el "temor infundado e irresistible" de la ley vigente se sustituye por la "amenaza de sufrir un mal inminente y grave" (art. 15, IV); el estado de necesidad que en el Código aparece ligado con el miedo se convierte en excluyente autónomo. El exceso en la defensa deja de ser imputable a imprudencia dándole el carácter de causa atenuante, y se regula también el exceso en el estado de necesidad no previsto en el derecho vigente (art. 16).

En el concurso de delitos se establecen normas mejor sistematizadas y se adopta una terminología más científica: concurso real, delito continuado, concurso ideal. Se elimina el llamado por el Código en vigor "delito continuo", "aquel en que se prolonga sin interrupción, por más o menos tiempo la acción o la omisión que lo constituye (art. 19), que es el comúnmente denominado *delito permanente*, y cuya inclusión en el concurso de delitos no tiene justificación posible por estar dicho "delito continuo" constituido por una sola acción. El delito continuado se define en el Anteproyecto ciertamente como "aquel en que el hecho que lo constituye se integra con acciones plurales procedentes de la misma resolución del sujeto y con violación del mismo precepto legal".

A diferencia del Derecho vigente que establece su prescripción la reincidencia deja de ser prescriptible (art. 20) y como en aquel se mantiene también la estimación de las condenas sufridas en el extranjero, la llamada "reincidencia internacional." El concepto de habitualidad que se halla en el texto actual, si bien construido de modo defectuoso pues prescinde una de sus típicas características, que la repetición de infracciones denoten una tendencia a delinquir (1), a sido abandonado por el Anteproyecto. Desconozco las razones que hayan movido a sus redactores a eliminar la apreciación y tratamiento de la habitualidad criminal justamente prevista en los modernos códigos penales europeos y en no pocos americanos (Brasil, Uruguay, Cuba, entre otros), y que constituyen uno de los temas más candentes y actuales del derecho penal moderno.

El Anteproyecto establece como medios de protección contra el delito "sanciones y medidas de seguridad." El vigente Código sigue el mismo sistema dualista, pero no emplea la palabra "sanción": habla de "penas y medidas de seguridad". Las sanciones y medidas de seguridad contenidas en el Anteproyecto (art. 21) son las mismas salvo levísima diferencia, que figuran en el Código: I Prisión. II Reclusión de sordomudos y de los que sufran un proceso psicopatológico. III Confinamiento. IV Sanción pecuniaria. V Confiscación o destrucción de cosas peligrosas y nocivas. VII Amonestación. VIII Caución de no ofender. IX Suspensión o privación de derechos. X Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos. XI Publicación especial de sentencia. XII Vigilancia de la autoridad. XIII Prohibición de ir a lugar determinado. XIV Medidas tutelares para menores. XV Suspensión temporal total o parcial de las operaciones de una persona moral o disolución de ésta. XVI Las demás que fijen las leyes. Falta en esta lista la relegación, medida establecida en el Código penal que hoy rige, para los delincuentes declarados habituales, suprimida en el Anteproyecto como consecuencia de la eliminación de la habitualidad criminal.

(1) De modo más o menos manifiesto, algunos Códigos europeos requieren como requisito de la habitualidad criminal la tendencia a delinquir; el Código penal alemán (§ 20 a, introducido por Ley de 24 noviembre 1933) exige que de la total valoración del hecho resulte que el sujeto es un delincuente habitual peligroso, y la reiterada jurisprudencia del Reichsgericht declara que para que un delincuente sea declarado "habitual peligroso" es preciso, además de la repetición de delitos, la existencia de una tendencia interna a delinquir, proveniente de una fundamental predisposición de su carácter o adquirida gradualmente; el Código penal suizo (artículo 42) exige que el delincuente haya sufrido numerosas penas de privación de libertad y que manifieste una tendencia al delito.

De acuerdo con el Derecho actual, el Anteproyecto establece una pena de privación de libertad única, la prisión cuya duración será de tres días a treinta años. El problema de si deben mantenerse diversas clases de pena de privación de libertad, con modalidades de ejecución diferentes, o si, por el contrario, éstas deben unificarse en una sola pena, es hoy muy discutido, ya fué abordado con opuestos criterios en el Congreso Penitenciario Internacional de Praga de 1930 y recientemente la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria de Berna ha emprendido, con destino a la O. N. U., una información y un estudio de Derecho comparado sobre la unificación de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad. Méjico, a partir del Código de 1931, ha adoptado el criterio de la unificación, al que ha poco se ha sumado, en agosto de 1946, la referida Comisión Internacional. Lo importante es que la ejecución de la pena se adapte a la persona del delincuente, se individualice, y esto es también por completo factible bajo el régimen de la pena única de privación de libertad.

Bajo la denominación de "sanción pecuniaria" en el Anteproyecto y de "pena pecuniaria" en el Código comprenden ambos la multa y la reparación del daño (art. 29 del Código penal y 25 del Anteproyecto). Por consiguiente, la reparación de los daños del delito, salvo cuando deba exigirse a terceros, en cuyo caso tendrá el carácter de responsabilidad civil, posee el carácter de sanción penal y, más concretamente, el de la pena accesoria. En el Código de 1871 (arts. 301 y sigts.) (1), por el contrario, la reparación del daño tenía siempre el carácter de responsabilidad civil, pero esta regulación según parece, tuvo escaso éxito "En la práctica—dice Carrancá Trujillo—, muy pocas veces fué reconocida jurisdiccionalmente la obligación de reparar el daño líquido, proveniente de un delito", y añade que el propósito que persiguió el legislador de 1931, "al elevar, a parte de la pena pública, la reparación del daño, en la generalidad de los casos fué el de que el Ministerio público pudiera exigirla en beneficio del ofendido", sin embargo, que, según manifiesta, ha resultado "bastante eficaz pues si con el anterior muy escasas veces obtenía la debida indemnización el ofendido, con el último dicha indemnización es, a la verdad, muy frecuente"; pero no se le escapa al referido penalista que el nuevo sistema es "discutible ante el rigor de la crítica doctrinal" (2). Desde luego, merece ser destacado el hecho de que este sistema de regular la responsabilidad civil proveniente del delito es quizás exclusivamente méjicano, en el Código penal español, como es bien sabido, y en la mayoría o en la totalidad de los restantes países, ya se regule esta materia en el Código penal o por las leyes civiles, la reparación del daño del delito tiene carácter civil. Y aun en el mismo Méjico, si en gran número de Estados (Chia-

(1) La regulación de la responsabilidad proveniente del delito era en este Código prolija y minuciosa en demasía; sin embargo, había en ella normas de gran interés, como la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (artículo 331, III) y la de los Ayuntamientos (artículo 331, IV) por los delitos cometidos por sus funcionarios, empleados y dependientes.

(2) No se comprende por qué el Ministerio público no ha de poder exigir de oficio la reparación del daño cuando éste posea carácter civil. En España, como es bien sabido, no obstante el carácter civil que posee esta clase de responsabilidad, se exige de oficio por el Fiscal y en la sentencia, juntamente con la imposición de pena, se hacen los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil.

pas. Yucatán, Tamaulipas, San Luis de Potosí, Guerrero, Veracruz, Llave, Oaxaca, Chihuahua, Puebla, etc.) rigen en sus Códigos normas análogas a las del Código del Distrito Federal, los de otros Estados (Jalisco, Durango, Coahuila, etcétera), no obstante ser de fecha posterior a aquél, se apartan de su criterio de considerar como pena la reparación del daño. Esta postura universal, al dar a ésta un sentido extrapenal, es consecuencia de la doctrina imperante sobre esta materia, que diferencia bien netamente las consecuencias penales del delito de sus consecuencias civiles. Por otra parte, como la cuantía de la reparación no puede ser expresamente prevista por la ley para cada delito, ha de quedar al arbitrio del juzgador, y así lo establecen el art. 31 del Código y el 28 del Anteproyecto, por lo cual, dado su carácter de pena, esta regulación infringe el principio *nulla poena sine lege*, infracción que no existiría a la reparación del daño si se la otorgara el carácter civil que universalmente se la reconoce.

Las normas referentes a esta materia, salvo el nuevo precepto contenido en el artículo 26 del Anteproyecto, que declara quiénes tienen derecho a la reparación del daño, es idéntica a la del Derecho en vigor.

Como consecuencia de la desaparición de la valoración de la habitualidad criminal se suprime su sanción específica, la relegación que el Código en vigor establece conforme al texto introducido por el Decreto de 31 de diciembre de 1943.

En el artículo 61, relativo a la "Reclusión de sordomudos y enfermos mentales delincuentes", se sustituye la vieja terminología psiquiátrica, "locos, idiotas, imbeciles o los que sufran cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mental" (art. 68 del Código vigente), por otra más moderna y concisa, "los que sufran cualquier proceso psicopatológico permanente o crónico". El internamiento ("reclusión" dicen los textos mejicanos, el Código y el Anteproyecto, expresión que con gusto veríamos reemplazada por "internamiento", palabra desprovista de sentido penal) a que este artículo se refiere, tratándose de procesados, se llevará a cabo por el juez y por el órgano ejecutor de condenas, en el caso de sentenciados que padezcan un proceso psicopatológico transitorio, permanente o crónico.

La materia relativa a la prescripción queda en el Anteproyecto sistematizada de manera más perfecta, se regula también la prescripción del delito continuado y la del delito permanente (art. 98). El plazo de prescripción de las sanciones privativas de libertad nunca excederá de veinte años (quince años en el Derecho que hoy rige), ni bajará de cinco (art. 103); se acorta también el de la privación de derechos políticos y de derechos civiles que prescribirán la primera a los diez años, y la segunda a los quince, actualmente ambas prescriben a los veinte años. En esta misma materia se ha colmado una importante laguna del Código, el cual si no olvida declarar cuándo se interrumpe la prescripción de la pena no determina cuándo comienza a correr el término de la prescripción. El Anteproyecto establece que ésta comienza a correr desde el día siguiente a aquél en que el sentenciado se sustraiga a la acción de la autoridad, si las sanciones son privativas de libertad, y si no lo son, desde la fecha de la sentencia ejecutoria (art. 107).

Termina el Libro Primero del Anteproyecto con las normas aplicables a los menores delincuentes que reproducen las disposiciones del Código vigente. El

Anteproyecto establece expresamente la competencia de los Tribunales de Menores para la imposición de medidas protectoras (art. 110), mientras que el texto vigente no la declara, sin embargo, no obstante este silencio, conforme a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero común para el Distrito y Territorios Federales de 1934, son aquellos los competentes para la adopción de dichas medidas, existiendo actualmente gran número de Tribunales para menores, no sólo en la capital, sino en numerosas ciudades. Las medidas protectoras establecidas en el Código y en el Anteproyecto son en su esencia las contenidas en nuestra ley de Tribunales Tutelares de Menores. La única, pero importante novedad aportada por el Anteproyecto en esta materia es la introducción de la libertad vigilada, que no figura en el Código vigente.

Las modificaciones llevadas a cabo en el Libro Segundo, que define y sanciona los delitos, son abundantes, pero no todas de considerable trascendencia.

Se crea un título relativo a los "Delitos contra los Estados americanos", que pena las agresiones militares del extranjero contra la soberanía y la independencia de cualquiera de los pueblos americanos y la guerra agresiva de un pueblo americano contra otro (art. 113). Se modifica levemente el art. 129 del Código relativo al espionaje, incluyendo el relacionado con la energía atómica. Se ha suprimido el capítulo relativo a los "Delitos de disolución social" (arts. 145 y 146 del Código vigente introducidos por Decreto de 30 de octubre de 1941) y sustituido por un nuevo capítulo, rotulado "Delito político", donde se declara que serán consideraciones de carácter político "los delitos contra la seguridad del Estado, el funcionamiento de sus órganos o los derechos políticos reconocidos por la Constitución, excluyendo de esta clase de infracciones aquellos delitos "cuyo autor hubiese sido determinado por un motivo egoísta o innoble o hubiere llevado a cabo actos de terrorismo o contrarios al Derecho de gentes". Nótase aquí un feliz influjo de la doctrina encaminada a una justa restricción del concepto del delito político cuya desorbitada extensión ha ocasionado graves males, en particular en la práctica de la extradición y originando, al fin, una sana reacción internacional contra el terrorismo, especialmente concreta en el acuerdo de Ginebra de 1937.

Muy leves modificaciones en los "Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación" (denominados en el Código "Violación de inmunidad y de neutralidad") y en la "Evasión de presos". De mayor interés es la reforma del capítulo referente a armas prohibidas (arts. 151 y 152). Se suprime su taxativa enumeración y se sustituye, con manifiesta ventaja, por una amplia definición, en la que quedan comprendidas todas las que poseen este carácter, desapareciendo preceptos del vigente Código de carácter puramente reglamentario.

De más relevante importancia aún es el nuevo capítulo relativo a los "Delitos cometidos por los conductores de vehículos". En éste se sanciona como delito la violación de los reglamentos o disposiciones sobre tránsito y circulación de vehículos en lo que se refiere a exceso de velocidad cuando aquéllas se infringen dos o más veces en el lapso de dos años (art. 164); la conducción de automóviles estando el conductor en estado de embriaguez (art. 165), y los daños causados con estos vehículos (art. 166), normas en armonía con las establecidas en otros países (Inglaterra, Suecia Suiza, Bélgica, Estados Unidos, etc.).

Respecto de los delitos relativos a publicaciones obscenas, figura un nuevo artículo (art. 190) que dispone la disolución y supresión de las empresas cuando estos delitos fueren cometidos al amparo de una sociedad o con los medios que ésta proporcione. Se modifica la definición del delito de peculado (art. 207). En los "Delitos cometidos en la Administración de Justicia" se incluyen (art. 216) el encubrimiento de delincuentes, el de las huellas e instrumentos del delito y el realizado "en interés propio". En la "Usurpación de funciones públicas o de profesión" se amplifican y detallan las modalidades de este delito. Se introduce importante reforma en los "Delitos contra el comercio y la industria", definiéndose los actos de monopolio contrarios al interés social (art. 241), incluyéndose entre ellos el de la venta de artículos de primera necesidad a mayor precio del fijado por las autoridades competentes, hecho no previsto en el Código vigente.

En los delitos sexuales, en el estupro se rebaja la edad actual de dieciocho años a dieciséis (art. 252); se asimila al delito de violación el hecho de tener acceso con una mujer fingiendo ser su marido o "concubino" (art. 257). En los delitos de "Bigamia y matrimonios ilegales" se pena el hecho, no previsto actualmente, de contraer, usando violencia o engaño, matrimonio nulo o viciado por otros impedimentos dirimentes (art. 271), y se dan normas referentes a la prescripción de la bigamia (art. 272).

Leve reforma en la configuración del delito de amenazas (art. 275); en el allanamiento de morada se asimila a la entrada ilícita en la misma el hecho de permanecer ilícitamente en ella (art. 279).

Nueva y más exacta definición de las lesiones (art. 282); nueva redacción, sin alteración sustancial de sus diversas clases (arts. 283 a 287); se establece la impunidad de las lesiones de duración inferior a quince días cuando fueren causadas entre cónyuges, "concubinos", ascendientes, descendientes directos o hermanos cuando lo fueren en riña motivada por disensiones domésticas (art. 294). Entre las normas referentes al homicidio debe destacarse la acertada supresión del delito de disparo de arma de fuego sobre una persona (art. 306 del vigente Código, incluido en el capítulo del "Homicidio"); se establece el perdón judicial para el homicidio del cónyuge o "concubino" (el vigente Código sólo se refiere al cónyuge) o en caso de lesiones causadas a las mismas en el acto carnal (art. 303); se regula el homicidio "cometido por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima, ante la inutilidad de todo auxilio para salvar su vida" (art. 304). En el aborto debe señalarse la más perfecta configuración del cometido para ocultar la deshonra (art. 318).

Escasas son las innovaciones en los denominados "Delitos contra las personas en su patrimonio". Creo conveniente advertir que en el Derecho mejicano, no sólo en el Código vigente, sino en los Códigos de Martínez de Castro de 1871 y en el de Almenar de 1929, se emplea la expresión "robo" para designar lo que nuestros Códigos penales siempre han denominado "hurto", y que lo que nosotros llamamos "robo", es en la legislación de este país el robo agravado por la concurrencia de violencia. Se eleva la penalidad máxima impuesta a la tentativa de robo (art. 358). Se simplifica y sistematiza mejor el concepto de violencia (art. 360). El robo cometido por un "concubino" contra otro no se persi-

que sino a petición del agraviado (art. 364). Se suprime el robo necesario impune del art. 379 del Código vigente. Se simplifica y mejora la noción del abuso de confianza (art. 366). Se incluye un nuevo precepto que reputa como abuso de confianza la ilegítima posesión de la cosa retenida si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve, no obstante ser requerido por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta conforme a ley, disponga de la misma (art. 368). En el capítulo denominado "Fraude", en el que figuran muchas figuras de delito análogas a nuestras estafas, se alteran levemente los preceptos vigentes, entre ellos, mejorándolo considerablemente, el relativo a la usura (artículo 371. V). El capítulo del vigente Código "De los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso" se suprime, pues estas disposiciones quedaron derogadas por la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos de 31 de diciembre de 1942 (véase González Bustamante: *Alzamiento, quiebra y otras defraudaciones*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", 1949, abril-junio). Más perfecta sistematización del "Daño en propiedad ajena" (arts. 379 a 381).

Como decíamos, el Anteproyecto no representa una revolución del Derecho penal mejicano, pero conservando el mismo sentido pragmático del Código vigente, introduce en él considerable número de mejoras, muchas de ellas de profunda trascendencia. Es un trabajo legislativo que honra a la ciencia penal mejicana y en particular a sus autores, el ilustre penalista Sr. Lic. Luis Garrido Rector de la Universidad Nacional, Presidente de la Comisión Redactora, y a los Sres. Licenciados Porte Petit, Argüelles, y Suárez Arvizu.

Proyecto preliminar del Libro I del Código penal italiano reformado

ADOLFO DE MIGUEL GARCILOPEZ

Profesor Adjunto en la Universidad de Madrid

El profesor *Pietro Nuvoione*, catedrático en la Universidad de Parma, ha dado una conferencia en Plasencia, el 7 de noviembre de 1949, bajo el título "*Ombre e luci della riforma penale*", dedicada al proyecto preliminar del libro I del Código penal reformado, cuya Comisión redactora ya ha publicado acompañado de una exposición de motivos ("*relazione*").

Las novedades del proyecto—sometido al estudio de las Universidades, Cuerpos judiciales y entidades forenses—son bastante numerosas y sustanciales, hasta el punto de que en algunos pasajes los jueces y abogados italianos no reconocerán su viejo instrumento de trabajo.

El profesor Nuvoione enjuicia así la proyectada reforma:

"Las revisiones, sobre la marcha, no han sabido resistir la tentación de sistematizar topográficamente la materia según sus particulares concepciones científicas, y así se ha producido un verdadero terremoto, a cuyo final títulos, capítulos y artículos quecían en lugares sumamente diversos de los antiguos. ¿Era necesario este movimiento? La doctrina ha dicho siempre que un Código no ha de ser obra de ciencia, sino tan sólo de clara legislación...

Cada nuevo régimen político tiene la ambición de reformar los Códigos, y estos cuerpos de leyes, que deberían ser el documento austero de la estabilidad moral y jurídica de un pueblo tienen, por el contrario, el destino de las cosas efímeras, sin alcanzar la calidad de las cosas bellas.

Dieciocho años o poco más ha durado el Código penal Rocco; el acta de defunción, si bien momentáneamente suspendida, ha sido ya firmada para el Código de procedimiento civil aparecido en 1942. El Código penal no ha sabido resistir a la conmoción de la guerra y de la revolución política que han marcado su huella en las instituciones de nuestro país. Los "hombres nuevos", viejos y jóvenes, lo han sentado en el banquillo de los acusados. La inculpación, reiterada, es, sobre todo, ésta: estar inspirado en una severidad excesiva, como directa consecuencia de una dirección autoritaria del Estado, poco respetuosa con los derechos de los individuos. Y, a partir del 18 de septiembre de 1943 comenzó, de repente, la obra de demolición: Abolición de la pena de muerte, restablecimiento de la prueba de la verdad en materia de difamación, restauración de las agravantes genéricas, etc.

La amplia comisión nombrada en enero de 1945, se transformó, en febrero de 1949 en un comité ejecutivo restringidísimo (dos profesores de Universidad y tres Magistrados) y de este comité ha salido el Proyecto que ahora se discute.

El Código Rocco fué inspirado por dos criterios fundamentales: El de una severa represión de la delincuencia y el de una composición entre las opuestas tendencias de la Escuela clásica y de la escuela positiva que combatieron entre sí en Italia y fuera de Italia durante cerca de cincuenta años, en el nombre del libre arbitrio y de la pena-castigo, la una, y del determinismo materialista y de la sanción-defensa, la otra.

La aplicación del primer criterio llevó a la codificación de la pena de muerte, a una exacerbación de las penas detentivas, a una multiplicación de las circunstancias agravantes, a una notable extensión del principio de la responsabilidad objetiva (por el cual puede ser castigado, en ciertos casos incluso quien no sea culpable de un delito, tan sólo porque el mismo haya sido determinado por su acción). La aplicación del segundo criterio llevó al legislador de 1930 a asumir una posición fundamentalmente agnóstica frente al problema de la facultad de querer y a poner junto a la pena-castigo, sanción de una culpa, la medida de seguridad, sanción preventiva, por cuanto el delincuente a más de culpable es socialmente peligroso.

En sustancia, es difícil afirmar que estos dos criterios estaban ligados a la ideología fascista: Esta hizo más bien sentir su influencia en la parte especial del Código (delitos políticos, delitos contra la economía) y sobre todo, en el Código de Procedimiento penal que, efectivamente, con la exasperación del principio inquisitivo, con la aminoración de la actividad de los defensores, que lo caracterizan, no es compatible con una concepción liberal del Estado. Por el contrario, es bastante aventurado sostener que una más enérgica defensa contra la delincuencia sea característica sólo de un Estado autoritario: Un elemental estudio de Derecho penal comparado demuestra fácilmente lo contrario.

Los revisores han trabajado en sentido contrario a los dos criterios antedichos: han mitigado fuertemente el régimen de las penas y han debilitado el régimen de las medidas de seguridad. La primera dirección estaba impuesta por el clima político en que nació la exigencia de la reforma; la segunda respondía, por el contrario, a la orientación científica de los juristas encargados de la revisión y, en general, a la orientación ideológica de las fuerzas actualmente en el Poder, no favorables a las corrientes del positivismo.

Los resultados más importantes del trabajo, tal como aparecen del Proyecto, son los siguientes:

La imputabilidad moral vuelve al centro del sistema penal, que es dominado por el binomio culpa-pena; mientras la peligrosidad social y las correlativas medidas de seguridad, son rechazadas más y más al margen del Código, y los casos a que se pueden aplicar, son reducidos.

El rigor de la pena es fuertemente mitigado con expedientes varios: posibilidad de la libertad condicional, incluso para los condenados a ergástula, creación de nuevas atenuantes, aplicación de una pena compleja, muy inferior a la suma de las varias penas, en el caso de que un individuo sea condenado a un mismo tiempo por varios delitos.

Las hipótesis de responsabilidad objetiva han sido eliminadas casi por completo: de ahora en adelante, por ejemplo, el director de un periódico no responderá: "sólo por ésto", por los delitos cometidos por medio de la imprenta, sino únicamente (y ésta es una de las principales novedades del proyecto, peligrosa, por lo demás en ciertos aspectos) si la publicación fuere *debida a su culpa*; el cómplice responderá de los delitos más graves cometidos por sus socios, sin su voluntad, sólo en cuanto tales delitos sean debidos también a su imprudencia, negligencia etc.: el ebrio voluntario no deberá responder más de los delitos cometidos en estado de embriaguez como si fuese imputable; las circunstancias agravantes afectarán al reo sólo en cuanto fueran conocidas por él.

La figura del "*delincuente por tendencia*", esto es, del delincuente que en los delitos de sangre demuestra una "especial inclinación al delito" y, en consecuencia, debe ser considerado peligroso y, como tal, sometido a medida de seguridad, ha desaparecido en el proyecto: la ha sustituido la figura del "*delincuente particularmente perverso*", que muestra, ya en la denominación un acento destacadamente moralístico y antipositivista, para cuya integración son necesarios elementos más complejos, de tal suerte que hacen la mencionada norma de difícilísima aplicación.

Resultaría aquí fuera de lugar descender a más detalles. De esta sumaria ojeada es fácil sin embargo, reconocer que el comité ejecutivo ha elaborado un proyecto que, en diversos puntos, rebasa los límites de una simple revisión, en cuanto toca a los institutos cardinales del Código penal vigente; por lo que, por una parte, podemos preguntarnos si las pocas modificaciones estimadas sumamente urgentes no podría realizarse con aisladas disposiciones ("*novelle*") legislativas, sin trastornar el orden de la materia y, por otra, inquirir si las incisiones en profundidad llevadas a cabo no serían merecedoras de una más amplia discusión y no deberían encuadrarse en una ulterior meditación más amplia y segura de todo el sistema penal.

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Acerca del encubrimiento

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid,
Abogado de los I. C. de Valladolid, Burgos, Zamora y Madrid

SUMARIO: 1.º Supuesto de hecho.—2.º Calificación por el Tribunal “a quo”.—3.º Impugnación de la sentencia por el Ministerio Público.—4.º Algunos aspectos del encubrimiento en el Código penal español.—5.º Breve examen del número primero del artículo 17 en relación con el artículo 18, ambos del Código penal.—6.º Doctrina jurisprudencial.—7.º Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

1.º Supuesto de hecho

Los “hechos probados” rezan así: “Que en el mes de agosto de 1947, el procesado G. O. C., que ya ha sido condenado por hurto, atentado y otros delitos; se apoderó de una burra, cuyo propietario se desconoce, tasada en dos mil quinientas pesetas, que luego transmitió a su hermano Andrés, también procesado, recibiendo de éste cuatrocientas setenta y cinco, porque conocía la procedencia de la caballería” (S. 21 julio 1949).

2.º Calificación por el Tribunal “a quo”

La Audiencia enjuició los hechos, anteriormente narrados del modo siguiente: Condenó a G. O. C., como autor de un delito de hurto, previsto y penado en los arts. 514, núm. 1.º, y 515, núm. 3, ambos del texto punitivo vigente y absolvió a A. O. C., del mismo delito, de cuyo encubrimiento fué acusado por el Ministerio Público aduciendo como argumento decisivo que se consideraba “exento de responsabilidad conforme preceptúa el artículo 18 del Código penal vigente” (1).

(1) El artículo 18 dice: *Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos, o afines en los mismos grados, con sólo la excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior.*

3.º Impugnación de la sentencia por el Ministerio Público

De frente a la mentada decisión judicial se interpone y a su tiempo se formaliza el oportuno recurso de casación, amparado en el número primero del artículo 849 de la Ley rituaria criminal, por el Ministerio Público por entender que no se ha aplicado al procesado absuelto el número 1 del artículo 17 (2) en relación con el artículo 18, "porque el acto realizado por ese procesado, constituye, de una parte, un provecho del delito que conoce, y de otra, un auxilio al autor del mismo, lo que excluye expresamente de la excusa absolutoria de la Sala sentenciadora, por no haber tenido en cuenta la referencia del número 1 del dicho artículo 17".

4.º Algunos aspectos del encubrimiento en el Código penal español

Si exceptuamos la monografía de MOSQUETE sobre el encubrimiento (3), no disponemos de otra publicación análoga en la literatura penal española. MOSQUETE ha rendido, con ello, un buen servicio, no ya sólo porque trata las diversas dimensiones del tema, sino también porque le ha revalorizado en unos momentos de actualidad, en que se espera la promulgación de una nueva legislación de esta noción jurídicopenal, confiriéndola rango de delito independiente (4).

Acostumbran los autores patrios a desglosar los requisitos del encubrimiento, regulado en el artículo 17 del texto penal en la forma siguiente: a) *Conocimiento de la perpetración del hecho punible*; b) *Intervención con posterioridad a la ejecución del hecho penal*; c) *Que su conducta no sea de autor ni de cómplice*; d) *Participación en una de las formas taxativamente señaladas*. Y justamente la que viene a cuento es la del número primero del mentado artículo 17, que constituye la conocida expresión de la "receptación", ya que en ella el sujeto continúa, por decirlo así, la acción delictiva realizada por el actor principal, "aprovechándose por sí mismos, o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen, de los efectos del delito o falta" (5).

(2) El artículo 17, número 1, preceptúa: *Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración del hecho punible, sin haber tenido participación en él como autores ni cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:*

1.º *Aprovechándose por sí mismos, o auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta.*

(3) V. D. MOSQUETE MARTÍN: *El delito de encubrimiento*. Ed. Bosch. Barcelona, 1946.

(4) V. *Boletín de las Cortes* de 2 de julio de 1948.

(5) Nótese, en primer lugar, que se amplían en el texto reformado del año 1944 la base de la imputación a la "falta", siguiendo la línea establecida en el C. p. de 1848, y, de otro lado, se sustituye el vocablo "delito" por el de "hecho punible", con lo que igualmente se ensancha la incriminación a título de encubridores, según el profesor CASTEJÓN. V. su *Génesis y Breve comentario del Código penal de 23 de diciembre de 1944*, en el que nos expone la razón de la modificación: "Se extiende la responsabilidad criminal en las faltas a los encubridores, para evitar escandalosos casos de impunidad, de los que

En términos más concisos se traducen estos requisitos del párrafo primero del artículo citado en que la figura del encubrimiento requiere la existencia de un "hecho punible" y "conocimiento" preciso del mismo, de donde toma la fuerza constitutiva la culpabilidad del encubridor y una participación distinta en razón al "momento" de ésta, ya que la actuación del encubridor se configura tanto su naturaleza y como la finalidad de distinta manera a las de autor y cómplice.

5.º Breve examen del número primero del artículo 17 en relación con el artículo 18, ambos del Código penal

Descrita la naturaleza jurídicopenal del encubrimiento en el párrafo primero del artículo 17, el Legislador español enumera en tres apartados las varias clases de encubrimiento (6). Por lo que respecta al número primero del artículo 17 es bien fácil inferir que el texto punitivo español ha recogido la conocida figura de la "receptación", comprensiva a la par de dos modalidades. De una parte, lo que se aprovechan por sí mismo; de otro lado, los que auxilian a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta. Y si bien es discutible la esfera de extensión del término de "aprovechamiento" no cabe vuelta de hoja que tanto en una como en otra de las modalidades la posición del receptor se enlaza inmediatamente con la del autor principal. El propio contexto del precepto es bien claro a este respecto, puesto que a mayor abundamiento se utilizan unos vocablos de antemano valorados, desde el punto de vista penal, tales como "delincuentes", "efectos del delito o falta", es decir, que el individuo está penalmente situado en el mismo planotípicamente antijurídico que el autor principal.

Si ahora relacionamos esta explicación del número primero del artículo 17 con el artículo 18 sin perder, por supuesto, la narración de los "hechos probados" nos hallaremos con que el hermano del autor principal "conocía la procedencia de la caballería", rezan los "hechos", con lo que dicho se está que aparecen claramente entrevistados los ingredientes del número primero del artículo 17, toda vez que su actitud psíquica es de perfecto "conocimiento" del objeto hurtado, y, por ende, habrá que afirmar la culpabilidad del hermano A., inmediatamente conectada a un "hecho punible"—en este caso, un hurto—y además se aprovecha por sí mismo del efecto material—una burra—, la cual adquiere nada más que en cuatrocientas setenta y cinco pesetas, en consideración a la procedencia ilícita, siendo así que su valor era de dos mil quinientas pesetas.

puede presentars: como ejemplo la compra habitual de frutos hurtados a los medios rurales, y de objetos de poco valor, también hurtados en las ciudades" (pág. 30).

Y en cuanto al artículo 17, "rectifica en el primer párrafo "perpetración del hecho punible", y en los números 1 y 2 "del delito o falta", por castigar el artículo 12 a los encubridores de faltas" (pág. 31).

(6) Para un examen detenido véanse, entre otras obras, la ya cit. de MOSQUETE, página 45 y sigs., y FERRER SAMA: *Comentarios*, tomo II, pág. 71 y sigs.

A la vista del anterior enjuiciamiento no deja de sorprendernos, claro está, que el Tribunal de instancia cubra la conducta del hermano A., en la llamada en uno de los "resultandos" "excusa absolutoria" del artículo 18, cuya naturaleza jurídico-penal en forma de "excusa absolutoria" proviene de SILVELA, si bien un penalista tan agudo y maestro en nuestro pensar—RODRÍGUEZ MUÑOZ—la estimó como "una causa de exclusión de la culpabilidad." "En primer término cabría, incluso en tal artículo, la referencia a la exclusión del injusto de la conducta típica. Pero, en realidad, de lo que se trata es de una verdadera causa de exclusión de la culpabilidad y más concretamente de un reconocimiento en nuestro Código del principio de la no exigibilidad. Si pasamos la vista por los Comentarios de PACHECO sobre el artículo correspondiente en los Códigos de 1848 y 1850, puede percibirse sin dificultad la verdadera naturaleza del precepto que examinamos" (7).

Con la debida cautela con que debe contemplarse la "no exigibilidad" a modo de "ratio essendi" de ciertas causas excluyentes de culpabilidad como de alguna que otra eximente, es indudable que en este particular aspecto excluyente de pena, del artículo 18, no tendrá eficacia de ninguna clase—a tenor del razonamiento de PACHECO y del fundamento político-criminal de la "no exigibilidad"—desde punto y hora en que la persona comprendida realizare alguna acción inscribible en el número primero del artículo 17, por la sencilla y elemental observación de que con ella desvirtúa por entero la "ratio" de la exculpación de pena, descrita en el artículo 18. De aquí que el texto legislativo español, con un sentido jurídico digno de encomio, en la última parte del mismo, nos dice: "*con sólo la excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior*", puesto que con esta salvedad el ordenamiento punitivo vigente establece rigurosamente la frontera delimitadora entre lo permitido por razón de parentesco y lo que no cubre de exención de pena, ni tan siquiera la fuerza actuante de una relación afectivo-familiar, ya que se atentaría contra el juicio y fundamento del ejercicio punitivo.

(7) V. E. MEZGER: *Tratado*, tomo I, 2.^a ed. Madrid, 1946, pág. 166. En cuanto a lo que nos dice PACHECO, bueno será recoger los pasajes siguientes: "Concluye este artículo (se referiré al artículo 14) con un nuevo e importante párrafo, eximiendo de las penas impuestas a las encubridores a varias personas, o categorías de personas, que declara. Tales son los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, o afines en los mismos grados, de los principales reos.

También era esto justo e indispensable. La Ley social no puede ni romper ni prescindir de las leyes de la naturaleza. Su deber es, por el contrario, fortificarlas. El padre tiene que destruir las cartas que comprometen a su hijo; la madre tiene que lavar la sangre que le acusa; el hermano, si es su carcelero, tiene que abrirle la puerta de la prisión. Aunque haya matado al Rey, su mujer no puede cerrarle su habitación, mucho menos delatar su presencia." V. PACHECO: *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, Madrid, 1848, pág. 291.

Y en cuanto a la "no exigibilidad" sólo nos interesa recordar la monografía más reciente al tema, debida a SCARANO, y por nosotros comentada en este ANUARIO. Véase L. SCARANO: *La "non exigibilità" nel Diritto penale*. Casa edit. Libreria Humus. Napoli, 1948; DEL ROSAL, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo I, fasc. II, página 317.

6.º Doctrina jurisprudencial

Entra ya en los límites de la realización práctica de los preceptos lo de fijar el alcance y medida del parentesco establecido en el artículo 18 en referencia al encubrimiento del artículo anterior. Entre las recientes sentencias vale la pena anotar la de 18 de enero de 1947, en la que se explica detalladamente la noción del encubrimiento que, “mientras no se incorpore—afirma—a la Legislación penal patria como delito autónomo, constituye el último peldaño de la escala de la codelinquencia, un grado de participación extensiva y no directa en el delito consumado sin la intervención del receptor, supone actividades que aisladamente, con abstracción del delito perpetrado, nada representan y hasta pueden entrañar actos perfectamente lícitos porque su ilicitud y punibilidad nacen cuando se ponen en relación con un hecho delictivo anteriormente ejecutado y éste es el concepto legal de esta forma de delinquir que, por decirlo así, completa y perfila la infracción mediante actos encaminados a facilitar el aprovechamiento o favorecer la impunidad”...; “el que encubre no crea el delito base de la calificación jurídica que afecta a los codelinquientes, sigue sus huellas, lo conoce y conociéndolo lo participa a “posteriori” en casos como el de autos, aprovechándose en más o en menos de sus efectos y su responsabilidad no se degrada”... Desde luego, no cabe duda de ningún género que la exención de pena, del artículo 18, no extiende su liberación al pariente que realiza una acción, subsumible—decíamos anteriormente—en el número primero del artículo 17. Pero cabría preguntar: ¿hasta dónde exculpa el lazo de parentesco?, ¿qué acciones cubre de exención, exceptuado el número expresamente señalado en el artículo 18? La respuesta nos la da, entre otras, por ejemplo, la “S. de 22 de abril de 1922”, en la que se declara exenta de pena por encubrimiento a la mujer que invirtió las cantidades sustraídas por el marido en cumplir sus obligaciones como mujer casada, no apareciendo probado que el dinero lo gastase deliberadamente para sí. Con sobrada razón ha expuesto FERRER SAMA, a propósito de esta decisión judicial, que “este criterio puede resultar justo en determinados casos, pero no puede formularse con carácter general, pues si la mujer o los hijos se benefician en realidad de los efectos del delito cometido por el padre, sabiendo el origen del dinero, o no hay razón alguna para aplicarles la exención de penalidad o si existe alguna habría de fundamentarse en la concurrencia de una situación de necesidad. Si tal situación no se da y la familia emplea conscientemente el producto del delito en mejorar sus condiciones de vida, los miembros de ella, deben ser penados como encubridores” Nos parece correcta esta opinión de FERRER (8).

Ya que con ello se está de pleno dentro de la mecánica de funcionamiento del encubrimiento, tal como parece regulado en el Código, puesto que “el concepto jurídico de encubrimiento requiere como elemento pri-

(8) V. A. FERRER SAMA, obra cit., pág. 101.

mario, según el artículo 17 del Código penal, el conocimiento previo de haberse cometido el hecho punible, sin cuyo requisito, común a las tres prevenciones del precepto, faltaría la malicia o voluntariedad de encubrir, que es nota típica de la delincuencia, respecto de todos sus partícipes" (S. de 25 de octubre de 1948) (9). Y continúa esta interesante Sentencia diciéndonos que "también puede darse el caso de una mera noticia parcial del hecho mismo, cual en el de autos, donde el comprador sabía la procedencia ilegítima de la rueda que adquirió valorada en menos de 250 pesetas, pero no consta supiese el hurto de la bicicleta entera, de precio superior a dicha cifra"; "y aunque sea regla general la de que el adquirente de algo de lo substraído incurre en la responsabilidad propia de encubrir el delito de hurto dentro de su total cuantía, quiebra el principio conforme a la definición del encubrimiento cuando quien compra ignora hurtase el autor cosas distintas, pues de admitirse otra doctrina contraería responsabilidades más extensas de las que determinan su propósito limitado de infringir la ley y su actos externos acordes con esa idea de reducidas proporciones" (10).

Con esta declaración judicial, la Sala Segunda del Tribunal Supremo reafirma, una vez más, la inexcusable existencia de la culpabilidad, vértebra esencial del hacer delictivo, radicada en el "conocimiento de la perpetración del hecho punible", con lo que asienta la naturaleza penal del encubrimiento en una firme y perdurable forma dolosa, bien consecuente con la propia expresión legislativa del artículo 17.

(9) V. JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ SERRANO: Jurisprudencia penal correspondiente al tercer cuatrimestre de 1948, en el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, tomo I, pág. 549.

(10) En el resumen anteriormente citado de GONZÁLEZ SERRANO aparece una nota sumamente acertada, nacida de una aguda observación a la sentencia que transcribe en el texto. Por su interés no está de más que la recojamos. Dice así: "En nuestra técnica legislativa, el encubrimiento es un grado de participación en la responsabilidad criminal por un hecho delictivo. Así lo reconoce la citada sentencia de 20 de diciembre. Basada la responsabilidad en la condición "voluntaria" de la acción, se exige, en consecuencia, un conocimiento del hecho delictivo. Pero la responsabilidad nunca deriva de una exactitud o acierto del acto de nuestra inteligencia. Jamás lo acontecido corresponde exactamente a lo pensado. Y, sin embargo, responde de todo lo acontecido. La responsabilidad discurre por la trayectoria no de lo pensado, sino de lo que se nos puede imputar de querido, en sí o en sus consecuencias. Y surge en cuanto lo querido puede tacharse de ilegal. Pues sin duda que por análogo argumento el encubridor responde en cuanto quiere adherirse a un acto ilegal, aun cuando no sepa el alcance de tal ilegalidad. Pero llevada a la realidad esa exigencia, que resulta lógica al incrustar el encubrimiento en la participación, resulta también dura. En la Memoria de la Fiscalía del Supremo de 1947 se alude a un Fiscal que hubo de hacer uso del artículo 2.º del Código penal: un sujeto adquirió en cuantía insignificantes objetos cuya procedencia ilícita le constaba, pero ignoraba que procedían de un robo con homicidio!

La sentencia reseñada del 25 de octubre marca horizontes nuevos; salva al encubridor, según ella, sin ignorancia de que el autor hubiese hurtado otras cosas; esto es, tanto como liberarlo por su ignorancia en la cuantía del hecho delictivo, pese a la alusión que la sentencia hace respecto a esa cuantía; la cuantía de lo hurtado está no sólo en el cuanto de cada cosa hurtada, sino también en el cuanto de las cosas hurtadas. Pues si el fallo libera al encubridor por su ignorancia en la cuantía, ¿qué trato ha de merecer su ignorancia en la calidad o complejidad del delito?" (V. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo I, págs. 549-550.)

La doctrina jurisprudencial ha indicado cómo la exención de pena del artículo 18 no alcanza más que a las personas taxativamente aludidas en el precepto (11). Y siguiendo la dirección anteriormente señalada, ha subrayado la necesidad del “conocimiento” del hecho punible para llegar a la conceptualización del encubridor (12).

7. Exposición del fallo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Alegada por el Ministerio Fiscal tanto en el escrito de formalización del recurso como en la vista el motivo de casación, fundado en él falta de aplicación al procesado absuelto del número primero del artículo 17, la competente Sala de casación de lo criminal, razona su fallo, acogedor de la tesis Fiscal y, por tanto, declarativo de la admisión del recurso, en la forma siguiente: “Que entre las modalidades del encubrimiento figura en el número primero del artículo 17 del Código penal, la de aprovecharse por sí de los efectos del delito como lo hizo el procesado absuelto A. O. C., quien adquirió de su hermano a bajo precio el semoviente producto del hurto, pese a conocer su procedencia ilegítima, sin que valga incluirle dentro de la excusa absolutoria del artículo 18, según mantiene de manera errónea la Sala de Instancia, porque dicho último precepto lo exceptúa de la regla general sobre irresponsabilidad de los encubridores de parientes, en atención a que deben sancionarse cuantas personas se lucren del acto punible o faciliten el lucro de otras, le unan o dejen de unirse con ella vínculos de cercano parentesco.”

En este parvo y claro “considerando” de la decisión de casación recoge la postura que desde PACHECO hasta ahora prevalece en punto a la correcta interpretación de la “no exigibilidad” del artículo 18, toda vez que esta “causa” no exculpa hasta el extremo de que el parentesco cree un fundamento de impunidad, que contradiga la finalidad de la justicia punitiva, cual sería, por ejemplo, sacrificar al vínculo familiar el aprovechamiento y lucro de los “efectos” del acontecimiento delictivo.

Así, pues, en la nueva sentencia se enjuician los “hechos probados” así: “Que el procesado A. O. C., incurrió en la forma de encubrimiento número primero del artículo 17 del Código penal, ya que “conocedor del hurto, se aprovechó personalmente de la cosa hurtada” por comprar a menos de la quinta parte de su valor y no evitar la responsabilidad común para los encubridores la circunstancia de parentesco con el autor del delito, pues “cuantos actúen de la manera que él actuó quedan fuera del beneficio” que establece el artículo 18 y deben sufrir las sanciones correspondientes” (13).

(11) V. sentencias 10 julio 1882.

(12) V. 15 noviembre 1921; 1 diciembre 1900 y 27 diciembre 1910. V. sentencias 18 enero 1947, 26 marzo 1947, 10 julio 1947 y otras.

(13) Ha sido ponente el Excmo. señor Magistrado D. Francisco Díaz Plá.

La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal, Juez de Menores de Madrid

SUMARIO: *a)* Significado del término legal "privada de razón o de sentido", empleado por el artículo 429 en su párrafo segundo.—*b)* Concepto de la menor edad de doce años en el sentido del párrafo tercero del citado artículo 429.—*c)* El conocimiento de dicho estado de privación, por parte del sujeto activo, como elemento de la culpabilidad.—*d)* La circunstancia de preterintencionalidad en el delito de violación.

En Madrid, a 3 de enero de 1949, en el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el señor Fiscal contra la sentencia pronunciada por la Audiencia de ..., en la causa seguida a L., B. y F. por violación.

RESULTANDO: Que la citada sentencia de fecha 10 de mayo de 1946, contiene el siguiente primer Resultando: Que en las primeras horas de la noche de un día no precisado del mes de marzo de 1944, los procesados J., B. y F., sabedores de que en la casa de campo en que habita el segundo, sita en el término municipal de..., pernoctaba casualmente F., de dieciocho años, de buen aspecto, aunque retrasada psíquicamente, pues su mentalidad ha sido fijada por peritos médicos en unos ocho años, puestos previamente de acuerdo, entraron en la habitación donde se encontraba ésta y, con la aquiescencia de la misma, consiguieron yacer con ella, creyendo todos que verificaban un acto, aunque ilícito, normal, frecuentemente realizado a cambio de pequeñas remuneraciones, por la F. Hechos probados.

RESULTANDO: Que dicho Tribunal condenó a J., B. y F. como autores, con una circunstancia atenuante muy calificada, de un delito de violación, previsto y sancionado en los números 2.º y 3.º del artículo 431 del Código penal de 1932, a cuatro años de prisión menor a cada uno, con las consiguientes accesorias y pago de costas:

RESULTANDO: Que fundado el señor Fiscal en el número primero del artículo 349 de la Ley procesal, cita como infringidos, por aplicación indebida del artículo 431 del Código penal de 1932 (429 del vigente de 1944), toda vez que para que pueda ser aplicado el número 2.º del repetido artículo 431 exige que se halle privada de razón o de sentido la mujer al ser víctima del atentado contra su honestidad, pero no de un modo parcial o li-

mitado, si no de manera total, no dándose tal grado de extensión en el estado mental de la perjudicada por los hechos objeto de este recurso, los que, por otra parte, fueron realizados con su aquiescencia, dándose, además, por probado que a ello se prestaba frecuentemente a cambio de pequeñas remuneraciones, pudiendo afirmarse que el consentimiento otorgado en el caso de autos lo fué voluntariamente y con conocimiento real, aunque limitado, del alcance del acto a que se prestó. En cuanto a la aplicación del número 3.º del expresado artículo, basta su lectura para afirmar su improcedencia, ya que su contenido no admite analogía, ni equivalencias, y solamente se habrá de tener en cuenta, para poder aplicarse la edad de la perjudicada, que fija en doce años, y como la sentencia declara que F. tenía dieciocho, es visto que no pueden encuadrarse en el expresado número los hechos probados, para estimarlos, con arreglo a él, constitutivos del delito calificado con evidente error, pudiendo afirmarse en conclusión, que los hechos que se dan como probados no ofrecen elementos para estimarlos como constitutivos del delito y al entender lo contrario, el Tribunal sentenciador ha incurrido en error, determinante de la infracción ya señalada. Y subsidiariamente, para el caso de que la Sala no estime el motivo precedente, cita también como infringida, por aplicación indebida, la circunstancia cuarta del artículo 9.º del Código penal, ya que, aún en el supuesto de que los hechos fueran constitutivos del delito de violación, cometido en la forma y términos que afirma el hecho probado y habida cuenta de las circunstancias concurrentes en la perjudicada, que han de suponerse, dada la frecuencia con que se prestaba a la realización de torpes actos, es evidente que los realizados con ella por los procesados no causaron daño material alguno, por lo que no es posible la aplicación de la circunstancia de preterintencionalidad, ya que no cabe hablar de mayor o menor gravedad cuando ninguno se ha producido por el delito.

RESULTANDO: Que la representación de los recurridos se instruyó del recurso y lo apoyó en el acto de la vista.

CONSIDERANDO: Que la cuestión jurídica que se plantea por el Ministerio Fiscal en el primer motivo de este recurso, al amparo del número primero del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, queda circunscrita a discernir sobre si en los hechos probados de la sentencia recurrida se contienen los elementos "de facto" necesarios para integrar las situaciones a que se refieren los casos segundo y tercero del artículo 431 del Código penal de 1932, como entendió el Tribunal de instancia y aplicó a los procesados, como vigente en la ocasión de autos, o si, por el contrario, en los hechos probados no se encuentran los elementos precisos para integrar la infracción penal que definen y sancionan dichos casos y preceptos punitivos, como sostiene dicho recurrente:

CONSIDERANDO: Que la situación en que se encuentra la mujer ofendida, a que se contrae el citado caso segundo, de "hallarse privada de razón o sentido por cualquier causa", por la extensión que presupone el verbo "privar" empleado, dado su sentido gramatical, de despojar, quitar o suspender a una persona de una cosa que poseía, implica la falta total de

razón o sentido, que es a lo que se contrae el citado caso, situación ésa en que no puede decirse se encontrase, en el caso de autos, la mujer ofendida, de dieciocho años de edad, por el solo hecho afirmado de ser una retrasada mental, ya que el consentimiento de ésta ha de reputarse consciente y voluntario, aunque limitado, mientras no aparezca acreditado que ese retraso es equiparable al del idiota o imbecil de primer grado, estado que no puede tenerse por apreciado, procesalmente, por el solo hecho de decirse en los probandos que su mentalidad había sido fijada por peritos médicos en unos ocho años, pues ello, por sí, sólo supone la opinión de esos facultativos, pero no que el Tribunal, en su conciencia, así lo estimó como probado, y dada la forma de su expresión, y, de igual modo, tampoco puede ser de aplicación a los hechos probados, por no estar en él comprendidos, el citado caso tercero, toda vez que éste se refiere únicamente a la mujer menor de doce años de edad física, y, como queda dicho, en los hechos probados aparece sentado que la mujer que se dice ofendida tenía dieciocho años de edad en la ocasión de autos, y que realizó el acto del coito con los procesados prestando su aquiescencia, como frecuentemente era realizado por ella, a cambio de pequeñas remuneraciones; y, por último, y en definitiva, porque en ninguna parte de la sentencia impugnada se encuentra afirmado, ni de lo que es puede deducirse de modo indiscutible que ese retraso mental de la supuesta violada fuese aprovechado o, por lo menos, conocido por los procesados al yacer con la misma, como sería preciso para la existencia del delito de violación por el que se les sanciona, procediendo, por cuanto queda expuesto, acoger este recurso por su citado primer motivo y casar y anular la recurrida:

CONSIDERANDO: Que alegado el segundo motivo de este recurso con carácter subsidiario, y para en el caso de que no se estime el primero, y acogiendo éste, es obvio resulta innecesario entrar y discernir sobre la indebida aplicación de la circunstancia atenuante que fué apreciada en la instancia que en él se plantea;

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, por su primer motivo, y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia de ..., con fecha 10 de mayo de 1946, en causa seguida a J..., B... y F... por violación; declaramos de oficio las costas procesales, y comuníquese esta sentencia y la que a continuación se dicta a la referida Audiencia, a los efectos legales procedentes.

CONTACTO CARNAL CON MUJER MENTALMENTE RETRASADA

Verdadero interés ofrece esta sentencia por cuanto las cuestiones que en la misma se tratan no siempre han sido apreciadas con el mismo criterio por parte de nuestro Tribunal Supremo.

Tales cuestiones se refieren a los siguientes puntos, todos ellos de gran relevancia, en la doctrina del delito de violación:

a) Significado del término legal "privada de razón o de sentido...", empleado por el artículo 429 en su párrafo segundo.

b) Concepto de la menor edad de doce años en el sentido del párrafo tercero del citado artículo 429.

c) El conocimiento de dicho estado de privación, por parte del sujeto activo, como elemento de culpabilidad.

d) La circunstancia preterintencionalidad en el delito de violación.

Veamos cómo se consideran las indicadas cuestiones en la sentencia que comentamos.

1

Significado de la expresión del párrafo segundo del artículo 429

Sin hacer en este lugar un comentario completo que abarcase la serie de problemas que plantea la interpretación de este apartado legal, haremos de ceñirnos concretamente al punto resuelto por la sentencia a que nos referimos, o sea a la determinación de si en casos de retraso mental del sujeto pasivo puede estimarse que tal mujer se encuentre privada de razón o de sentido a efectos de la existencia del delito de violación.

No es la primera vez que el Tribunal Supremo se manifiesta sobre tan delicado extremo, marcándose dos tendencias sobre el particular, pues mientras algunas sentencias se inspiran en el criterio de que no es preciso que la carencia de razón sea completa (1), criterio que en el terreno doctrinal vemos defendido por Cuello Calón (2), otras, y entre ellas la que comentamos, desechan la existencia de violación en supuestos de simple retraso mental (3).

La apuntada disparidad de opiniones es, no obstante, más aparente que real, obediendo tal fenómeno a la índole de la cuestión planteada, ya que, como siempre que de la apreciación de estados psíquicos se trata, lo que realmente ocurre es que resulta imposible establecer normas generales, debido a la gran variedad de hipótesis que se ofrecen ante los Tribunales, dándose el hecho de que de dos supuestos, ambos diagnosti-

(1) Sentencia de 19 de noviembre de 1930. (Comete violación el que yace con una mujer que no tiene normalmente desarrolladas sus facultades mentales, máxime si emplea amenazas). Igualmente en la de 15 de octubre de 1931, y por último, en el mismo sentido, la de 25 de febrero de 1948, en la cual se castiga como reo de violación al que yació con una mujer de dieciocho años, débil mental, en zona equidistante entre la imbecilidad y la torpeza mental, con una edad psíquica de ocho años y diez meses, estado mental que disminuye notablemente la capacidad para la valoración de los actos.

(2) CUELLO CALÓN: *Derecho penal*, tomo II (1949), pág. 534.

(3) Según la sentencia de 4 de marzo de 1935, no comete este delito el que yace con mujer que acude a su domicilio aunque padezca enfermedad mental que equipare su razón a una niña de diez años, pues el precepto se refiere a carencia de razón, lo que no ocurre en el retraso mental, cuyo consentimiento es consciente y voluntario, aunque limitado.

cados psiquiátricamente como de retraso mental, uno de ellos se manifieste con tales caracteres que pueda calificarse positivamente en relación con el repetido apartado segundo, mientras que el otro no se estime como caso de carencia de razón o de sentido a efectos del delito de que tratamos. Y es que de ordinario no resulta suficiente el simple diagnóstico diferencial, habiendo de profundizarse hasta conocer el grado en que la específica anormalidad se presente y las circunstancias en que la conducta ha tenido lugar.

Ahora bien: dentro de lo que cabe precisar cuando en términos generales se habla de conceptos psiquiátricos, hemos de manifestar que, a nuestro modo de ver, no es acertado calificar el retraso mental de estado que prive al sujeto de razón o de sentido.

Lo que realmente ocurre es que, manifestándose la debilidad mental como forma más leve de las oligofrenias, junto a las formas más graves (imbecilidad e idiocia), y aunque no se trate sólo de una cuestión de grado, pues los casos nucleares tienen caracteres propios, las transiciones son tan graduales que se hace difícil a menudo establecer el límite con justeza (4).

Así, en muchas ocasiones, lo que parece disparidad de criterio judicial no obedece sino a diferencia de criterio en la formulación del diagnóstico psiquiátrico.

Para que el retraso mental pudiera comprenderse en la fórmula típica del apartado segundo del artículo 429, sería necesario que dicho retraso fuese tal que anulase las facultades intelectivas, en cuyo caso ya nos encontraríamos ante uno de los dos grados superiores de la oligofrenia (imbecilidad o idiocia), y no ante una simple debilidad mental (5).

El primer considerando formula esta doctrina al destacar como "por la amplitud que supone el verbo "privar" empleado, dado su sentido gramatical de despojar, quitar o suspender a una persona de una cosa que poseía, implica la falta total de razón o de sentido, que es a lo que se contrae el citado caso, situación ésa en que no puede decirse se encontrase en el caso de autos la mujer ofendida, de dieciocho años de edad, por el solo hecho afirmado de ser una retrasada mental, ya que el consentimiento de ésta ha de reputarse "consciente y voluntario, aunque limitado", mientras no aparezca acreditado que ese retraso es equiparable al de "idiota o imbécil" de primer grado...".

II

Concepto de la menor edad de doce años en el sentido del párrafo tercero del artículo 429

Deséchase también en la sentencia la tipificación de la conducta en el apartado tercero del artículo 429, " toda vez que éste se refiere única-

(4) ALBERCA LORENTE: Comentario al apartado primero del artículo 8.º del Código penal, en *Comentarios de FERRER SAMA*, tomo I, pág. 113.

(5) Vid. ALBERCA LORENTE, *trab. y lug. cit.*, pág. 110.

mente a la mujer menor de doce años de edad física, y, como queda dicho en los hechos probados, aparece sentado que la mujer que se dice ofendida tenía dieciocho años de edad en la ocasión de autos, y que realizó el acto del coito con los procesados prestando su aquiescencia, como frecuentemente era realizado por ella a cambio de pequeñas remuneraciones”.

Con el mayor acierto resuelve el Tribunal Supremo la cuestión debatida, resultando verdaderamente audaz la tesis contraria, o sea, la de la sentencia recurrida, al interpretar con inconcebible amplitud los términos del enunciado contenido en el tan repetido apartado tercero.

La figura de dicho apartado es calificada generalmente de “violación presunta”, concepto éste que teniendo su origen en la doctrina de Carpozovius (6) ha venido aceptándose por la mayoría de los escritores.

La teoría de la presunción se funda sobre el argumento “*velle non potuit, ergo noluit*”, es decir, el menor, como el loco, son incapaces de consentir, luego disienten: el abuso fué cometido con su disentimiento, luego es violento (7).

No faltan penalistas disidentes, entre ellos, como más autorizados, Carrara, que opone a la teoría de la presunción de violencia un fuerte razonamiento: “No es verdad—dice—que en el niño o en el mentecato falte siempre el consentimiento.” “Puede faltar—añade—su capacidad de consentimiento jurídico, no de consentimiento natural.” Capaces naturalmente son también los niños y los dementes, los cuales debaten y gritan y usan de toda su fuerza cuando no quieren soportar una cosa desagradable. Ahora bien; no obstante tal capacidad, al menos en ciertos casos, la ley no presume, sino que “supone” violento sin más el ayuntamiento carnal con aquellas personas, por la especial tutela penal debida a las mismas y por la mayor perversidad que manifiesta aquel que abusa de estos infelices, tratándose más que de una “presunción” “*juris et de jure*”, de una “ficción”. Se “finge”, pues, violento un acto carnal que no es tal (“*praesumitur super verum, fingitur super falsum*”), para recordar a los lujuriosos el deber de respetar a cierta categoría de seres más necesitados de la defensa por parte de la ley (8).

Trátase de una ficción o de una presunción “*juris et de jure*”, es evidente que jamás resulta admisible ampliar el concepto de menor edad de que en el apartado tercero se habla a la edad mental, apreciada psiquiátricamente, pues con ello se incurriría en la más extensiva interpretación de la ley en perjuicio del reo.

Como dice Alberca Lorente, refiriéndose a los distintos métodos de apreciación de la edad mental (Terman Binet-Simon, Rossolimo, etc.), es preciso reconocer “que esa ordenación, útil por tan tajante, es también—ya que no imprecisa—esquemática y artificiosa. Y ha de utilizarse sabiendo que cuando decimos que un adulto tiene ocho años de edad mental,

(6) CARPOZVIUS: *Práctica criminal*, cuest. 75. núm. 39.

(7) MAGGIOR: *Principii di Diritto penale*, II (1941), pág. 470.

(8) CARRARA: *Programma*, parag. 1.491 y sigts.

no queremos decir, precisamente, que es como un niño de ocho años, pues éste tiene por delante la posibilidad de mejores adquisiciones, y el oligofrénico la mejor realización de ciertos actos banales de la vida diaria: aquél puede escribir más sueltamente, y el oligofrénico es capaz de dar con más soltura todos los pequeños pasos para realizar un viaje por ferrocarril. Por otra parte, hay que contar siempre con que los "tets" son medidas demasiado frías, y que no basta conocer el estado de la inteligencia o de la memoria, o del psiquismo entero ante las pruebas, sino actuando ante la vida misma, lo que—como recuerda Gottschadt—es cosa bien distinta (así, un débil mental puede actuar como normal o casi si las necesidades de su actuar no son demasiado altas—pastor, por ejemplo—, y fracasar ruidosamente si se empeña que desempeñe un alto puesto en un Banco). Y aun es posible que haya que rebajar un poco las cifras primitivas, al menos para ciertos ambientes, si se recuerda que las investigaciones de Banús y Aldama pusieron de manifiesto que entre cien españoles normales—que se bastaban a sí mismos y vivían de acuerdo con las leyes—catorce tenían una edad mental entre nueve y once años, y treinta y dos entre once y trece años, de lo que concluyeron que la edad media del adulto normal español estaba entre los once y trece años" (9).

Si se interpretase el párrafo tercero del artículo 429 según el criterio sustentado por la sentencia recurrida, nos encontraríamos ante un delito de violación en la inmensa mayoría de los casos de coito con prostitutas, pues si, según acabamos de ver, las investigaciones de Banús y Aldama ponen de relieve que la edad mental media del adulto normal, entendiéndolo por tal el que se basta a sí mismo y vive de acuerdo con las leyes, oscila entre los once y los trece años, pensemos cuál sería el resultado de una estadística que se elaborase sobre la edad mental de tal clase de mujeres.

III

El conocimiento por parte del sujeto activo del estado mental o de la menor edad de doce años del sujeto pasivo

Destácase también la necesidad de este fundamental elemento de culpabilidad en las dos figuras de violación a que se refiere la sentencia al decirse en el segundo considerando: "... y por último, y en definitiva, porque en ninguna parte de la sentencia impugnada se encuentra afirmado, ni de lo que es puede deducirse de modo indiscutible, que ese retraso mental de la supuesta violada fuese aprovechado o, por lo menos, conocido, por los procesados al yacer con la misma, como sería preciso para la existencia del delito de violación por el que se les sanciona..."

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 15 de octubre de 1931, de claró también que no cometió violación el que yace con una deficiente mental desconociendo su estado.

(9) ALBERCA LORENTE. ob. y lug. cit., pág. 114.

Ahora bien; tratándose como se trata de un elemento del dolo genérico de este delito, y no señalándose por el tipo la exigencia de dolo específico alguno, entendemos que el conocimiento de dichos extremos debe presumirse con la presunción "juris tantum" consignada en el párrafo segundo del artículo primero del Código, siendo excluida la culpabilidad por razón de error cuando resulte esta situación anímica suficientemente probada y sea calificada de error invencible, pues en caso contrario quedaría subsistente la responsabilidad a título de culpa (10).

En este aspecto no estamos totalmente conformes con la doctrina que viene a mantenerse en el segundo considerando de la sentencia, pues de los términos en que el mismo está redactado parece desprenderse que el Tribunal Supremo estima necesaria la prueba, por parte de la acusación, del conocimiento de la edad o del estado mental de la víctima.

IV

La circunstancia atenuante de preterintencionalidad en el delito de violación

No se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo en orden al segundo motivo alegado por el Ministerio Fiscal en su recurso con carácter subsidiario, ya que a ello no hubo lugar al ser estimado el primero.

No obstante, resulta digno de algún comentario el acertado criterio del Ministerio Público, ya que, efectivamente, no cabe hablar de mayor o menor gravedad del mal cuando, como en el caso de autos, los procesados no causaron daño material alguno, "habida cuenta de las circunstancias concurrentes en la perjudicada, dada la frecuencia con que se prestaba a la realización de torpes actos..."

La sentencia casada incurre indiscutiblemente en un grave error de técnica, puesto que estima una atenuante que nunca puede entrar en juego respecto al delito de violación, como vamos a ver

Solamente puede apreciarse la atenuante establecida en el párrafo cuarto del artículo noveno en aquellos delitos cuyo resultado admite mayor o menor gravedad y nunca en aquellos que, como el de violación o como el de homicidio, ofrecen un resultado que no puede darse en más o en menos, sino que, o existe dicho resultado y la infracción ha de considerarse perpetrada, o bien no ha llegado a producirse y nos hallamos en el terreno del delito imperfecto. No puede decirse que el sujeto que quería matar ha matado, pero menos de lo que deseaba, e igualmente acontece en cuanto a la violación, a diferencia, v. g., de lo que ocurre en el delito de lesiones, en el que puede darse el caso del que queriendo lesionar levemente cause una herida grave (11).

(10) Vid. FERRER SAMA: *El error en Derecho penal*, Murcia, 1941. pág. 102.

(11) Vid. FERRER SAMA, ob. y lug. cit.

Consecuencia de la violación pueden ser otros resultados, que en sí habrán de castigarse separadamente; mejor dicho, según las reglas por las que se rige el concurso de delitos, pero que no fundamentarán la circunstancia atenuante de preterintencionalidad. Así, cuando con el acto de la violación se causen lesiones a la víctima, por desgarro o por contagio.

El resultado que se aprecia por la ley en el delito de violación no admite gradaciones de ningún género, en cuanto consiste en el atentado a la honestidad de la víctima, atentado que, consumándose con la cópula carnal, es objeto de castigo por parte de la ley, independientemente de las consecuencias próximas o remotas que el acto puede originar. Y, una de dos: o los actos secundarios que puedan derivarse son constitutivos de delito, en cuyo caso se habrán de penar en concurso con el de violación, o bien tales males no son apreciados por la ley como resultados propios de ninguna infracción, y entonces carecen de valor a efectos penales.

REVISTA DE LIBROS

BATTAGLINI, Giulio, catedrático en la Universidad de Pavía: "Diritto penale" (parte general).—Padua, Cedam, 1949.—724 págs.

Constituye el nuevo texto del profesor Battaglini una edición corregida y ampliada de la de 1944, agotada en la actualidad, con muy cuidados índices legal y de materias, ilustrada con copiosa bibliografía.

Se divide en tres libros: "Nociones preliminares", "Teoría del delito" y "Estudio de la pena y de los otros medios jurídicos".

Al frente de su obra proclama el autor su dogmatismo juspositivista: Fin del estudio emprendido es el examen de los "textos" del Derecho penal vigente, para reconstruir su pensamiento normativo en una visión orgánica y unitaria. Asimismo reafirma su estima por el Código Rocco, que en sus paredes maestras no ha subvertido los principios básicos del Derecho penal y que representa una conciliación del liberalismo con la concepción autoritario-social; concepto que hoy día (véase, por ejemplo, el Código suizo), si bien con soluciones y métodos diversos, es propio de casi todos los Estados. Y aunque algunas de sus disposiciones no armonizan con la estructura política del momento, el Código de 1930, integrado y rectificado por las oportunas innovaciones ("novelle"), podría servir todavía, en cuanto es obra esencialmente técnica.

Battaglini declara que la reconstrucción científica realizada por su obra no es fin en sí misma, sino imprescindible para la práctica.

No obstante su dogmatismo jurídico, el autor subraya el profundo substrato moral del Derecho penal; carácter saliente de las leyes penales modernas es la intensificación y ampliación del mínimo ético.

Trata agudamente la posición del Derecho penal dentro de la enciclopedia jurídica y su relación con las disciplinas afines (jurídicas no penales y penales no jurídicas), especialmente con el Derecho procesal penal.

Rechaza la tesis de la extrapenalidad de la "norma" de Binding y reivindica para el Derecho punitivo autonomía normativa.

Analiza el verdadero sentido del principio de "legalidad" y se ocupa en dos lugares diversos (fuentes e interpretación) de la "prohibición de analogía", acaso con excesiva concisión y, desde luego, con rígido criterio prohibitivo, incluso para los preceptos "in bonam partem" de la parte general (causas de impunidad, por ejemplo), por razón de su carácter excepcional.

Roza la consideración del eventual conflicto entre la moral (especialmente la de base religiosa) y el Derecho penal positivo, invocando a Santo Tomás, pero sin sentar conclusiones categóricas por su parte.

Dentro del capítulo dedicado—entre las nociones preliminares del Libro primero o introductorio—a la esfera de aplicación de la Ley penal, se ocupa, en último término, de las “prerrogativas” sustanciales y procesales.

No resulta posible detenerse, dados los límites espaciales de esta nota bibliográfica, en las múltiples e interesantes cuestiones en que—ya en los tratados dedicados al delito y a la sanción—muestra el profesor Battaglini su acierto constructivo y su finura de jurista. Tan sólo mencionaremos, por vía de ejemplo insuficiente, los capítulos dedicados al “concepto del delito” y a sus “elementos integrantes”, resumidos por el autor, con criterio integrador y sintético (“hecho típico”, “culpabilidad” y “punibilidad”, con sus causas excluyentes en uno y otro caso). Reviste sumo interés, en materia de culpabilidad—definida como relación psíquica entre el agente que sea reconocido (en cuanto sea capaz de entender y de querer) válido destinatario de la norma y el hecho concreto por él realizado—, el especial estudio de la “culpa” y de la “responsabilidad objetiva”—para la que Battaglini estima indispensable un mínimo de culpa—y el del “error de derecho”, en sus diversas manifestaciones.

Extraña que la exigente de “fuerza material” sea catalogada como causa de inculpabilidad y no como ausencia de acción.

En cuanto al problema de la “imputabilidad”—premisa de la culpabilidad—, Battaglini elogia la solución clásica del Código, basada en el reconocimiento de la imputabilidad moral.

Merece también mención especial el examen de la naturaleza jurídica de la “obediencia debida”, en relación con las “órdenes antijurídicas vinculantes”; las formas de aparición del delito, y, ya dentro del tratado de la sanción, el análisis del “jus puniendi” y su titular y el estudio de las “medidas de seguridad”, seriamente distinguidas de la pena y de las medidas de Policía.

Son, además, méritos de conjunto de la obra de Battaglini—aportación fundamental a la moderna literatura jurídicopenal italiana—su equilibrado criterio y su rica y sólida documentación bibliográfica, de inestimable valor orientador para el estudioso.

Adolfo de MIGUEL
*Profesor adjunto de la Universidad
 de Madrid*

COSSIO, Carlos: “La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el Derecho”.—Buenos Aires, 1948.

Partiendo de la noción de lo que califica Cossío de subordinación y supraordinación de las normas jurídicas, desarrolladas por la teoría pura del Derecho, en su concepción de pirámide jurídica, el distinguido profesor argentino plantea la cuestión de la causa en el Derecho civil

y penal, tratando de perfilar un concepto unitario para ambas ramas jurídicas con fundamento en la llamada teoría egológica del Derecho, que lo conceptúa, como es sabido, como realidad de experiencia cultural. El problema es analizado por el autor desde el plano conceptual de la norma como juicio disyuntivo, desde el ángulo de lo que Cossío califica crisis del racionalismo en torno al problema objeto de estudio para anticipar la solución egológica de la cuestión concretada en la fórmula de ni causalismo ni anticausalismo, sino hermenéutica existencial.

Estudia Cossío los matices de las diferencias entre civilistas y penalistas para analizar lo que califica de común denominador y similar error del causalismo en lo civil y en lo penal, con algunos ejemplos tomados de ambas disciplinas.

Se refiere al papel que desempeña la ley en la tesis egológica, así como el de la experiencia para establecer la conclusión de que el problema de la causa en el derecho se resuelve en una cuestión de interpretación conforme al principio egológico de que no se interpreta la ley, sino la conducta mediante la ley. Por ello, la circunstancia de hecho donde se fija el corte de la cadena causal, o donde se establece la causa de un acto jurídico no es por sí mismo un objeto independiente a conocer en su vinculación causal por otros hechos, sino que es siempre el perfil fenomérico o el límite externo figura sensible de la configuración de la conducta del sujeto actuante. Con ello y a través de esta personalización instrumental, Cossío pretende obtener un concepto único de la causa para los Derechos civil y penal.

Sin dejar de reconocer que el esfuerzo del profesor Cossío es muy loable, que sería de desear que en este aspecto, como en tantos otros, pudiéramos alcanzar la meta de una unificación que resolviera más de una dificultad, nos tememos, sin embargo, que, por lo que se refiere concretamente al problema de la causalidad, no logremos aquel resultado a pesar de la teoría egológica. Pese a la elaboración profunda que de este concepto se ha hecho por romanistas y civilistas y que en España se recogió tan brillantemente por el profesor Traviesas hace más de treinta años, y de la aportación posterior nada desdeñable sin duda, la verdad es que estamos muy lejos de una unidad conceptual, sobre todo porque la tesis egológica, bien que con distinta denominación, fué ya tenida en cuenta al analizar este y otros problemas jurídicos. En relación a la simulación, por ejemplo, cuando Ferrara escribía acerca del tema todo el problema de los signos de la "causa simulandi" están arrancados naturalmente de la experiencia en relación con la interpretación de la norma, y lo mismo acontece con el problema de la presuposición tan brillantemente estructurada por Windscheid. Danz, al referirse a la interpretación de los negocios jurídicos, también tuvo en cuenta la calificada de hermenéutica existencial de un modo tan preciso por el ilustre profesor argentino. Podrían multiplicarse los ejemplos; pero el "quid" del problema para una deseada unificación está, independientemente de que el Derecho penal se mueve dentro de un supuesto antropológico que es en ocasiones intrascendente para el Derecho civil, crítica que se hizo

a Carnelutti al publicar su conocida teoría general del delito, en que mientras el Derecho penal puede plantearse la cuestión a través de la llamada causalidad psíquica, y causalidad material, al Derecho civil este segundo aspecto del problema le preocupa bastante menos; por otra parte, los problemas de ausencia de causa y falsedad de la misma pueden quedar soslayados por el Derecho penal, y, en definitiva, mientras la causa de un delito es una, en un contrato, por ejemplo, puede ser distinta para cada uno de los contratantes, y, en fin, toda la ingente cuestión del móvil en ambas ramas jurídicas, tan diversas en sus consecuencias por muchos puentes que queramos tender, dificultan la unidad de conceptos en una cuestión que todavía ha de ser objeto de elaboración. Naturalmente que personalmente deseamos que se alcance la meta propuesta por el prestigioso maestro argentino y que las sugerencias de la obra que anotamos pueden y deben ser tenidas en cuenta para continuar el estudio de un problema tan fundamental dentro de la teoría general del Derecho.

Valentín SILVA MELERO

*Catedrático de Derecho penal
en la Universidad de Oviedo.*

ESCOBAR, Manuel, Decano de la Facultad de Derecho y Notariado de Oriente y Mediodía: "Código de Instrucción Criminal de Nicaragua". Tipografía "El Espectador". Masaya (Nicaragua).—341 págs.

Comienza el autor con un interesante estudio de los antecedentes del vigente Código de Instrucción Criminal de la República de Nicaragua de 1891; ocupándose también de las distintas ediciones oficiales que de dicho Cuerpo legal se han editado.

Nada mejor para expresar las causas que han motivado al Dr. Escobar a publicar estos interesantes comentarios, que reproducir sus propias palabras, y así, nos dice: "Nos ha movido a escribir esta obra el que en nuestras Facultades o Escuelas de Derecho, por no decir en la mayoría de los Tribunales judiciales de la República, no sólo no hay obras de consulta sobre la materia, sino que se carece en absoluto del Código de Instrucción Criminal, por estar agotadas las ediciones anteriores; al hacer los comentarios hemos querido impulsar el estudio de esta materia, un poco olvidada en nuestro ambiente judicial. De tal suerte, nos hemos propuesto interpretar y comentar el articulado en esta edición, ya que nuestro vetusto Código de Instrucción Criminal no tiene perspectiva hasta este momento de ser sustituido por otro más moderno, a pesar de que existen algunos anteproyectos de penalistas nicaragüenses que, como el del Dr. Ramón Romero, son dignos de tomarse en consideración para emprender la reforma debida, que ya es tiempo de hacerla, de ambos Códigos: el penal y el de procedimientos penales."

En estos comentarios se encontrará un cuidado examen doctrinal de las distintas materias y en especial en la que hace referencia al sistema

procesal nicaragüense. También se dedica especial atención a la jurisprudencia, siendo muy frecuentes las referencias a la legislación comparada.

Al objeto de dar una ligera idea del contenido de la obra, indicaremos las materias estudiadas en los tres libros en que, siguiendo el sistema del Código, divide el autor su trabajo.

Libro primero. "De la Administración de Justicia en Primera Instancia": Jueces a quienes corresponde el conocimiento y decisión de las causas criminales; Modo de prevenir o dar principio al conocimiento de las causas criminales; Del cuerpo del delito; De la custodia de los reos y modo de asegurar sus personas; Del secuestro o embargo de bienes; De la fianza en materia criminal; Del jurado; De la sentencia en el juicio criminal ordinario; Del juicio criminal sumario y modo de proceder en él; Modos de proceder en la apelación de los juicios criminales sumarios; Incidentes en el juicio criminal; Modo de proceder contra el reo ausente; Modo de proceder en las causas de evasión o fuga de presos; Modo de proceder en la reclamación de reos que se hallen en país extranjero; Modo de proceder en las causas criminales por acusación o denuncia; Modo de proceder cuando el reo es un menor o un demente; De la responsabilidad de los funcionarios judiciales por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de sus cargos; etc.

En el Libro segundo son estudiadas las cuestiones referentes a la segunda y tercera instancia en lo criminal, ejecución de las sentencias, cumplimiento de las penas y rehabilitación.

El Libro tercero trata: de las cárceles, de las visitas a las mismas y del auto de exhibición de la persona.

Contiene, además, las siguientes leyes: Médicos Forenses, Jurado de revisión, Casación en lo criminal, Jurado y Recurso extraordinario de revisión en lo criminal.

La obra, como dice el autor, es el fruto de experiencia adquirida en el ejercicio profesional, en la magistratura y en la cátedra y contiene una completa y sistemática exposición de la materia, siendo de resaltar su indiscutible valor práctico.

Es de señalar que la edición de estos comentarios ha sido declarada oficial por Decreto de la Presidencia de la República, número 11, de fecha 28 de octubre de 1948.

César CAMARGO HERNÁNDEZ
*Teniente-Fiscal en la Audiencia
de Cuenca.*

ESCOBAR, Manuel, Decano de la Facultad de Derecho y Notariado de Oriente y Mediodía: "Delito político y otros temas penales".—Tipografía "El Espectador", Masaya (Nicaragua).—116 págs.

En este trabajo, con que inicia el libro, se plantea el Dr. Escobar el problema de si existe en la legislación de su país el delito político. Nos dice que ni en el vigente Código penal de 1891, ni en el de Instrucción

Criminal de 1879 se habla de esta clase de infracciones; pero que, por el contrario, en la Constitución de 1939 y en su artículo 27 se dispone que “no podrá accederse a la extradición de los extranjeros por delitos políticos o comunes conexos”; la calificación de los mismos corresponderá a la Ley o a los Tratados que sobre la materia se celebren con los distintos Estados.

Pasa a continuación a estudiar la cuestión en la legislación comparada, haciendo un extenso examen de las disposiciones vigentes en otras Repúblicas americanas, llegando a la conclusión de que “en Nicaragua falta todavía, como en la mayoría de las naciones del continente americano, determinar, clasificar o incluir en nuestros Códigos represivos el llamado delito político”.

Con relación a su país, entiende que examinando las disposiciones contenidas en el vigente Código penal podrían ser considerados como delitos políticos “los cometidos contra la seguridad exterior del Estado, o los que comprometen la independencia del mismo, o los cometidos contra el derecho de gentes o contra la seguridad interior del Estado y contra el orden público”; pero como en Nicaragua las leyes penales se aplican con un carácter absolutamente restrictivo y no se admite la analogía, según se desprende de lo dispuesto en la Constitución y del contenido del artículo 15 del Código penal, en el que se ordena que “no serán castigados otros actos ni omisiones que los que con anterioridad la Ley haya calificado como delitos o faltas”, concluye el autor diciendo que de todo lo expuesto saca la conclusión de que el delito político no existe en Nicaragua.

En la segunda parte, y bajo la denominación de “Otros temas penales”, trata de las siguientes cuestiones:

El extraño caso del “Chacal de Tacuba” en México; el caso de los expedientes sustraídos del archivo de la Corte de Apelación de Granada; novedades del Código penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia; la que se trató en el Congreso Internacional de Psicociugía verificado en Lisboa; el delito y la pena, según los psicoanalistas, y otros interesantes artículos.

Dedicando una especial atención a la jurisprudencia, expone, precedidas de un resumen, las que estima merecen un especial interés, no limitándose a las de la Corte Suprema, pues también recoge algunas de las resoluciones dictadas por las Salas de lo Criminal de las Cortes de Apelaciones de Masaya y Granada. La doctrina jurisprudencial sobre la Ley de Casación en lo penal en los sobreseimientos definitivos es estudiada con mayor profundidad.

En fin, un libro más del Dr. Manuel Escobar que, como los anteriores, servirá de guía y estímulo para el estudio de las cuestiones penales en su patria.

ESCOBAR, Manuel, Decano de la Facultad de Derecho y Notariado de Oriente y Mediodía: "Nuevos estudios penales y constitucionales".—Tipografía "El Espectador".—144 págs.

Divide el Dr. Escobar su interesante trabajo en tres partes: "Nuevos estudios penales", "Nuevos estudios constitucionales" y "Lecciones de Derecho administrativo". Solamente nos ocuparemos de la primera parte, por ser la que trata de las cuestiones propias de nuestro ANUARIO.

Forman esta parte de la obra de que nos ocupamos una serie de artículos, algunos de los cuales ya han sido publicados, dedicados al estudio de temas de la más candente actualidad en la República de Nicaragua, dado que en momento de escribirse los mismos se están realizando los trabajos necesarios para sustituir el viejo Código penal por otro que esté de acuerdo con los grandes progresos que desde entonces se han realizado en el campo de la ciencia del Derecho penal. También se publican algunas cartas, dirigidas por el autor a los redactores del proyecto, en las que les hace constar, con una crítica constructiva, los defectos que ha encontrado en la labor por ellos realizada.

En el primero de los trabajos comprendido en este libro trata el tema referente a si "debe de suprimirse el adulterio como delito en el Código penal de Nicaragua"; y después de estudiar la cuestión, tanto en la doctrina como en la legislación comparada, termina diciendo que: "El delito de adulterio debe de figurar en nuestro Código no sólo para escarmiento del varón, sino como freno que mantenga la pureza de costumbres. Si se castiga al que roba o al que hurta bienes materiales, ¿por qué no ha de castigarse al que arrebató el honor del hogar, que es el patrimonio más preciado que debe de defenderse con toda la entereza del alma?"

Seguidamente pasa a ocuparse de la cuestión provocada por el hundimiento del barco "General Somoza", que, según se demostró, fué debido a un caso de imprudencia temeraria, y con esta ocasión el Doctor Escobar escribe su artículo titulado "Un nuevo delito no penado debidamente", en el que después de estudiar la cuestión en la legislación de su país y hacer una amplia referencia a la española, con especial mención de nuestra Ley penal de la Marina Mercante, aconseja a los legisladores nicaragüenses tengan presente esta cuestión para que en el nuevo Código penal, o en las oportunas Leyes especiales, se incluyan penas adecuadas para esta clase de delitos, evitando con ello que en este caso sea forzoso imponer una pena menor que si hubieren chocado dos ferrocarriles. Así se pondría la legislación de Nicaragua al igual de la de aquellos otros países que han señalado penas especiales para los delitos aludidos.

Comprende este trabajo, además de los anteriores, los siguientes artículos:

"Algo sobre Derecho penal y procedimiento romano", en el que son estudiadas las siguientes cuestiones: Crimen; el estado de guerra; eximentes de responsabilidad criminal; jurisdicción y aplicación de la pena;

procedimiento penal público, etc. A continuación, y en una segunda parte, se estudia la clasificación y el concepto de los distintos delitos en el Derecho romano.

En el titulado "¿Qué es el delincuente? ¿Existe el criminal nato?" se hace un interesante y documentado estudio del tema.

Termina esta parte con unas cartas dirigidas al Dr. Ones Rizo G. —que es uno de los redactores del proyecto para un nuevo Código penal de la República de Nicaragua—, en las que se hacen interesantes y atinadas observaciones a alguna de las disposiciones contenidas en el articulado del proyecto.

Creemos que con esta labor el Dr. Escobar contribuye notablemente a los trabajos de elaboración del futuro Código penal de la República hermana.

C. C. H.

DAUTRICOURT, José Y.: "Delitos de lesa humanidad" (Crime against humanity).—Artículo publicado en el "Journal of Criminal Law and Criminology".—Julio-agosto, 1949.—170 págs.

Limitándonos a sus precedentes más inmediatos, podemos encontrar el problema de los "crímenes de guerra" planteado ya incipientemente en el artículo 28 de la Convención de Ginebra de 1906, aunque también contraído a las medidas necesarias para reprimir actos individuales de pillaje y malos tratos hacia combatientes enfermos o heridos, así como el empleo abusivo del distintivo de la Cruz Roja.

Mas tal precepto carecía de toda sanción que no fuese la impuesta por la legislación interna de cada Estado, cual, por ejemplo, hizo Francia al modificar en ese sentido, por Ley de 24 de julio de 1913, los artículos 249 y 266 de su Código de Justicia militar para el Ejército de Tierra.

Quizás por ello, con motivo de la guerra 1914-18, se alzaron voces diversas clamando por medidas más eficaces contra determinados actos que se estimaban de una crueldad innecesaria para las operaciones militares. Y así, en un artículo publicado en "Le Matin" del día 3 de diciembre de 1916, el Fiscal general americano, James M. Beeck, propugnaba la creación de un Tribunal Supremo para juzgar a la nación enemiga.

Sustentando la misma idea, y acaso también preocupados por la impunidad en que pudieran quedar ciertos delitos perpetrados durante la campaña, los redactores del Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919 instauran en sus artículos 227 a 229 una acción penal pública contra el Káiser, de la que habían de conocer cinco Jueces designados por cada una de las grandes Potencias, y previeron también que las demás personas acusadas de actos contrarios a las Leyes de la guerra fuesen juzgadas por los Tribunales militares de la respectiva nación interesada.

Y es a raíz de los hechos en que se piensa al redactar esos artículos

cuando se habla ya de los "crímenes contra la humanidad", a que se refiere el siguiente artículo del eminente Director de la "Revista (belga) de Derecho penal y de Criminología". Artículo doblemente interesante, tanto por la pluma de que proviene como por la trascendencia práctica que, al revés de en la pasada contienda, ha tenido la cuestión a raíz de la terminación de la segunda guerra mundial.

* * *

Mas pasemos al trabajo referido, exponiendo ante todo el hecho que sin duda lo motiva:

Acusado de "crimen contra la humanidad, comparece F. F. ante la Sección 4.^a del Tribunal norteamericano de Nuremberg, bajo la imputación de haber adquirido, antes de la declaración de guerra y en calidad de compra, bienes expropiados a los judíos por Decreto de 3 de diciembre de 1938.

En su resolución de 22 de diciembre de 1947, el citado Tribunal invoca la definición que del delito de lesa humanidad fuera formulada en la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (que tuvo lugar en Bruselas los días 10 y 11 de julio de dicho año), a fin de sustentar un criterio sobre el particular "innegablemente restrictivo", por consistir en que los hechos que se declararon probados, aunque constitutivos de delito, no lo eran de crimen bélico, ya que se cometieron antes de estallar la guerra y no guardaban conexión con ella. Igualmente consideró el Tribunal que la privación de propiedad por motivos raciales no era tampoco "crimen contra la humanidad".

Discrepa M. Dautricourt de tal opinión y reputa que el Tribunal no estaba exactamente informado del propósito, ni del ámbito ni de la definición invocada por el mismo. También afirma el autor que en los procesos seguidos contra los principales acusados sólo se entendió había delito de lesa humanidad "cuando plenamente quedó probada la comisión de crímenes bélicos"; si bien, mostrando con ello un criterio objetivo análogo al que así quiere denotar existió en el Tribunal, recoge la cita por éste hecha a un artículo del profesor Donnedieu de Vabres: "Es peligrosa la teoría acerca de los crímenes contra la humanidad; peligrosa para los pueblos por carencia de una definición precisa, y peligrosa para los Estados porque brinda un pretexto para que uno de ellos se mezcle en los asuntos internos de otro más débil." ("El proceso de Nuremberg y el principio nulla poena sine previa lege". *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, Bruselas, 1946-47; 813 págs.)

Pero en lo que el autor discrepa—como veníamos diciendo—del fallo de la Sección 4.^a del Tribunal militar norteamericano es en la cita de éste a la definición adoptada por la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal (1), por cuanto dicho Organismo incide, a su

(1) Tras dejar sentado que "el respeto a los derechos y a la dignidad de la persona humana es el fundamento de la civilización"; después de recoger el hecho de que "la protección de esos intereses fué progresivamente acogida en las diversas legislaciones";

entender, en el error de prescindir del preámbulo, igualmente suscrito por aquélla; error que el propio M. Dautricourt explica con el hecho de no haberse publicado las actas de la citada Conferencia hasta noviembre de 1948, de lo que deduce que la cita debió contraerse a un mero extracto del acuerdo. En éste se definió no EL crimen contra la humanidad, sino UN delito de su especie. Por ello, prosigue, "el GENOCIDIO es también UN crimen contra la humanidad; mas, ¿quién podría dar una interpretación restrictiva a su definición, puesta en relación ésta con el concepto de crimen de lesa humanidad?"

Después de advertir que una gran mayoría, dentro de la Conferencia, sustentó un criterio mucho más amplio, por el que se inclinaban los informes aportados por la Santa Sede, Luxemburgo, Polonia, Francia, Suiza y Holanda, nos da a entender el autor que el escaso valor de que adolecía en el momento de su adopción la definición enunciada por la Conferencia ("debido a la carencia de una declaración universal eficiente de los derechos humanos") fué compensado, en parte, al aprobarse (10 diciembre 1948) por la Asamblea general de la O. N. U., en París, la declaración susodicha; paso importante, en su sentir, hacia una declaración análoga con respecto al crimen de lesa humanidad.

Habiéndose reconocido en el artículo 17 de esa última declaración el derecho de propiedad, ¿es todavía exacto negar que la privación arbitraria de bienes por motivos raciales sea un crimen contra la humanidad? La solución de M. Dautricourt es, naturalmente, negativa, aunque no olvida que el Tribunal militar a que queda hecha referencia en un principio hubo de atenerse a las normas internacionales entonces conocidas.

Tampoco oculta, por otra parte, que la definición a que abocaron las sesiones de la VIII Conferencia no pretendió más que sentar los cimientos para una tarea "codificadora" de los delitos contra la paz y la seguridad humana, tarea a la que el Presidente Truman, invitando colaborar a ella los mejores juristas, calificó de "enorme" en su carta de 1 de noviembre de 1946.

Con modestia digna de todo encomio, M. Dautricourt cita la figura de Eugenio Aroneanu, miembro igualmente de la VIII Conferencia, como

que "la evolución del Derecho y de las relaciones sociales exigen que esa protección adquiera ámbito internacional", y de que "mientras se promulgue una Ley por la que se castigue como delito contra la humanidad cualquier lesión a los derechos del hombre, especialmente contra su vida, salud, integridad corporal y libertad, es necesario desde ahora obligar a la conciencia universal a que asegure la represión del homicidio y de cualquier proceder cuyo resultado sea la destrucción de la vida humana, ya dirigido contra los individuos o contra los grupos por causa de su raza, su nacionalidad, su religión o sus opiniones; la VIII Conferencia para la Unificación del Derecho Penal, habida también cuenta de que la represión de tales actos debe organizarse internacionalmente y asegurarse mediante un Tribunal también internacional cuando los presuntos reos fueren dirigentes, agentes o protegidos de un Estado, así como cuando aquellos no estén sancionados por la Ley represiva interna, recomienda: Se establezca como delito *sui generis* contra el derecho de gentes y se incluya en el Código penal internacional y en todos los Códigos represivos de cada Estado, desde ahora y por lo menos, un precepto por el que se castiguen los hechos que se indican seguidamente: cualquier homicidio o acto que pueda provocar la muerte, cometido en tiempo de paz o de guerra, contra individuos o grupos, en razón de su raza, nacionalidad, religión u opiniones, constituye un delito de lesa humanidad y debe ser castigado como el asesinato. La Conferencia expresa el deseo de que los Estados castiguen la propaganda que tienda a la comisión de delitos contra la humanidad".

la del jurista que más contribución ha prestado al estudio del crimen contra la humanidad; y ello para hacernos saber el criterio del referido autor sobre que no sólo el genocidio, sino incluso la guerra de agresión y los crímenes de guerra en sentido estricto, son especies del crimen contra la humanidad por implicar “una maliciosa trasgresión de los derechos fundamentales e imprescriptibles de numerosos seres humanos, no PER SE como sucede en el derecho interno, sino por entrañar un abuso del poder soberano del Estado”.

El delito de lesa humanidad, en sentir de M. Dautricourt, puede ser cometido tanto en época de paz como en tiempo de guerra, y por ser nueva la concepción jurídica de esa entidad penal no puede restringirse su ámbito futuro con los límites “arbitrarios” que determine su aplicación por los Tribunales militares, cuya jurisdicción se limitó estrictamente a delitos perpetrados durante la guerra o en íntima relación con ésta.

Seguidamente define M. Dautricourt el “Derecho penal universal” —cuya piedra de toque estriba, a su entender, en la definición precisa del crimen de lesa humanidad— como “el conjunto de preceptos encaaminados a proteger el orden público universal mediante la determinación y represión de los delitos cometidos contra el referido orden” (“El Derecho penal en el orden público universal”, *Revue des Sciences criminelles*, París, 1948, pág. 481; y rehuye denominar a ese “derecho” con el calificativo de “internacional, inadecuado y ambiguo, por cuanto no se basa en Convenios o Tratados, sino en imperativos de la conciencia universal, uno de cuyos principales intérpretes cree puede ser una Asamblea de representantes de los Estados, siempre que “los Gobiernos de tales Estados fuesen elegidos libremente y se trate de países donde se garanticen la libertad de opinión y de elección”.

En apoyo de la ambigüedad con que tacha al calificativo “internacional” aplicado a aquel Derecho, recuerda que ya el profesor Donnedieu de Vabres lo aplicó a otra rama jurídica: a la “ciencia que determina la competencia de la jurisdicción penal de un Estado respecto a las jurisdicciones extranjeras; la aplicación de sus propias normas penales, según las personas y los lugares, y la ejecutoriedad de los fallos extranjeros en su territorio” (“Introducción al estudio del Derecho penal internacional”, París, Sirey, 1922, pág. 6.

Tras desechar, no por inadecuado, sino por “artificial”, el vocablo empleado por Pella, “supernacional” aboca Dautricourt a la conclusión de que el título “Derecho penal universal” denota mejor que ningún otro además de que su fuente radica en lo más hondo de la conciencia humana, que es el llamado a proteger el orden público universal contra sus mayores peligros: el crimen de lesa humanidad y la guerra, que es superior al Estado y a las normas meramente nacionales, y que por ello obliga tanto a todos los Estados, a las agrupaciones y a los individuos todos.

De la eficacia que el porvenir depare a estas modernas concepciones podrán mejor hablar los Estados dispuestos a acogerlas y, sobre todo, la virtualidad que aquellos les presten y el grado de equidad que presida en su aplicación. Pero, en todo caso, ha de reconocerse que el precedente artículo constituye una valiosa aportación en la génesis estacionada de un amplísimo ordenamiento, cuyos resultados, en la hipótesis más pesimista, no implicarían menoscabo alguno del meritisimo esfuerzo del autor.

José SANCHEZ OSES
Secretario de Audiencia Territorial.

GOEKE, Dr. Karl: "Strafgesetzbuch" (Código penal).—1.^a a 4.^a edición. Aschendorffsche Verlagsbuchhandlung. — Munster (Westfalia), 1948.— XII + 12 + 351 págs.

Publica la colección jurídica su número 8, que contiene, como su propio título indica, el texto del Código penal alemán en la redacción vigente el 1.º de agosto de 1947 en la zona de control británica, junto con las prescripciones de Derecho penal, emanadas de las autoridades de ocupación, todo ello con brevísimos comentarios debidos al Fiscal Goeke. Tras una reseña de las modificaciones del Código a partir de 1933, en la que se contienen separadamente las introducidas hasta 1945, las disposiciones de las Potencias ocupantes y las disposiciones alemanas dictadas en el territorio controlado por los ingleses en virtud de autorización del Gobierno militar, se ocupa de explanar ampliamente estas modificaciones, y muy concretamente de poner al día la vigencia o derogación de los preceptos penales, teniendo en cuenta las diversas disposiciones de carácter general o concreto de la Comisión de control. Y a continuación el texto de la Ley, con breves comentarios al pie de cada artículo. La amplitud de la obra impide, naturalmente, un estudio detallado de la misma. Baste decir que es de gran utilidad para el estudioso, por cuanto permite conocer con toda seguridad el estado y vigencia del Derecho penal alemán y las modificaciones que éste ha sufrido desde el fin de la guerra (derogación del artículo 2.º, que admitía la creación judicial del Derecho penal a base del sano sentimiento popular; prohibición de la analogía; restricción amplia de la imposición de pena de muerte; igualdad ante la Ley, etc.; conservación de las medidas de seguridad y excepción de la castración, y la expulsión del territorio nacional, etc)) Termina el libro con un anexo, en que se contienen los textos completos de las disposiciones de contenido jurídico-penal de las autoridades de ocupación y un amplio índice de materias por orden alfabético, que facilita notablemente el manejo del libro

Fernando ALAMILLO CANILLAS
*Abogado-Fiscal en la Audiencia
de Salamanca.*

GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José: "Alzamiento, quiebra y otras defraudaciones".—Separata de la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia".—Imprenta Universitaria.—Méjico, 1949.

En Méjico, por la Ley de Quiebras y suspensión de pagos de 31 de diciembre de 1942, han sido derogadas las disposiciones contenidas en el vigente Código penal de 1931, en lo referente a los delitos cometidos por los comerciantes sujetos a concurso, así como también alguno de los preceptos contenidos en el vetusto Código de Comercio de 15 de septiembre de 1889.

Este interesante artículo del Director del Seminario de Derecho penal de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico tiene por objeto el estudio del cambio producido por la reforma, comentando las disposiciones contenidas en la nueva Ley, en la parte comprendida bajo el título "De la responsabilidad penal en la quiebra".

Comienza con un interesante estudio histórico de estos delitos, dedicando especial atención al examen de las disposiciones contenidas en los Códigos penales mejicanos de 1871, 1929 y 1931.

La nueva Ley dispone, en su artículo 91, que las quiebras son de tres clases: fortuita, culpable y fraudulenta, siendo punibles solamente las dos últimas.

Según el artículo 93, se reputa culpable la quiebra del comerciante que con actos contrarios a las exigencias de una buena administración mercantil haya producido, facilitado o agravado el estado de cesación de pagos: a) si los gastos domésticos hubieren sido excesivos y desproporcionados en relación a sus posibilidades económicas; b) si hubiere perdido sumas con desproporción de sus posibilidades en juegos, apuestas y operaciones semejantes en bolsas o lonjas; c) si hubiere experimentado pérdidas como consecuencia de compras, de ventas o de otras operaciones realizadas para dilatar la quiebra; d) si dentro del período de retroacción de la quiebra hubiere enajenado, con pérdida o por menos precio del corriente, efectos comprados a crédito y que todavía estuviere debiendo, y e) si los gastos de su Empresa son mucho mayores de los debidos, atendiendo a su capital, su movimiento y demás circunstancias análogas.

El artículo 96 trata de la quiebra fraudulenta, y comprende: el alzamiento; la falta de libros de contabilidad o la alteración, falsificación o destrucción de dichos libros, en términos de hacer imposible deducir la verdadera situación; el favorecimiento a algún acreedor, con posterioridad a la fecha de la retroacción, haciéndole pagos o concediéndole garantías o preferencias que éste no tuviere derecho a obtener.

La Ley rechaza la responsabilidad penal de las personas morales, al disponer en su artículo 101 que, cuando la quiebra de una Sociedad fuere calificada de fraudulenta o culpable, la responsabilidad recaerá sobre los directores, administradores o liquidadores de la misma, que resulten responsables de los actos que califican la quiebra.

El artículo 103 se ocupa de la cuestión referente a la coparticipación

en la quiebra. En relación a la penalidad, la quiebra fraudulenta se castiga con prisión, que comprende de cinco a diez años, y multa que podrá ser hasta del 10 por 100, la que se hará efectiva en los bienes que queden después de pagar a los acreedores. La quiebra culpable se castiga con una pena de uno a cuatro años de prisión. La pena accesoria comprende la prohibición del ejercicio del comercio o de actos de administración o representación de Sociedades mercantiles durante la duración de la condena.

Las siguientes frases de González Bustamante resumen la opinión que le merece esta Ley, y así nos dice: "Que sus autores, apartándose de las doctrinas modernas, incurren en enumeraciones casuísticas y no cuidaron de precisar correctamente los elementos del tipo. En fórmulas generales, se establecen las definiciones de las tres clases de quiebra; pero en la quiebra culpable y en la fraudulenta la definición se completa por una inútil enumeración de casos que, al decir de los autores de la exposición de motivos, tienen por objeto servir de guía y orientar al intérprete para calificar la quiebra. La justicia penal se encontrará frente a verdaderos embrollos."

C. C. H.

GRISPIGNI, Filippo: "Diritto penale italiano".—Volumen II, "La Struttura della Fattispecie legale oggettiva". 2.^a ed.—Dott. A. Giuffré, editore.—Milano, 1947.—298 págs.

La publicación de la segunda edición del volumen II de "Diritto penale italiano", del profesor de la Universidad romana F. Grispigni, nos trae al plano de la discusión el controvertido método de trabajo y de ordenación de la parte especial del Derecho penal. Añádase a esto el interés que despierta la posición extremadamente polémica de este colega italiano (véase el prólogo a la segunda edición italiana del volumen I de esta obra, como igualmente nuestra recensión crítica en este ANUARIO, tomo I, fasc. III), cuyo prefacio a la presente obra fué ya publicado en la Scuola Positiva, dirigida por él, bajo el sugestivo título, conservado en el volumen II, "De la exégesis a la dogmática de la parte especial del Derecho penal", sirviendo como puntos de partida al autor las consideraciones, ya expuestas al principio del volumen I, acerca del concepto de la dogmática y de los diversos grados o fases del método jurídico.

Comienza este estudio por reafirmar lo ya sobradamente conocido en nuestra materia, esto es, el espléndido desarrollo de la parte general, en tanto que la especial se halla en el estadio de la exégesis, en el decir de Grispigni. (Recuérdese a este respecto nuestra "Reflexión sobre el estudio de la parte especial del Derecho penal".) Para salvar este estado de imperfección no le queda otra camino a la parte especial—según la postura del penalista italiano—sino la de conquistar, al igual que la otra parte, un repertorio de caracteres generales, valedores para todas

las figuras delictivas, con los cuales logrará el conocimiento de la parte especial el eminente rango de "conocimiento científico". Y a este respecto, Grispigni propone una especie de "programa", que sirva de arranque para "una teoría general del elemento objeto del delito", cuyo despliegue lleva a cabo en el presente tomo, puesto que hasta ahora, según este autor, por lo que se refiere al estudio del elemento objetivo se agotaba en la discusión de los tres elementos siguientes: omisión, resultado y relación de causalidad. Y en este volumen nos ofrece "las primeras líneas" de aquella teoría general del elemento objeto del delito, la cual, forzosamente, habrá de ser elaborada, si se quiere que la parte especial salga de una vez de la fase exegética. Ahora bien; presupuesto imprescindible para ello es el reconocimiento de la "correspondencia al tipo", en la terminología italiana, como un elemento del delito, cuya creación se debe, como se sabe, a la dogmática penal alemana, si bien Grispigni entiende que los alemanes no pasaran de la afirmación de este requisito del delito. Acogimiento de este requisito del delito, que ha valido crítica acerba por parte de Antolisei.

No se olvide, al llegar a este punto, las aportaciones alemanas a la teoría del tipo de Zimmerl, Mezger, Class y, sobre todo, la del que fué nuestro maestro de Friburgo, E. Molf, del año 1931. De este modo, el punto de vista adoptado por Grispigni significa, en última instancia, una revalorización a la germánica postura de la "tipicidad".

Piénsese además que, según el autor, el aspecto objetivo del delito no es otra cosa, sino la preparación necesaria para el estudio del aspecto subjetivo, "porque todo el elemento objetivo debe estar presente y vivo, como antecede en la psiauis del agente" (pág. 13). Conviene, por consiguiente, no olvidar que este autor considera sumamente defectuosa la dirección técnico-jurídica, en razón, sobre todo, a que el método empleado no es suficientemente dogmático, mejor aún, científico, porque no tiene conciencia de la naturaleza de la dogmática jurídica y de las tareas que competen a la misma (pág. 14).

Siguiendo, por tanto, el esquema—sobre el que hemos pasado por encima—delineado en el prefacio, Grispigni estructura el presente volumen en que estudia la fase objetiva del delito, y deja para el tercero la doctrina esencial sobre la culpabilidad, concebida como una "defectuosidad psíquica", en la forma siguiente: Parte general, en la que expone su idea sistemática de la distribución de materias: I. El delito, en cuyo capítulo nos hace un detallado análisis de este concepto y de los elementos componentes del mismo, partiendo de la distinción entre "delito-hecho" y "delito-instituto jurídico", que en resumidas cuentas no es sino el estudio concreto de la conducta humana y el relativo a este hecho, contemplado jurídicamente. Concepto empírico y concepto jurídico, afirmando que el objeto de la dogmática es el delito-instituto jurídico. Para el autor, desde el plano analítico el delito es una conducta humana correspondiente al tipo descrito en una norma penal, que no presente causa de justificación y que psíquicamente es referible a un sujeto (pág. 11). De este modo descompone la noción delictiva en cuatro

caracteres o requisitos, viendo, lo mismo que Antolisei, la esencia más pura del delito en la contradicción con la norma penal, integradora de la llamada antijuricidad (pág. 13), aunque para Grispigni la idea y función de la antijuricidad es completamente distinta a la de Antolisei. El examen minucioso de estos requisitos, como el estudio del delito a modo de acto jurídico, con todo el complicado andamiaje con que la técnica italiana opera en este particular campo del "acto jurídico", ocupa este primer capítulo, al que siguen los títulos I, II y III, dedicados, respectivamente, a la "conducta humana", "el resultado" y "el nexo causal", conduciéndonos por un intrincado bosque de problemas, en la mayoría de los casos inferidos por una mentalidad sumamente formalista que empaña la eficacia práctica de la exposición, defecto que en verdad se aprecia a lo largo del volumen, si bien no cabe negar, claro está, que el esfuerzo realizado por el autor quede infecundo, ya que pone en nuestras manos un manojo de sugerencias y sutilezas jurídicas que habrán de ser tenidas en cuenta a la hora en que se entre en contacto con la teoría de la acción humana, del resultado y de la relación causal. De entre los muchos aspectos destacables cabría anotar, sin ir más lejos, la distinción entre acción y omisión, fundada en un criterio naturalístico y normativo, que en la mayoría de los autores contemporáneos se acepta, como puente de salvación del escollo que siempre emerge cuando se trataba de la naturaleza de ambas manifestaciones del pensar delictivo.

La cuestión del "resultado" objeto de viva polémica, aparece disecado en sus varias expresiones, apoyándose más adelante en aquél para estudiar las diversas infracciones penales—delitos de lesión, de peligro, calificados por el resultado, etc., etc.—, recogiendo, en parte, aquella vieja definición del que fué su maestro en la Universidad berlinesa de que el resultado es "aquella parte de la modificación del mundo físico o psíquico producida o no impedida por una conducta externa, a la cual el derecho objetivo agrega una consecuencia jurídico-penal" (pág. 61). En el extenso temario de cuestiones que abarca el presente volumen interesa, entre otros, señalar que para Grispigni el "bien" es todo lo que es apto para satisfacer una necesidad humana. (Nótese la semejanza con la postura de F. von Liszt.) Y así, para este autor italiano, la expresión "bien" no es un concepto meramente descriptivo, sino que implica un juicio de relación o un juicio de valor. De suerte que con ello el profesor de Roma pretende, de una parte, salvar la idea materialista de "bien", y de otro lado, se despega igualmente de la conceptualización empírica del Derecho.

Y en cuanto al "nexo causal", el penalista neopositivista le considera como un elemento constitutivo general del delito, aun cuando admite excepciones (pág. 85), haciéndose un detallado examen del valor y funcionamiento del dogma causal como de los pormenores relativos a la causa, condición e interrupción del curso causal.

El capítulo II está dedicado a la "correspondencia al tipo descrito en una norma penal (la estructura de la "fattispecie" legal objetiva)", re-

cogiendo diversos aspectos, tales como, por ejemplo, las ideas generales respecto a la doctrina, y el título I comprende: "Las diversas especies de conductas" (las diversas especies de acciones, las diversas especies de omisiones); el título II trata de las "especies de resultado", en tanto que los títulos III, IV, V, VI, VII y VIII versan, respectivamente, del nexo causal, del sujeto activo, objeto material, el instrumento, el lugar y el tiempo en la estructura de la "fattispecie" legal. (Preferimos conservar el vocablo italiano.)

Sería de suyo excesivo realizar una contemplación crítica de cada uno de estos títulos, en los cuales el profesor F. Grispigni ha pretendido echar la simiente de una "teoría general objetiva del delito" con vistas al estudio de la parte especial del Derecho penal. Cabría decir, en forma muy esquemática, que un juicio general sobre la obra forzosamente habrá de ser clogioso, si se mira de cerca la construcción lógica del sistema y se aprecia el titánico esfuerzo mental que supone levantar un sistema sobre paredes tan rigidamente formalistas y tan minuciosas, que a veces da la impresión de constituir un tremendo obstáculo para el estudio científico-práctico de la parte especial. Al menos, el profesor Grispigni, una vez más, nos da prueba de su mente sutil y penetrante, si bien es sumamente discutible este su "programa" de trabajo.

J. del ROSAL

LEVI, Nino, ex Profesor de Derecho penal en la Universidad de Génova: "Diritto penale internazionale".—Milano.—Giuffrè, 1949.

Pasado un decenio del tiempo en que fué escrito y muerto el autor en el exilio, el editor divulga páginas en las que nada se ha cambiado, en debido homenaje al desaparecido maestro.

Escrito por un penalista, y, como lo revela desde el título, anteponiendo lo penal a lo internacional, comprende una introducción de delimitación de conceptos y en dos partes, la primera destinada a exponer la contribución de los varios ordenamientos jurídicos (interno, internacional, extranjero), y la segunda a la relevancia de los elementos de "extraneidad" (lugar, sujetos, intereses ofendidos), lo que entiende ser el derecho penal internacional o rama de derecho interno en materia internacional, que algunos estudian bajo la rúbrica de "límites de la Ley penal respecto al espacio", o dicho en la terminología usada por el autor, la "relevancia para el derecho penal de los elementos de extraneidad, con lo que quedan excluidos de su ámbito el derecho procesal penal e incluso la extradición (excepto en sus aspectos de derecho sustantivo); y, en cambio, mantiene relaciones de afinidad con el "derecho penal interprovincial" o "interregional" y quizá "interimperial", o sea la consideración sistemática de la relevancia que tiene la ligazón entre un aspecto del hecho y una repartición interna de la población o del territorio del Estado (madre patria, colonias, ciudadanos, súbditos, etc.). En esta in-

roducción cita abundante bibliografía, en la que incluye a nuestros compatriotas Saldaña y De Benito.

En la primera parte estudia la contribución del derecho interno al derecho penal internacional en los conceptos de "Ley penal" y "límites de aplicación de la Ley penal en el espacio", conceptos que han de ser determinados en la medida y a los fines que son usados por la Ley penal italiana (Código penal).

Como contribución del Derecho internacional, en cuanto el Derecho interno haga una referencia a sus normas, sea expresa, sea implícita aquella referencia, sean penales o de derecho público interno general estas normas, señala el autor, como referencias generales, aquellas normas internacionales que prescriben a los Estados un cierto proceder en cuanto a la emanación de Leyes penales (conducta de un Estado internacional, lícita o ilícita) y de normas internacionales que establecen los requisitos que debe llenar el acto legislativo penal interno para ser capaz de producir consecuencias jurídicas internacionales (Ley penal, válida o inválida internacionalmente). Entre éstos se hallan la obligación internacional directa o indirecta de incriminar ciertos actos y la prohibición internacional de incriminar y castigar otros, y cita la violencia o amenaza contra un prisionero de guerra para constreñirle a dar informaciones que puedan comprometer los intereses de su patria o de la milicia a que pertenece. Entre aquellos estudia la atribución de competencia, como el principio general de que la Ley penal obliga aquellos que, ciudadanos o extranjeros, se encuentran en el territorio del Estado, y los principios específicos que atribuyen competencia al Estado italiano respecto a hechos determinados (piratería, trata de esclavos), en los que afirma que en estos casos el derecho internacional en materia de competencia penal entra sin más a formar parte del derecho interno, y sin que para esta recepción sea necesaria una norma legislativa interna diversa, y cita, entre otros autores, Perassi ("*La nuova costituzione spagnuola ed il Diritto internazionale*", *Riv. di Dir. internaz.*, 1932, 454). Como normas específicas contempla el autor varias (esclavitud, moneda falsa, usos de guerra), referidas a Convenciones internacionales multilaterales; mas no las propias del Tratado de Letrán, que estudia como referencias generales, no obstante el carácter concreto y específico de dicho Tratado entre la Santa Sede y el Estado italiano.

La contribución del derecho extranjero se concreta a la Convención italo-yugoslava de 1922 para la represión del contrabando, a la reciprocidad establecida en algunas Leyes penales comunes y militares, a la extradición (poniendo en parangón la Ley italiana y la extranjera), al Tratado de Letrán y al derecho penal extranjero sobre hechos cometidos en el extranjero o en territorio no sujeto a la soberanía de ningún Estado.

La segunda parte, destinada a la "relevancia de los varios elementos de extraneidad" (neologismo que quizá estaría mejor expresado en español con la palabra "foraneidad"), trata del lugar, de los sujetos y de los intereses ofendidos por el delito.

Con relación al lugar, son de considerar ya como ligados con la atribución de competencia en el Derecho internacional, ya como relevantes penalmente en el Derecho interno, dos elementos de hecho, que según se refieran a la persona del agente o a la objetividad del hecho determinarán la territorialidad subjetiva u objetiva, que obligan a fijar ante todo las nociones de presencia o actividad, de un lado, y de "locus delicti", de otro, que a su vez reclaman las de delito cometido, territorio, soberanía y otras ligadas con ellas que llevan a establecer como cometidos en el territorio del Estado ciertos delitos respecto de los cuales la conducta criminosa se desarrolló en el extranjero para producir efectos en otro Estado, o sea "in legal contemplation", como dicen los anglosajones, y las cuestiones enlazadas con ella, como la coparticipación criminal, el delito colectivo, el delito habitual o profesional, la premeditación, la "actio libera in causa", la tentativa, el abordaje y los delitos cometidos en daño del Estado o de un ciudadano italiano o el daño de un Estado o de un individuo extranjeros, la querrela o instancia de parte, etc.

Con respecto a los sujetos, el autor estudia la relevancia de su cualificación, ya sea internacional por su naturaleza, ya haga relación a lo internacional, aunque dependa de la nacionalidad o foraneidad de los elementos cualificantes, y todo ello en la doble consideración de tratarse de sujeto activo o agente del delito y sujeto pasivo o persona ofendida y de residente o no residente en territorio italiano, calificación que, en último término, se refleja de modo distinto sobre el elemento delictivo de que haga consideración (requisito constitutivo, circunstancias agravantes, condiciones de punibilidad, etc.). Tales calificaciones, que el autor estudia separadamente y con copia de datos, son las de ciudadano extranjero, súbdito de Estado enemigo, "apolide", funcionario público (incluso internacional), militar, hombre de equipaje de nave, ejerciente de profesión y ejerciente de industria y comercio. Agudos problemas contemplados en relación con la calificación de "apolide" son la situación inversa (doble ciudadanía) y la estimación del lugar como "terra nullius".

Por último, la tercera clase de elementos de "foraneidad" que merecen consideración o adquieren "relevancia", en opinión del autor, está constituida por los intereses ofendidos por el delito, en los que la nacionalidad de aquéllos emerge en dos órdenes de casos, que son cuando la ofensa a los intereses nacionales es elemento constitutivo del delito de que se trate o cuando sólo es condición de punibilidad o circunstancia agravante. En esta materia merecen atención especial para el autor la noción del delito político en sus tres aspectos, de noción de Derecho interno para las relaciones internacionales, de noción de Derecho interno para otras relaciones (tratamiento penitenciario especial, amnistía, etc.) y de noción de Derecho internacional; los delitos contra la Administración pública y de Justicia, la denegación de auxilio, el duelo, el delito religioso y contra respeto al cadáver, el orden público, la instigación y la apología, la devastación y el saqueo, las comunicaciones públicas, la salud pública (estupefacientes) y la fe pública.

Y en otros apartados, los documentos públicos nacionales o con valor

internacional, como los pasaportes, los carnets postales de identidad, los certificados de origen para la Aduana, los de sanidad del ganado para importación, los de circulación de automóviles, los de estado civil, los de nacionalidad de la nave, etc., y los delitos contra el interés público, entre los que se comprende la economía nacional, la moralidad pública, la integridad y la sanidad de la estirpe, la persona y, por último, la violación de secretos industriales.

Con toda justicia debe llamarse la atención de los penalistas sobre este libro (no obstante su fecha algo retrasada en relación con las alteraciones últimamente experimentadas en la materia, sobre todo después de la última guerra), porque en sus 481 páginas trata con detención y abundancia de citas y datos lo que Cuello Calón, sin debate sobre si debe llamarse Derecho penal internacional o ser designado con otro nombre, señala como hecho indudable el de que cada día sea más coherente la acción internacional en la lucha contra el delito, especialmente contra determinadas formas de criminalidad (1).

Federico CASTEJON
Magistrado del Tribunal Supremo.

LES NOVELLES: "Corpus Juris Belgici".—Fondateur: Léon Hennebicq.
Patronage: L. Soenens. Direction Scientifique: J. Wathlet, G. Giselet.
Procédure Pénale, tome II, volume I, publié sous la direction de S. Sasserath, avocat à la Cour d'Appel de Bruxelles, directeur de la "Revue de Droit Pénal et de Criminologie".—Maison F. Larcier.—Bruxelles, 1948.—Fol., 571 págs.

En el fascículo segundo del volumen I del ANUARIO (pág. 339) dimos cuenta de la aparición del primer tomo de esta obra, dirigida por el Abogado de Bruselas Sasserath, indicando las características generales que, a nuestro juicio, podían atribuirse al "Corpus Juris Belgici".

Queremos hoy indicar el contenido del volumen I del tomo II. El primero de los estudios que en él se encuentra es el de Jean Constant, "Les mises en accusation", y se ocupa de la organización y funcionamiento de las Secciones de las Audiencias llamadas "Chambres de mises en accusation", definidas por Faustino Hélie como la "potente barrera colocada entre la Instrucción y los Tribunales (jurisdicción) de fondo, cuya misión es rechazar las causas ("poursuites") carentes de fundamento y, en general, todos los procedimientos temerarios ya iniciados que con su continuación producirían un abuso judicial".

El director de la sección Procesal de "Les Nouvelles", Simon Sasserath, incluye a continuación su propio trabajo acerca de "La Cour d'Assises". Estudia en él, con criterio exegético-expositivo seguido en toda la obra, la composición y funcionamiento de esta especie de Tribunal, especialmente encargado de juzgar sobre delitos políticos y de Prensa,

(1) Adición a Pessina. *Elementos de Derecho penal*, IV edic., Madrid, 1936, página 237.

con una composición mixta de personal judicial y jurados, pero no escabinica, de suerte que viene a ser el típico Tribunal de Jurado.

El tercer estudio se debe a Marc Gendebien y Xavier Carton de Wiart, titulado "Les pourvois en cassation en matière répressive". Desde el punto de vista del extranjero, la casación constituye el tema más importante del volumen que estamos examinando, y, sin embargo, no es el más extenso.

Salvo algún precedente histórico, que, como todos los de la casación, son muy lejanos, este medio de impugnación aparece desarrollado en los términos conocidos de las obras francesas, pues existe escasa diferencia entre Francia y Bélgica a este respecto, en cuanto que también este segundo país ha experimentado la influencia de la legislación y la práctica del primero, e incluso con más intensidad, por causas fácilmente comprensibles.

El tema de mayor interés dentro del estudio que examinamos lo constituye la información de las clases de casación y los motivos que la originan. Sin ambiciones doctrinales, que no son compatibles con la orientación de la obra, los autores examinan lo que se refiere al quebrantamiento de forma o defectos procesales como determinantes del recurso, distinguiendo las diversas modalidades de ellas, entre las que destaca el defecto de motivación, construido por la jurisprudencia desde hace muchos años en Francia y Bélgica.

De un modo quizás excesivamente escueto se hallan tratados los motivos de fondo, bajo el título de "Contravention a la loi", y que sólo da margen para el estudio de la "fausse application des lois" y "excès de pouvoir"; ocurriendo lo mismo con la doctrina acerca de los motivos nuevos por cuestiones no debatidas en la instancia, fundados en leyes posteriores a la misma, señalando las llamadas de orden público (no así también las interpretativas).

El último trabajo versa sobre la "Revision des Condamnations pénales", y es debido a André Saint-Remy. Examina el concepto del recurso de revisión (con el valor que esta nomenclatura tiene históricamente en todos los países latinos, incluyendo a España), la historia—con cierta detención—, motivos, procedimiento y efectos económicos del remedio extraordinario.

Este nuevo volumen de "Les Nouvelles" es una interesante aportación a la práctica, la cual hallará en él orientación segura y facilidades de manejo por la forma de distribución de materias y los índices, a todo lo cual hemos aludido en nuestra recensión anterior.

L. PRIETO CASTRO
*Catedrático de la Universidad de Madrid
y Abogado.*

MAURACH, Reinhart: "Grundriss des Strafrechts. Allgemeiner Teil" (Elementos de Derecho penal. Parte general).—Wolfenbuetteler Verlagsanstalt G. m. b. H. Wolfenbuettel und Hannover. 1948.—188 + 8 páginas.

Nos encontramos con otro de los manuales de Derecho penal tan frecuentes en estos momentos de la postguerra alemana, motivados, por un lado, por el agotamiento de los libros anteriores a la guerra y, por otro, por la necesidad de poner al día la legislación penal tan afectada por el nuevo régimen de ocupación y soberanía relativa. El presente ofrece la peculiaridad de que el autor, ante el dilema de hacer la exposición del Derecho penal siguiendo la opinión dominante o lanzarse a la exposición de sus propias teorías, se ha decidido francamente a esto último.

Divide el libro en tres partes, con los siguientes títulos: 1.º El Derecho penal. 2.º La acción punible. 3.º La acción judicial penal.

En la primera, y después de indicar y demostrar la conveniencia de utilizar la denominación Derecho criminal, se ocupa de la posición sistemática del Derecho penal no sólo dentro de las ciencias jurídicas (Derecho público), sino también dentro del grupo de ciencias que tienen por objeto la lucha contra el delito, que divide en dos grupos: A) Criminología, que comprende las ciencias que estudian la etiología del delito, que son la antropología criminal en sentido amplio (somatología, biología y patología criminal) y la sociología criminal; y B) la Política criminal, que abarca las doctrinas de los métodos de lucha contra el delito y está formada por la Criminalística o ciencia policial y el Derecho penal, considerado como teoría del tratamiento del criminal aprehendido, mediante el castigo y la aplicación de las medidas de seguridad por el juez penal.

Examina los fines del Derecho penal relacionados con la dualidad culpa-peligrosidad y termina con el estudio de la ley penal y su vigencia, planteando, entre otros, el problema de la naturaleza del Derecho penal emanado de las potencias de ocupación, para considerarlo derecho alemán en unos casos y derecho extranjero en otros.

La parte segunda se divide a su vez en los siguientes capítulos principales: 1.º Concepto y fundamentos de la acción punible. 2.º La acción dolosa. 3.º La acción culpable; y 4.º La pluralidad de acciones y autores.

En esta parte es donde se observa la mayor originalidad. Después de señalar que la doctrina común suele considerar equivalentes los términos delito (Verbrechen) en sentido amplio y acción punible (Straftat), y la insuficiencia de la consideración de la infracción penal como acción antijurídica, típica y culpable, puesto que no satisface todas las funciones del Derecho penal, obligando a construir sobre base diferente la imposición de penas y la de medidas de seguridad, puntualiza que para él una cosa es el delito y otra la acción punible; definiendo el delito como "la acción antijurídica, conminada con una pena (típica) que se atribuye a su causante como responsable" y la acción punible como "el delito cuyo autor está sujeto al juicio de reproche del ordenamiento ju-

ridico"; a la responsabilidad se añade la culpabilidad. Y así la acción punible viene a ser una sección del delito caracterizada por la mayor elevación de la relación entre el autor y el hecho, es decir, por la impunitabilidad (pág. 44).

De esta concepción se deriva que lo primero que haya de investigarse como concepto angular del Derecho penal sea la acción, pues el delito lo es; y su concepto no es otro que el de "una conducta determinada prohibida por la forma y que en virtud de esta prohibición es declarada punible por la ley penal" (pág. 45). Estudia los elementos integrantes de la acción: voluntad, resultado, sujeto y causalidad, con especial referencia a los delitos de omisión propios e impropios.

Con este concepto entra en el estudio de la forma fundamental de la acción criminal: la acción dolosa, comenzando por el examen del tipo (Tatbestand). Con notorio influjo de la teoría de las normas de Binding, y frases que recuerdan las de Mezger, construye la necesidad de la tipicidad como medio de delimitar las "desobediencias a las normas" (acciones antijurídicas) que precisan de una amenaza penal.

En el tipo ve dos partes: la objetiva y la subjetiva. En cuanto a la primera, señala como elementos propios el sujeto (tipo de autor y delitos propios), la acción, el bien jurídico y el objeto; a los que pueden añadirse elementos anormales como los normativos. Las condiciones objetivas de punibilidad no las considera como elementos de tipificación.

El elemento constitutivo de la parte subjetiva del tipo es el dolo. Aquí aparece otra de las peculiaridades de Maurach. Mientras la opinión dominante distingue entre voluntad y dolo, él los equipara, de manera que el dolo deja de ser "la voluntad pasada por el filtro del examen de la culpabilidad", es decir, una voluntad "normativa", para ser una voluntad "natural", con el resultado de que "también el incapaz de culpa puede obrar dolosamente" (pág. 63), sin que ello determine la "reprochabilidad" de la formación de esa voluntad. Definiendo a continuación el dolo como la "voluntad del resultado"; querer que implica cierto grado de "saber" y abarca fundamentalmente toda la parte objetiva del tipo; debe haber congruencia entre la parte objetiva y la subjetiva, de modo que la falta de una u otra anulan la tipicidad en todo o en parte.

Esta tipicidad establece en relación con el acto una presunción rebatible de antijuridicidad, con la consecuencia de que ésta no ha de probarse, sino, al contrario, que lo que ha de establecerse es su falta. Por ello, comienza Maurach el estudio de la antijuridicidad afirmando que no se ha de ocupar tanto de ella como de las causas que la excluyen, es decir, de las causas de justificación o de exclusión del injusto.

La antijuridicidad implica un juicio de valor sobre la acción, que no formula la ley penal sino la norma; por consiguiente, las causas de exclusión del injusto también nacen de la relación entre la acción y la norma. Es decir, que aunque la acción sea típica, si no se opone a la norma, deja de ser antijurídica. Sobre las causas de justificación no puede establecerse un principio general, y por ello, dice Maurach, han de estudiarse por grupos, formados por la ley o por la costumbre. Y así

señala la legítima defensa, el estado de necesidad, la colisión de deberes, el ejercicio de derechos y deberes y el consentimiento (aun presunto) del lesionado.

Pero con las notas de tipicidad y antijuridicidad sólo se ha caracterizado la acción, sin llegar a establecer el juicio de valor sobre el sujeto. Para fundamentar la responsabilidad del autor es preciso hallar una relación entre él y el acto, en virtud de la cual pueda considerarse la acción como propia del sujeto. Y aquí también formula Maurach una opinión propia, apartándose de las doctrinas dominantes que no pueden dar una base firme y unitaria a las dos modalidades de la reacción penal: Pena y medida de seguridad, correspondientes a los dos fines del Derecho penal, y basadas, una, en la culpabilidad y otra en la peligrosidad.

Para hallar un elemento básico común, acude a la atribuibilidad (*Zurechenbarkeit*), considerada como la "demostración de que el autor, al ejecutar su acción, no se ha comportado conforme a las exigencias de la comunidad (pág. 89), lo que implica un juicio de disvalor, pero no un juicio de reproche, ya que éste sólo puede hacerse contra aquel de quien se podía esperar que obrase conforme a la norma. La atribuibilidad dice, por tanto, solamente, que la acción se atribuye o achaca al autor como propia, pero no el "cómo" de la atribución. Tal atribuibilidad se justifica en la convivencia humana y es una pura necesidad práctica; pero luego se diversifica en dos grados: la responsabilidad fáctica (*Tatverantwortung*), que sólo se excluye cuando el sujeto obra en condiciones absolutamente anormales, y la culpabilidad (*Schuld*), que, además de los presupuestos de la anterior, implica un reproche que se hace al autor por la motivación de su acto. Esta es un tramo superior a aquella y sólo obra culpablemente quien puede sufrir la influencia determinante de las normas. Mientras la responsabilidad fáctica da lugar al delito, la culpabilidad da lugar a la acción punible. Aquél trae como consecuencia la medida preventiva o de seguridad; la segunda, la pena.

Estudiada la responsabilidad fáctica y las causas que la excluyen, se ocupa Maurach con más detenimiento de la culpabilidad. Esta exige como presupuesto la imputabilidad o capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*), comprensiva de la conciencia y libertad y la conciencia de la antijuridicidad; la imputabilidad (cualidad del hombre normal llegado a la madurez) puede excluirse o disminuirse por falta de desarrollo (edad, sordomudez) o por perturbaciones espirituales.

Termina el estudio de la acción dolosa con los problemas que plantea los grados de ejecución.

El tercer capítulo principal de esta parte se dedica al estudio de la acción culposa, caracterizada fundamentalmente por la falta de congruencia entre la voluntad y el resultado; examinando los problemas de su esencia, tipicidad, antijuridicidad, atribuibilidad y culpabilidad con principios semejantes, "mutatis mutandi", a los de la acción dolosa.

Y termina la parte segunda con unos capítulos dedicados a la autoría, participación y pluralidad de delitos.

La tercera parte, bajo el título de la "Acción judicial penal", que se lleva a cabo mediante la imposición y ejecución de las penas y medidas preventivas, comprende la teoría de las penas, dentro de lo cual estudia Maurach el sistema de penas, la individualización de las mismas, las medidas preventivas, los medios de acción del Derecho penal juvenil y los presupuestos e impedimentos de la punibilidad.

Se completa el libro con un minucioso índice alfabético y un apéndice de cuadros sinópticos para la elaboración de sentencias.

F. A. C.

MEZGER, Edmund: "Strafrecht". Ein Studienbuch. I. Allgemeiner Teil (Derecho penal. Un libro de estudio. I. Parte general).—Biederstein Verlag, Munich y Berlín, 1948.—274 págs.

La destacada personalidad de Edmundo Mezger, profesor de la Universidad de Munich, y sus doctrinas penales, que tan profunda influencia han ejercido en los penalistas modernos, son perfectamente conocidas en España gracias a sus publicaciones fundamentales: el Tratado de Derecho penal y la Criminología, puestas al alcance de todos los estudiosos españoles por las meritísimas traducciones del Dr. Rodríguez Muñoz. Ahora damos cuenta de una nueva publicación del autor alemán. Después de su tratado (Lehrbuch) dedicado a un estudio amplio y minucioso de investigación, publicó el Manual o Esquemas (Grundriss) de Derecho penal alemán (3.^a ed., 1943; y 1.^a, si no recordamos mal, de 1937), que era un libro de clase, breve y conciso, destinado, como él mismo dice, principalmente, a grabar en la memoria los fundamentos del Derecho penal. Y ahora publica un tercer libro sobre Derecho penal, con el subtítulo de "libro de estudio", que, poniendo de relieve lo más importante de la doctrina penal, excita al estudioso a buscar más amplios horizontes, facilitándole la tarea. Es decir, algo intermedio entre las dos publicaciones anteriores.

Y al mismo tiempo que persigue este fin teórico, sirve el libro de hoy a la necesidad de reconstruir el Derecho penal alemán, tan afectado por las disposiciones postbélicas de las potencias de ocupación; reconstrucción que, sin embargo, no supone la necesidad de abandonar todos los principios que se habían evidenciado como verdaderos, ya que la ciencia busca los principios de la verdad, y una vez encontrados los debe mantener, aunque varíen las aplicaciones prácticas de ellos según los tiempos y lugares.

La nueva obra ha de constar de tres tomos o partes. En la primera, de que damos cuenta, se estudia la parte general del Derecho penal, es decir, aquellos principios fundamentales y generales de que se ha de hacer aplicación al estudiar los delitos concretos. En la segunda se estudiarán los delitos concretos, desde un punto de vista jurídico; y en la tercera, con el título de Criminología, se presentará la teoría de la fenomenología real del delito.

La sistemática de esta parte general es semejante en líneas a todas las de otras obras. Comprende una primera parte destinada al estudio de la ley penal; otra, segunda, al examen de la acción punible o delito en general; y una tercera parte dedicada al estudio de la pena, como consecuencia jurídica del delito.

En general, podemos afirmar que se mantiene Mezger en la misma línea ideológica sentada en su Tratado, considerando al delito como la totalidad o conjunto de los presupuestos de la imposición de la pena. Ciertamente, contiene, respecto de su Tratado, una variación, más de forma que de fondo, al dar el concepto del delito, puesto que en lugar de hablar de la acción típicamente antijurídica, personalmente imputable y conminada con una pena. Pero, como él dice, esto no implica alteración esencial, puesto que la culpabilidad tiene su esencia en la imputabilidad personal; y en cuanto a la introducción de la punibilidad en la definición de la acción punible, aunque supone una tautología y supone definir por las consecuencias, en lugar de por las características, no resulta perjudicial, sino beneficioso, por cuanto la característica del delito queda definida con toda precisión por esta consecuencia penal. Aparte de que todo ello no supone novedad en Mezger, quien ya había adoptado esta definición en su Manual, y ahora no hace más que ratificar la postura, por estimarla acertada.

Por lo demás, como ya decimos, salvo ligeras variaciones, la doctrina expuesta coincide con la del Tratado, suficientemente conocida, lo que nos releva de entrar en pormenores sobre ella.

F. A. C.

ANTON ONECA Y RODRIGUEZ MUÑOZ: "Derecho penal".—Madrid, 1949.—Dos volúmenes, 654 y 531 págs.

Según nos dicen los autores en el Prólogo, se dedica esta obra "a estudiantes, opositores y profesionales en general", y partiendo de la base de que "la mayoría de los universitarios con vocación criminalista se consagran a la Judicatura", su plan se adapta al último programa publicado para estas oposiciones; contestando a quienes les objetan el destino dado a la obra que "no hay misión más importante para un penalista que contribuir a la formación de quienes van a ejercer funciones judiciales".

Ante la imposibilidad de hacer un resumen, dada su extensión, nos limitaremos a dar una idea de su contenido.

El tomo primero, que se debe al catedrático de Salamanca Sr. Oneca, contiene un estudio de la parte general, dividido en una Introducción y dos Tratados.

En la Introducción, que consta de trece capítulos, se expone: el concepto del Derecho penal, las Ciencias penales, las Teorías penales, las Teorías penales en España, evolución del Derecho penal, evolución del Derecho penal español, el Código penal de 1944, Legislación penal espe-

cial, Fuentes del Derecho penal, la Ley penal en el tiempo, la Ley penal en el espacio y la extradición.

En el Tratado primero, titulado "El delito", se estudia en cuatro "secciones", que comprenden del capítulo XIV al LXI, el delito y sus caracteres—concepto, clasificación, sujetos, acción, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad—; las eximentes—causas de justificación e inculpabilidad y excusas absolutorias—; las circunstancias—atenuantes y agravantes—, y las formas del delito—tentativa y consumación, teoría general de la codelinuencia, unidad y pluralidad de delitos—.

El Tratado segundo está dedicado al estudio de "Las sanciones", y en él se trata de las penas, de las medidas de seguridad y de las sanciones reparadoras.

Finaliza este tomo con unas Adiciones y una Introducción a la parte especial, realizadas con el fin de adaptar la obra a otros programas últimamente publicados.

La parte especial, que debía haber sido expuesta por el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia, D. José Arturo Rodríguez Muñoz, y que constituye la materia del tomo segundo, debido al estado de salud de este ilustre penalista, ha sido elaborada por los señores Jaso y Rodríguez Devesa, bajo la dirección del citado maestro.

Consta este libro segundo de cuarenta y dos capítulos, de los que los treinta y siete primeros están dedicados a la exposición de la parte especial del vigente Código penal, siguiéndose en la misma el orden adoptado en este Cuerpo legal.

En los cinco capítulos restantes se trata de la legislación penal especial y de los Códigos de Justicia Militar y de nuestro Protectorado en Marruecos.

En fin, que, como dice uno de los autores, no nos encontramos ante una de esas "contestaciones" que se hilvanan precipitadamente con el exclusivo objeto de facilitar la tarea de los opositores.

C. C. H.

L. RADZINOWICZ y J. W. C. TURNER: "The journal of Criminal Science".—MacMillan and Co., Limited. London, 1948.—207 págs.

Bajo el título de "The Journal of Criminal Science" se recogen diversos estudios y monografías que el Departamento de Ciencia Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge publica en este su primer volumen. Estos aparecerán "de vez en cuando", según propia explicación de los compiladores, y su intención es la de que sean de igual utilidad para aquellos que toman parte en la administración de justicia que para los que solamente se interesan por los problemas del crimen en la sociedad moderna.

En este primer volumen se publican once trabajos, firmados por una serie de personas que abarcan desde profesores universitarios, lo mismo ingleses que extranjeros, hasta médicos e incluso miembros de la Policía

inglesa. Esta mezcla heterogénea de autores es buena prueba del espíritu divulgador que, junto al científico, inspira el libro que tenemos ante nosotros.

De todos estos trabajos consideraremos con mayor extensión y detenimiento, aunque aparezca en sexto lugar, el que bajo el título de "El tratamiento de los delincuentes políticos en algunos países extranjeros" ha escrito el Dr. J. M. van Bemmellen, profesor de Derecho penal y Director del Instituto Criminológico de la Universidad de Leyden (Holanda), debido no sólo a su importancia científica y a su palpitante actualidad, sino también a que su estudio hace referencia a nuestro país.

Empieza el ilustre catedrático por pasar revista a los países que tienen una población penal de origen político, y entre ellos menciona a España, aunque esto no sea ya cierto en estos momentos; pero por la falta de información concreta sobre este asunto puede no estar bien informado.

Considera que el origen de una tal cantidad de delincuentes políticos se debe a las especiales circunstancias de la pasada guerra. Pero los diferentes países no se enfrentan sólo con este problema, sino principalmente con el más arduo de su juicio y pena subsiguiente. Para estudiar esto va recorriendo los diferentes sistemas legislativos de Bélgica, Francia, Dinamarca y Noruega, sus diversas realizaciones prácticas y el proceso por que han tenido que pasar. En todos ellos se han considerado como delitos punibles las diversas formas de colaboración más o menos intensa con el enemigo; en todos se les aplican unas penas muy rigurosas, incluso la misma pena de muerte; pero también es indudable, aunque no en todos suceda, que hay que distinguir entre delitos políticos punibles y no punibles. Aquí es donde surgen la mayor parte de las discrepancias entre los Estados.

Otro de los aspectos tratados por el autor, y el que más nos interesa a nosotros como españoles, es el del olvido en que ha caído la norma de excluir estos delitos de los acuerdos de extradición. A este respecto dice que la exigibilidad de la extradición es perfectamente comprensible entre aliados, pero no en un caso como aquel en que Bélgica exigía de España la extradición o mejor dicho la expulsión de Degrelle, al que España nunca había dado permiso para permanecer en su territorio. Aun el mismo tratado de extradición hispano-belga de 17 de junio de 1870 y la declaración adicional de 28 de enero de 1876 no conceden una base segura para tratar a Degrelle como delincuente político. Abundando en esta misma opinión, cita el artículo de M. Rolin, aparecido el 29 de septiembre de 1946 en el "Journal des Tribunaux" con el título de "L'affaire Degrelle devant l'ONU (Organisation des Nations Unies)", en el que este último autor asegura que después de analizar los acuerdos existentes entre los dos países no ve la posibilidad de exigir la extradición del citado político belga.

De todas formas, continúa el ilustre profesor van Bemmellen, aunque hay delitos que por ir contra la esencia de un país no deben gozar de la posición privilegiada de los delitos políticos y sí ser considerados

como meros delitos comunes, de todas formas los delitos comunes deberían ser exciuidos de los acuerdos de extradición, como fué costumbre en el pasado.

Termina su estudio asegurando que no todos los colaboradores con el eremigo lo fueron voluntariamente y que sobre todas las cosas hay que dar solución al problema de las prisiones y los campos de concentración superpoblados, castigando a los verdaderos culpables y poniendo en libertad a aquellos que no lo fueran, pues solamente un plan serio y meditado y grandes sacrificios y generosidad por parte de los Estados victoriosos podrán traer el renacer de la cultura y la civilización europeas.

De las restantes monografías, una sobre "la responsabilidad de las Corporaciones según la Ley penal", debida a la pluma de Sir Roland Burrows, Magistrado de Cambridge, es la que inicia este volumen y en la que el autor examina la imposibilidad de juzgar a estas entidades por no poder imputárseles el delito al carecer de "mens rea", y, sobre todo, por la imposibilidad de aplicarles la pena. Esta tendencia ha sido recogida en diversas sentencias que el autor considera aisladamente, aunque termina su artículo asegurando que los delitos que llevan aparejada pena de multa, sí pueden imputárseles a las Corporaciones, como excepción de la regla mencionada.

A continuación sigue el trabajo del profesor Donald R. Taft, de la Universidad de Illinois, titulado "Investigación sociológica en la Criminología de los Estados Unidos", en el que después de dividir la Criminología en ciencia que estudia el delito, su prevención y su tratamiento, dedica su estudio a la primera parte de esta división y analiza todas sus causas, posibles tipos, y pone ejemplos de esta clase de investigación entre los profesores de los Estados Unidos.

Otro artículo, el que aparece en tercer lugar y el oncenso, tratan del aspecto médico-legal del delito. Así el titulado "Delito sexual" por el Dr. Sir William Norwood East, y el que se debe a G. Ellenbogen, y llamado "Los principios de la Ley penal relativos a a demencia". En el primero examina su autor los diversos aspectos o manifestaciones del delito sexual y dice que los delincuentes són más bien enfermos, por lo que las penas actuales debían ser sustituidas por medidas médicas que los curasen de su padecimiento. En el segundo se estudian la demencia, el ánimo intencional ("mens rea"), los intervalos de lucidez y demás problemas unidos a esta materia, lo mismo en Inglaterra que en otros países, pero sobre todo las reglas de Macnaghten, utilizadas en la práctica judicial inglesa, y su reforma.

Tres trabajos tratan de la organización y de los métodos policíacos ingleses, que son los titulados "La organización de la Policía metropolitana", por Sir Harold Scott, Comisario de Policía de la Metrópoli; "Métodos de detección criminal", por Ronald Martin Howe, Comisario adjunto encargado del Departamento de Investigación Criminal de Nueva Scotland Yard, y "La exhibición de la Policía", debido a F. T. Tarry, Inspector de la Policía rural.

Las tres restantes monografías están dedicadas, respectivamente, a "La protección del acusado", por A. C. L. Morrison, ex jefe de la Oficina del Tribunal Metropolitano de Magistrados, que trata este aspecto no como jurista ni como juez, sino como persona que ha asistido a muchos juicios, y estima que el sistema actual de excesiva protección del acusado impide más que facilita la acción normal de la justicia; a un "Proyecto de Código de reglas mínimas para el tratamiento de las personas sospechosas o acusadas de delitos", escrito por el profesor S. Glaser, que ha sido el Presidente de Comité redactor según propuesta de la conferencia tenida en noviembre de 1941 entre los representantes de los Gobiernos aliados y el Departamento de Ciencia Criminal de la Universidad de Cambridge, y la última a un dictamen preparado por la Sección de Libertad vigilada del Ministerio del Interior inglés sobre "Preparación para el desempeño del cargo de Oficial de libertad vigilada en Inglaterra y Gales", en el que se dan normas para este objeto.

En resumen, este primer volumen del "The Journal of Criminal Science" es una prueba más de la inquietud del citado Departamento de Ciencia Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cambridge, que tan gran labor viene desarrollando en el marco de nuestra disciplina con sus "English Studies in Criminal Science" y ahora con esta publicación de que nos hemos ocupado.

Joaquín de AGUILERA

RANIERI, Silvio: "Il concorso di piu persone in un reato".—Milano, 1949.

El Profesor de Derecho penal de la Universidad de Bolonia estudia en esta monografía los problemas del concurso de delincuentes, comenzando por analizar su concepto y estructura y haciendo una labor crítica de las teorías, tanto la unitaria como la subjetiva, para referirse a la que con fundamento en la exposición de motivos del vigente Código italiano lo fundamenta en el principio causal, que considera insuficiente.

Se refiere después Ranieri a la naturaleza jurídica del concurso de varias personas en un delito y la concreta dentro de los requisitos indispensables de variedad de conductas colaboradoras, que se distinguen a pesar de la unidad que en su conjunto componen, como se diferencian las partes del todo del cual son fragmentos: que se resuelve en una sola figura criminosa, en la que aparecen vinculadas todas las conductas íntimamente en un nexo de interdependencia y de coordinación. Por ello estas conductas no son solamente eficaces conjuntamente en la formación de un sistema del que forman parte, sino que se encuentran vinculadas en la producción del resultado, que en su conjunto pertenece a todas y a cada una de ellas. Conductas subordinadas a una sola voluntad de naturaleza análoga, que se proyectan en la misma dirección y hacia el mismo objetivo, con conocimiento de todos los copartícipes en su concurrencia a la actuación de la conducta del autor, implicando una unificación de actuación en una operación unitaria.

Para Ranieri es indiferente que el autor o alguno de los coparticipes no sea imputable y también que no sean punibles. Por otra parte, es también indiferente que todos los sujetos no posean las condiciones o cualidades personales o en aquella relación con el ofendido que haga cambiar el tipo de delito, ni siquiera que algunos de ellos carezcan de la cualidad personal requerida en la Ley "en los delitos especiales o propios", así como que algunos de los concurrentes no posean la cualidad personal requerida en la Ley para algunos delitos (incesto, desertión, falso testimonio). Esta indiferencia la aprecia también Ranieri en la concurrencia o no en relación con uno de los codelictuentes en circunstancias objetivas agravantes o atenuantes o subjetivas distintas de aquellas que han servido para facilitar la ejecución del mismo delito.

Más adelante se refiere el autor a las distintas especies del concurso de varias personas en un delito, estudiando sucesivamente la forma y dentro de ella los autores, ejecutores, cooperadores inmediatos, auxiliares, así como el concurso mediante inducción y el agente provocador, refiriéndose a las condiciones comunes. Analiza luego los supuestos de agravación o atenuación y el problema del error sobre las circunstancias objetivas y subjetivas para estudiar a continuación el concurso de personas en las distintas clases de delitos, con especial referencia a la tentativa, delitos culposos, prurisubjetivos, preterintencionales y cualificados por el resultado, en las faltas, en los delitos continuados y permanentes, habituales, complejos, progresivos, etc.

Termina el Profesor Ranieri su interesantísima monografía con un capítulo que dedica a las relaciones del Derecho penal sustantivo y procesal, así como a las consecuencias civiles del delito, refiriéndose al tiempo con el problema de la prescripción y al lugar con el de la competencia, tanto en los delitos cometidos íntegramente en el territorio de un Estado como en los perpetrados parcialmente en un territorio y en otro. Estudia la extensión de la querrela, de la renuncia y de la remisión, la aplicación de la pena, el pago de las costas procesales y los efectos civiles, todo ello en relación al problema objeto de estudio del concurso de delinquentes, que define como un hecho conforme a un modelo legal que aparece cometido con la cooperación de varios sujetos activos, la pluralidad de los cuales no es elemento necesario para la noción abstracta del referido delito. Esta definición distingue perfectamente esta modalidad delictiva del llamado delito plurisubjetivo, no solamente porque aparece así descrito en un tipo legal que lo prevé como delito, sino también porque la pluralidad de sujetos activos, lejos de ser eventual, como en el que es objeto de estudio por Ranieri, se presenta como elemento constitutivo. Como consecuencia de lo que antecede, y según el pensamiento del autor, no existe concurso criminoso de personas cuando o falta una pluralidad de sujetos activos o faltan conductas eficazmente colaboradoras en la producción de un determinado hecho punible, o la voluntad de participar o, naturalmente, el modelo tipo legal. De esta definición, y con ello terminamos, podemos deducir que son elementos constitutivos de la figura jurídica que el Profesor Ranieri analiza la

plu alidad de conductas, la relevancia causal de las mismas, la voluntad de la participación y la identidad del delito para todos los sujetos.

No será necesario decir, por último, que las cuestiones tratadas por el distinguido penalista italiano, cuya obra anotamos, son del mayor interés y que las conclusiones y sugerencias que aparecen a lo largo de su estudio constituyen, sin duda, una excelente aportación a nuestra ciencia. Muchos de estos problemas habían sido ya tratados por el autor con anterioridad; pero la publicación a que nos referimos hoy, como reconoce su autor, aporta mayor número de cuestiones y distintas soluciones en algunos casos.

V. S. M.

RIVERA SILVA, Manuel: "Los delitos fiscales comentados".—Ediciones Botas.—Méjico, 1949.—181 págs.

Tiene por objeto este cuidadoso trabajo del ilustre catedrático mejicano el comentario del título sexto del Código fiscal, donde han sido agrupados aquellos tipos delictivos que producen, o pueden producir, algún daño al patrimonio del Fisco y que con anterioridad se encontraban en distintas Leyes, tales como la de Aduanas; Tabacos labrados; Defraudación impositiva en materia federal; Impuesto sobre alcoholes, aguardientes y mieles incristalizables, etc.; también se añaden nuevas disposiciones para colmar las lagunas existentes en este cúmulo de preceptos dispersos.

En la "Introducción" expresa el autor su propósito al decir que se trata de unas "simples notas redactadas con la finalidad de que el no versado en la materia pueda interpretar correctamente las prevenciones positivas".

El capítulo I contiene la exégesis de los artículos 237 a 291, que contienen las "disposiciones generales"; en ellas se dispone que esta clase de delitos solamente pueden ser sometidos intencionalmente, y se dictan normas especiales en relación a la reincidencia, reparación del daño y condena condicional, dejándose en vigor, en lo no especialmente previsto, las normas del Código penal.

Contienen los capítulos II a VII un cuidadoso comentario y profundo estudio de los artículos 242 a 283, comprensivos de las siguientes materias: I. Contrabando simple; II. Contrabando calificado; III. Encubrimiento en materia de contrabando; IV. Asociación delictuosa en materia de contrabando; V. Exportación o importación de artículos cuya importación o exportación está prohibida; VI. Robo de mercancías que se encuentran en el dominio fiscal; VII. Daño en propiedad ajena de mercancía que se encuentra en el dominio fiscal; VIII. Falsificación de los punzones, dados o matrices que se usan para la impresión de estampillas fiscales; IX. Falsificación de Timbres fiscales; X. Uso de Timbres fiscales; XI. Defraudación genérica; XII. Defraudaciones específicas: a) por simulación; b) por falsas declaraciones; c) por indebida retención del

impuesto; d) por omisión de documentos; e) por ocultación de bienes; f) por ausencia o falsedad de datos necesarios para la determinación de la producción gravable; g) por ocultación de la producción; h) por no proporcionar o hacerlo con falsedad los datos necesarios para la determinación de los impuestos comerciales; i) por doble contabilidad; j) por circulación de producto sin el Timbre correspondiente; k) por destrucción o semidestrucción de los libros de contabilidad, y l) por sustitución de páginas en los libros de contabilidad; XIII. Elaboración clandestina; XIV. Comercio clandestino; XV. Encubrimiento en la elaboración o comercio clandestino; XVI. Rompimiento de sellos.

Continúa con el estudio de las cuatro disposiciones transitorias, en virtud de las cuales se declara en vigor en "toda la República" el texto reformado y se derogan las disposiciones, tanto penales como administrativas, que se opongan a la misma y estén contenidas en las Leyes fiscales, dejando en vigor aquéllas que no la contradigan, así como todas las que contengan sanciones de mero carácter administrativo.

Sigue el sistema de comenzar el comentario, con base en la interpretación auténtica, exponiendo la parte de la exposición de motivos que hace referencia a cada artículo, para después, con unos científicos y bien sistematizados comentarios, aclarar las dudas que en cada caso pudieran presentarse.

Rivera Silva, en este magnífico trabajo, ha conseguido mucho más de lo que modestamente indica constituían sus propósitos, ofreciéndonos una obra de gran interés en esta moderna rama del Derecho penal, en la que, como indica, se persigue con más interés la reparación del daño causado al Fisco que la reeducación del infractor.

C. C. H.

RONCAGLI, Giorgio: "Analogia e consuetudine".—Milano, 1949.

En torno al tema de analogía y costumbre, desarrolla Roncagli diferentes problemas que se polarizan en relación a las cuestiones de la identidad entre los supuestos de hecho análogos y consuetudinarios, que trata de demostrar desde el punto de vista lógico, doctrinal e histórico. Sostiene la tesis de que la costumbre es límite de la interpretación teológica, planteando el problema en torno a la extensión de la analogía, que califica de una especie de "transformador" jurídico, no distinto de cualquier otro transformador de energía, y mediante el cual una norma aplicable desde el punto de vista estático a un supuesto viene adaptada a un caso distinto, pero de igual valor teleológico (analogía creadora). Además, una norma considerada por el legislador bajo un perfil teleológico, como en el caso de la costumbre, se coloca en su momento estático sobre el mismo plano de otras dictadas por el legislador (analogía interpretativa).

Estos conceptos los estudia el autor a través de los capítulos que titula Analogía y Tentativa, Analogía y Posesión, Analogía y Amnistía y

Conexión y Perseguibilidad de oficio, estableciendo las conclusiones de que el delito intentado aparece compuesto de dos elementos: a) De un elemento subjetivo o voluntad de violar una norma que tipifica un delito, y b) De un elemento objetivo o efectiva violación de una norma de Derecho positivo penal escrita análoga o consuetudinaria.

En relación al tema de Analogía y Posesión establece la conclusión de que aquella situación jurídica aparece como protección "erga omnes", o bien en ocasiones con una protección más débil, que califica de obligatoria, como se observa, respectivamente, en los delitos de hurto y apropiación indebida, y con la consecuencia de que toda "pertenencia" aparece protegida penalmente.

En definitiva, Roncagli trata de demostrar que, por lo menos en algunos casos, las fórmulas de Derecho contrastan con la realidad, con lo que ponen de relieve su absoluta inconsistencia, y con la conclusión de que, por lo que se refiere al derecho material, el principio de identidad (eadem-ratio) no puede ser violado impunemente.

En tanto que desde el punto de vista del Derecho procesal, es decir, sobre el plano de las normas instrumentales, semejante proposición es posible, como ocurre, por ejemplo, con la cosa juzgada, que se proclama como verdad aunque no lo sea. El camino recto para el autor, siguiendo la tradición carrariana y los modernos métodos de investigación, es que el Derecho penal con metodología latina se mantenga en contacto con la realidad.

El libro de Roncagli pone a debate una serie de cuestiones fundamentales de nuestra disciplina y revela, por lo que a la analogía respecta, que desde ángulo jurídico plantea múltiples problemas, que no quieren percibir los que obsesionados por el tema político se figuran que en esta materia no existe más cuestión que la polarizada en torno al principio "nullum crimen sine lege", indispensable por lo demás para la paz social, pero que no agota ni con mucho todos los aspectos de la analogía, como brillantemente ha reiterado Carnelutti.

V. S. M.

DEL ROSAL, Juan: "La personalidad del delincuente en la técnica penal". Valladolid, 1949.

En este interesantísimo libro del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid y prestigioso Catedrático del Derecho penal se estudian una serie de problemas, tanto desde el punto de vista histórico dogmático como del ángulo técnico-crítico.

El autor divide la obra en dos partes; en la primera se refiere al llamado "Derecho penal de autor", en sus presupuestos fundamentales, en su significación y alcance y en los aspectos que presenta, refiriendo la cuestión a la legislación española. Con una abundantísima bibliografía establece conclusiones del mayor interés, considerando que el Derecho penal de autor representa un intento de revisión a fondo de todos

los principios informadores del Derecho penal actual, sin parentesco con la doctrina positivista en este respecto, y señalando que implica una modificación en gran escala de los puntos fundamentales de la teoría jurídica del delito y señalando acertadamente cómo las dos entidades específicas de este Derecho penal son el criminalológico y el normativo.

Además, el Profesor Del Rosal destaca cómo el "tipo de autor" es caracterizable en virtud de diferentes rasgos, sin dejar de notar la extrema vaguedad e incertidumbre en punto "a lo que realmente es", debiendo de contarse, pese a las dificultades, con este "Derecho penal de autor" bien para superar sus postulados o para criticarlos, pero de todos modos estimando que son implicaciones del saber penal moderno. Por lo que se refiere al problema en el Derecho español, nuestro colega de Valladolid señala cómo la legislación penal española vigente recoge numerosos elementos subjetivo-personales, lo que representa un progreso técnico y dogmático, la exigencia de una mayor ponderación de los Tribunales, y si bien se avizoran horizontes para fijar una tipología de individuos con tendencia peligrosa, los supuestos de tipos normativos de autor son botones de muestra que permitirán en el futuro tener en cuenta esta temática del Derecho penal de autor.

La segunda parte de la obra que anotamos se refiere a las ideas histórico-dogmáticas del Código penal de 1944, en sus antecedentes legislativos y en sus principios informadores, para analizar con gran cuidado el sentido y alcance del ordenamiento jurídico-penal y, sobre todo, la estimación del elemento social del Código penal español.

En el último capítulo se refiere Del Rosal al orden político y orden penal en forma esquemática, estudiando los aspectos fundamentales de la influencia política de sistema penal, para establecer como conclusiones que el orden penal habrá de ponerse al servicio de valores políticos, sociales y culturales, nacidos de una conclusión moral que no acabe su existencia en el rocío mañanero de cada día, y que, como consecuencia, el Derecho penal revalorice la posición humana y profundamente cristiana del hombre, humanizando de esta suerte el área de las instrucciones penales. Condición indeclinable, como dice Del Rosal, es un clima político accesible a una ideología en que el individuo goce de libertad y dignidad propias de su natural existencia de ser moral, manteniendo el dogma de la legalidad de los delitos y de las penas, con prohibición de un intervencionalismo estatal fundado en testimonio de la peligrosidad del agente. Además, el ordenamiento jurídico penal ejercerá la función externa de reparo y protección de los valores morales, político-sociales y culturales, desterrando todo cuanto suponga un régimen de "terror penal", y en última instancia, asegura Del Rosal, los fundamentos de un Derecho penal hallarán su existencia de una justicia concreta dentro de los estrictos límites de la Ley; en una idea profunda de servir el orden legal a la verdad moral y universal de un humanitarismo cristiano; en la caridad y misericordia con que deben contemplarse los postulados de la justicia, cifrada en la Ley establecida por un Estado, que más que dominar "sirve" a la finalidad ética de la vida humana. Del

Rosal, en esta obra, sigue la línea del nuevo humanismo penal que representa en nuestra patria una corriente contemporánea, que en Italia alcanza en estos momentos gran brillantez con las aportaciones de Bettiol, Leone, Carnelutti y otros, que de vuelta de tantas soluciones materialistas clavan el arpón de su pensamiento en la tierra fecunda donde germina el destino trascendental del hombre.

Ni que decir tiene que la obra que anotamos plantea problemas de extraordinario valor, que por lo demás tuvimos ya la fortuna de conocer en las brillantísimas conferencias que el Profesor Del Rosal pronunció en nuestra Universidad ovetense.

En nombre de la Facultad de Derecho de esta Universidad, a la que gentilmente dedica el autor este libro, agradecemos la atención y el recuerdo.

V. S. M.

PROF. DR. ADOLF SCHONKE: "Strafgesetzbuch Kommentar", 4.^a edición.—Biederstein Verlag.—Munich y Berlín, 1949.—XII, 846 págs.

Poco podemos añadir a cuanto, hace pocos meses, escribíamos en la nota publicada en este ANUARIO (tomo I, fascículo II, págs. 334-336) sobre la tercera edición de la importante obra del conocido Profesor de la Universidad de Friburgo, en Brisgovia.

Esta cuarta edición contiene, como la anterior, una excelente reseña de los precedentes del vigente Código penal alemán y de los proyectos elaborados para su reforma. También se mantiene en ella la breve y jugosa exposición de la moderna doctrina alemana sobre el delito, el "Tatbestand", la relación de causalidad, división de los hechos punibles, delitos de omisión en general y falsos delitos de omisión. En el curso del comentario al texto legal hallamos también nuevas referencias a la moderna doctrina penal, en particular a la alemana.

El gran éxito alcanzado por las anteriores será con seguridad superado por esta nueva edición, de interés extraordinario, no sólo para el penalista alemán, sino también para el extranjero, que encontrará en las páginas de este libro, además de un claro y profundo comentario del texto legal alemán, una amplia noticia de la jurisprudencia criminal alemana y de la literatura penal de este país.

E. C. C.

SILVA MELERO, Valentín: "Direcciones de la justicia penal contemporánea".—Separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia".—Madrid, 1949.—44 págs.

Se desenvuelve tan interesante materia dentro de los titulares siguientes: "El legado del iluminismo". "Las primeras influencias reformadoras". "Repercusiones de las revoluciones modernas". "Algunos pro-

cesos contemporáneos". "El proceso de Nuremberg". "La confesión del acusado y el problema del narcoanálisis". "La corriente contemporánea humanizadora", que resume perfectamente la lucha entre la materialización y el espiritualismo del hombre, que encuentra su consagración en una posición positiva del Derecho, y la afirmación de que en cualquier supuesto debe respetarse la fundamental estructura racional del mismo, pronunciándose el autor por el principio de la legalidad del Derecho penal y procesal, haciendo una crítica imparcial del Derecho penal autoritario y su aplicación en el llamado proceso del "Reichstag", que implicaba una serie de problemas, entre ellos el de la constitucionalidad de la Ley y la posición del Juez en el nuevo Estado; y de las nuevas orientaciones penales y procesales del proceso de Nuremberg contra los criminales de guerra de los países europeos del Eje, donde resultó violado el postulado de la legalidad de los delitos y de las penas; y el quebrantamiento de la personalidad trascendente del delincuente como hombre con el empleo del narcoanálisis o uso de sustancias narcóticas que permiten constatar ideas, pensamientos, recuerdos y evocaciones, que quedan enterrados ordinariamente en lo más profundo de ellos. Por todas estas razones se vuelve a hablar y defender la humanización del Derecho penal, compatible con los adelantos científicos.

Una nueva monografía merítisima, que avalora la personalidad del Profesor Silva Melero, asiduo colaborador de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, que pone de manifiesto, una vez más, su selecta preparación al abordar el tema de este interesante opúsculo, trabajado a conciencia, en fuentes directas, por serle familiar la lectura de las obras de Carpzovio, Montesquieu, Beccaria, Voltaire y Rousseau, que socavaron los cimientos del Derecho penal, entonces al uso, impulsando "aquel incendio del viejo edificio de la justicia punitiva", como gráficamente expresara von Liszt.

Estudia el autor la situación de la justicia penal antes de que apareciera el libro de Beccaria. Retrata fiel e imparcialmente las arbitrariedades de las decisiones judiciales hasta el siglo XIX, sin ningún límite que implicara acatamiento a un principio de legalidad inexistente, transmisión de las penas a los herederos del inculpado, abandono de los principios del proceso acusatorio puro, configurándose dentro del principio o sistema inquisitivo con el concurso de denunciadores secretos. Con no menos claridad están expuestas las corrientes filosóficas que inspiraron la acción del positivismo penal y su crítica, que si en su origen no se correspondieron con el respeto a la libertad individual, que fué la tónica del movimiento enciclopedista clásico, más tarde se armonizaron el principio de la defensa social con el de la legalidad y todos los preceptos de la escuela clásica defendiendo los derechos de la persona humana, depurándose los conceptos y limándose las asperezas, hasta conseguir una consolidación estable en el Derecho penal que permita defenderlo de las exageraciones del Derecho "ultraautoritario" del soviétismo ruso.

H. SUTHERLAND, Edwin: "Principios de Criminología".—J. B. Lippincott Company.—Chicago, Filadelfia, New York, 1947.—643 págs.

Consta de 29 capítulos esta cuarta edición de la obra del Profesor de Sociología de la Universidad de Indiana. Además de breve prefacio (en el que señala la carencia de postulados científicos en la Criminología, como principal defecto de que la misma adolece) se ofrecen los consabidos índices alfabéticos de autores y materias, figurando al pie de cada uno de los indicados capítulos la respectiva lista bibliográfica.

Para el autor, es la Criminología "el conjunto de conocimientos relativos al delito, como fenómeno social", y divide el contenido de aquélla en tres partes: a) Sociología legal (ensayo de análisis científico de las condiciones en que se aplican las Leyes penales); b) Etiología criminal, y c) Penología; término éste que no satisface a Mr. Sutherland, en cuanto con él se designan métodos que, en rigor, no revisten carácter punitivo.

Examinando las principales teorías emitidas en explicación de la génesis de la Ley penal—y entre las que se cita la de Jerome Frank, para quien tal clase de normas se justifica psicoanalíticamente como resultado del anhelo de autoridad paterna ("Law and the Modern Mind", New-York, 1930)—, se censura a los juristas no haber imitado, por regla general, el ejemplo de los médicos con las enfermedades, investigando aquellos los orígenes del crimen y los efectos del tratamiento aplicado; si bien se reconoce cómo una de las pocas excepciones el estudio de Jerome Hall sobre la evolución de las Leyes contra el hurto en la sociedad moderna ("Theft, Law and Society", Boston, 1935).

La consideración de la relatividad del concepto "delito" (aserto que respalda con curiosos ejemplos sacados del Derecho histórico comparado), de la inestabilidad de las clasificaciones adoptadas para los crímenes, de lo inadecuado que resulta deducir de ellas la catalogación de los delincuentes, todo ello induce a Mr. Sutherland a definir el delito como "síntoma de desorganización social", solamente reductible mediante determinados cambios sociales combinados con la terapéutica individual.

En el primero de los diez capítulos propiamente dedicados a la etiología del delito se resumen las características de las siguientes escuelas criminológicas: la "Clásica", fundada en la psicología "hedonista" y representada, naturalmente, por Bentham y Beccaria; la "Estadística" o "Cartográfica", equivalente anterior de la que más recientemente se ha denominado "Ecológica", caracterizada aquélla por el método gráfico-estadístico y creada por Quetelet y A. M. Guerry y actualizada por Alfredo Lindesmith y Yale Levin ("The Lombrosian Myth in Criminology", "English Ecology and Criminology of the Past Century": Amer. Jour. Sociol. y Jour. Crim. Law & Criminol; ambas de marzo de 1937); la "Socialista" (basada en el determinismo económico y de metodología estadística también); la "Tipológica", integrada a su vez por la "Lombrosiana", la de experimentación "Mental" y la "Psiquiátrica", según se aprecien como síntoma peculiar o factor esencial de la criminalidad

la morfología, la debilidad mental, causa de no poder apreciar el individuo los efectos de su conducta o el significado legal (H. H. Goddard: "Feeble-mindedness", New-York, 1914), o los disturbios emocionales u otras psicopatías, y, finalmente, la "Sociológica", ya en sentido estricto (la conducta criminosa es expresión del grupo respectivo), bien de orientación predominantemente psicológica (interesada en la apreciación del valor de la imitación, de las actitudes y, hasta cierto punto, de las Leyes de compensación y de las de "frustración-agresión").

Estudiando el crimen en relación con el proceso social, afirma Mr. Sutherland que las revoluciones industriales y democráticas han abonado el campo de la criminalidad al incrementar la competencia o provocando la general aspiración a un nivel de vida muy elevado; o debilitando, cuando no eliminando, el freno que representan instituciones cual la Iglesia y las propias Leyes, estas últimas frecuentemente mediatizadas por el sector dominante en aras de sus privilegios.

Analiza posteriormente el autor las conclusiones fundamentales a que afluyen las teorías basadas en los factores fisiopatológicos, sin omitir los determinados por el alcoholismo y el consumo de narcóticos; estudia el crimen desde los puntos de vista etnodemocráticos, que más bien le hacen ver en la mezcla de razas y en la inmigración motivos de desarrollo en lugar de criminalidad, por cuanto estima contribuyen a las invenciones y al progreso; concede gran papel influyente a los centros e instituciones recreativos; evidencia la inseguridad de las aportaciones estadísticas a efectos del valor que debe otorgarse a las diferentes situaciones en que puede hallarse el individuo en el orden familiar; y haciendo referencia a la organización y trastornos sociales recoge, entre otros, el parecer de Ogburn sobre la relación existente entre crimen y pobreza ("Factors in the Variation of Crime among Cities": Jour. Amr. Stat. Assoc., 30; 12-34, marzo de 1935), si bien advirtiendo nuevamente del relativo valor que puede concederse a todas las conclusiones derivadas de datos estadísticos, por lo incompletas, ya que se carece de cifras sobre la llamada delincuencia de "guante blanco", o se contraen a zonas no siempre homogéneas, o abarcan períodos de tiempo relativamente cortos.

En contraste con el modo generalmente escueto y objetivo de las noticias periodísticas sobre la comisión de delitos en Gran Bretaña, se destaca la profusión y crudeza que caracteriza al relato de crímenes en la Prensa americana, tónica cuyo influjo pernicioso en las multitudes ya denotó W. I. Thomas en 1908 ("The Psychology of the Yellow Journal": Amer. Mag., 65; 496, marzo), y que Mr. Sutherland suscribe afirmando que ello es el efecto natural de la propaganda, lógica consecuencia también en la difusión mediante el cinematógrafo y la radio.

Abordando luego el tema del método que debe emplear la Criminología, problema interesante, ya que todos los estudios que dieron contenido a dicha ciencia se han dirigido a la explicación del crimen; propugna el autor se simplifique la cuestión buscando ante todo las principales "constante uniformes" que puedan existir, cuando menos, en cada cla-

se de delitos "específicos", sin que con esto se degeneren en teorización excesiva, pero sin desdeñar tampoco aquellas generalizaciones útiles en toda investigación. Al aconsejar tal método rehuye Mr. Sutherland el concepto "legal" del delito específico, que, por el contrario, observado como entidad "sociológica" permite apreciar mejor dichas "constantes". En resumen, el método en cuestión, bautizado por el propio autor con el nombre de "sistemas de conducta", tiende al descubrimiento de aquellos elementos cuya cooperación es precisa para la producción del crimen.

A continuación, y sucesivamente, se ocupa Mr. Sutherland de la Policía, de la detención preventiva y del procedimiento penal, considerando aparte el propio de los Tribunales para jóvenes.

Dentro del campo policial estima es donde más entusiasmo se viene mostrando respecto a las posibilidades que puedan ofrecer el desarrollo científico y los métodos profesionales, abogando por que los institutos de ese orden pongan también a contribución sus esfuerzos en pro del bienestar social para lograr la confianza del público—a su entender no existente en América, pese a las iniciativas de diversos departamentos de Policía—; requisitos todos necesarios para que su labor sea más eficiente.

Con respecto a la detención preventiva ofrece un programa elaborado a base de la reducción de los arrestos; de que el Estado u otras instituciones públicas se hagan cargo de las personas que viven a expensas del detenido; de que se indemnice a éste también por el Estado cuando fuere luego sobreseído, y para los menores defiende el sistema de albergues, aunque opina que no todos los actuales son los más adecuados.

Examina la organización judicial norteamericana, de la que, en términos generales e invocando el testimonio algo anticuado de Roscoe Pound, dice no cuenta con la confianza pública, desvirtuando, consiguientemente, el poder intimidativo que puedan tener las Leyes, y siendo además cara y molesta, no sólo para los presuntos, sino también para los que colaboran como testigos o jurados. (V. R. Pound: "Causes of Popular Disatisfaction of the Administration of Justice", *Rep. Amer. Bar. Assoc.*, 29; 395-417, 1906, y "Criminal Justice in America", New-York, 1930.)

Muéstrase bastante escéptico Mr. Sutherland respecto a la distinción práctica entre los Tribunales de adultos y los de menores, y no ello porque niegue a estos últimos sus ventajas, sino por estimar que en la actualidad han ido desapareciendo las razones que determinaron la escisión en ambas jurisdicciones al sustituirse el fundamento "penitenciario" que inspira las condenas de la ordinaria por el "reformador" típico en la de menores. Y a este respecto recoge la frase del Juez B. B. Lindsey: "La importancia principal del movimiento promotor de los Tribunales para jóvenes estriba en haber roto los moldes arcaicos, preparando el camino a procedimientos nuevos, tanto para los adultos como para los niños" (*The Beast*", New-York, 1910, pág. 149).

Los restantes capítulos de la obra están dedicados al examen histórico crítico de las penas, de los sistemas de castigo, de las prisiones

americanas y de los métodos orientados a la readaptación de los delinquentes, con unas consideraciones finales sobre la reincidencia, la reforma y la prevención.

Merece especial mención el criterio objetivo con que desarrolla mister Sutherland su reseña evolutiva de las medidas penales; su atinada observación sobre el hecho de que ciertas normas de trato hacia los delinquentes, hoy todavía consideradas como avances de la moderna penología, se registran ya en pueblos de condición verdaderamente primitiva, sobre todo en lo que atañe a la corrección de los menores.

Con igual afán científico estudia las penas históricamente fundamentales: la de muerte, los tormentos, la degradación social, el destierro y la deportación, el encarcelamiento y las penas pecuniarias.

Con referencia a épocas caracterizadas por el rigor de sus penas, manifiesta que, no obstante, prevalecía la idea de lograr con su aplicación la enmienda del culpable, sin ocultar que muchas censuras dirigidas a determinadas instituciones de entonces eran frecuentemente provocadas, si aducidas con algún fundamento, por los encargados directos del cuidado de los reclusos. Igualmente hace constar Mr. Sutherland que merced a prácticas piadosas se inició la mitigación de las penas, etapa que a su entender se inicia con tal procedimiento en la propia Inglaterra, a partir del siglo XIII.

Analizando el fundamento de la pena como retribución, cita la frase de James Stephen: "El procedimiento penal es al resentimiento lo que el matrimonio al afecto: la previsión legal de un impulso inevitable en el ser humano." Sin embargo, no olvida a este propósito otro aserto, el de John Dewey: "No debemos considerarnos relevados de responsabilidad por las consecuencias de nuestros procesos invocando la culpabilidad del reo." (*"Human Nature and Conduct"*, New-York, 1930, pág. 18.)

También considera la pena como medio de reforma, de intimidación y como expresión de solidaridad social, sentimiento éste que explica con la frase de A. V. Lundstedt: "El temor al castigo estriba en un sentido desarrollado en la colectividad por la aplicación de la Ley penal durante las generaciones precedentes, lo que hace regular la conducta espontáneamente, cual si se tratase de un instinto." (*"Superstition or Rationality in action for Peace"*, Londres, 1925, págs. 47 y 190.)

Igualmente advierte Sutherland de los peligros de la pena que, con frecuencia, al aislar al individuo, confirma su actitud antisocial, haciéndole más cauto para la comisión de ulterior delito, del que a veces se promueve la apología con los castigos, pues en ciertas mentalidades, y más si son graves, crean una especie de admiración hacia el penado. Además, la pena freña los esfuerzos constructivos que pudieran esperarse de los procedimientos reformadores, como lo prueba incluso la reacción que experimenta la comunidad una vez infligido el castigo.

Por todo ello, entiende cabe esperar resultados más provechosos de los intentos seriamente encaminados a precisar las condiciones psicológicas y sociales que han influido o determinado la comisión de un crimen,

encauzando luego todos esos intereses y emociones que el hecho haya podido despertar de la manera más adecuada al cambio siquiera eventual de la situación propicia a su perpetración.

Quizás la experiencia que más ha contribuido a demostrar la ineficacia de los criterios clásicos sobre la pena radica en los resultados obtenidos a través de los reformatorios y con la aplicación de los regímenes de prueba y del de libertad bajo palabra; pero sobre todo merced a los Tribunales de Menores. Si al convencimiento público ha llegado el que no se pene a un menor de diecisiete o dieciocho años ¿qué razón hay para que no se haga lo propio con el menor de veinte? Y si admitimos esto y se propugna ya ampliar la edad de exención hasta los veinticinco años, ¿por qué no abandonar el criterio "punitivo" para todos?

Mas como, en verdad, llevada a ciertos extremos esa conclusión, se suscitara sobre todo en casos graves el problema creado por la "exigencia" social de "represalia", persistente en la idiosincracia actual, la solución de tal conflicto la hace depender el autor, sin exagerar tampoco la trascendencia del clamor público, de que por el Estado se adopte un procedimiento a virtud del cual se sancione al culpable de modo que, por un lado, nadie pueda pensar que el hecho queda "impune", y por otro, que la pena no produzca mayor dolor que el preciso para la enmienda o readaptación del reo. De ahí que incluso los tratamientos no punitivos ensayados en los últimos tiempos, puesto que sólo miran a los individuos como entidades aisladas, han de completarse con los que requieren la cultura y la situación social; mas sin desorbitar el problema, como hacen quienes, aduciendo con ello una opinión meramente especulativa, proponen una amplia modificación de la estructura o de las instituciones sociales.

Más acertado es el enfoque de la cuestión hacia el ámbito local, con el que, excepción hecha de casos de grandes trastornos: guerras o crisis económicas, guarda mayor relación la criminalidad que con el nacional.

J. S. O.

VONCKEN, Jules: "Essai de condification d'un Droit international médical".—París, 1949.—105 págs.

Consta el libro de una carta de autorización del Príncipe de Mónaco; de un prólogo del Profesor de Medicina legal, Brouardel, y de una introducción del Profesor Albert de la Pradelle. La materia, tan bien ordenada como escrita, de la que sólo damos una breve referencia, por no ser propiamente de la especialidad de nuestro ANUARIO, aparece clasificada en diez capítulos, que responden a los titulares siguientes: Historia; Datos aportados de la guerra 40-45; La Medicina y los derechos fundamentales del hombre; La Medicina y el Derecho internacional; Información sobre las perspectivas de la Medicina en tiempos de gue-

rra; Los médicos y los crímenes contra la humanidad; Situación jurídica internacional del médico; La formación del médico y la organización médica sobre el plan internacional, y Los métodos de codificación, para terminar con un interesante ensayo de codificación, con el articulado correspondiente.

D. M.

REVISTA DE REVISTAS

AUSTRIA

JURISTISCHE BLAETTER

Año 71, núm. 12, 11 de junio de 1949

Junto a otros artículos de materias pertenecientes a la hacienda pública y Derecho administrativo, pública los siguientes de la especialidad de nuestro ANUARIO:

FRAUWALLNER. Josef: "ARZT UND STRAFGESETZ" (Médico y ley penal); págs. 304-305.

El Código penal austríaco dedica a los delitos cometidos por los médicos en el ejercicio de su profesión, causando muerte o lesiones por impericia o negligencia los párrafos 356, 357 y 358. Donde se establece para ellos un régimen penal que el autor estima excesivamente favorable y anticuado, propugnando un endurecimiento de la ley penal, a fin de evitar una verdadera crisis de la confianza en los médicos.

HEIDRICH (Karl): "DIE ENTWICKLUNG DER STRAFGESETZGEBUNG FÜR JUGENDLICHE RECHTSBRECHER, UND GEDANKEN ÜBER EINE REFORM DES JUGENDSTRAFRECHTS" (La evolución de la legislación penal para infractores jóvenes e ideas para una reforma del Derecho penal juvenil); págs. 305-308.

Divide el trabajo en dos partes. La primera, dedicada a la evolución del Derecho penal juvenil austríaco, da cuenta del Estado anterior al Código, de las novedades introducidas por el Código penal de 27 de mayo de 1852, y de la gran novedad de la Ley de 13 de septiembre de 1928, creadora de los Tribunales para menores, encargados de enjuiciar y reprimir los actos antijurídicos de los menores de catorce años, con arreglo a principios y utilizando medios autónomos respecto a los empleados por la jurisdicción ordinaria. La consideración de que, desde entonces, ha evolucionado grandemente la concepción del Derecho penal propiamente dicho, para mayores, que se ha acercado en buena parte a los principios correccionales y subjetivistas del Derecho de menores, le da pie para considerar muy indicado emprender una reforma del Derecho especial, en que, sin abandonar los méritos fundamentales de la ley vigente, se dé cabida en ella a novedades de procedimiento y medios represivos.

F. A.

BELGICA

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE

Octubre 1949

PHOLIEN, C.: "UN COMLOT BONAPARTISTE A BRUXELLES EN 1818"; pág. 1.

Se trata de un estudio histórico retrospectivo documentado, que alude al complot bonapartista de Bruselas de 1818, cuyo descubrimiento coincidió con la inauguración de un nuevo orden, en materia de despacho y vistas, establecido por el Tribunal de lo Criminal, en Bruselas, en virtud de un documento sensacional, acusando una conspiración de los partidarios de Napoleón Bonaparte, para inutilizar al Zar de Rusia, llevada a cabo por "hombres ligeros e irreflexivos", que abusando de la hospitalidad liberal o derecho de asilo, que siempre dispensó Bélgica a los refugiados políticos, no vacilaban en acarrear conflictos graves a los gobernantes, e invocándose en la denuncia, que, a pesar del Tratado de París de 1815, en su artículo 5.º, demostrativo de las intenciones paternales del Rey de Francia, el pueblo francés vivía en un estado de inquietud tal y de excitación de pasiones, que hacia indispensable la ocupación de plazas fronterizas para las fuerzas aliadas. Descubierta la conjura, la instrucción fué rápida, y la Audiencia de Barbante en 1819, juzgó a los culpables, que negaron la existencia de la conspiración, atribuyéndolo a una provocación del Embajador de Francia.

DE BOOK, Gerda: "LA RÉADAPTATION DES JEUNES DELINQUANTS EN ANGLETERRE"; pág. 29.

Notable monografía representativa de un estudio, hecho sobre el propio lugar donde se verifica la readaptación de la delincuencia juvenil en Inglaterra, en el verano de 1948, que consta de un prefacio, una introducción y cinco extensos capítulos, que abordan las siguientes materias: Los Tribunales para niños en Inglaterra, su origen, importancia, composición, competencia, procedimiento, tratamiento reformador, medidas; observación del niño delincuente, examen clínico, Instituto Científico para el tratamiento de la delincuencia; reseña histórica de las pruebas admitidas; papel del funcionario encargado de apreciar las pruebas; la educación en Escuelas especiales, clasificación, caracteres, períodos de duración y permanencia, métodos reeducativos, inspección; el establecimiento de Bors-tals, la reeducación en un Centro determinado, período de libertad bajo palabra. Concluye el escritor haciendo un encendido elogio de los métodos e instituciones ingleses, para combatir la infancia y la juventud delincuente.

UG_ UX, Georges-Albert: "LE DEFAULT A L'AUDIENCE CORRECTIONNELLE"; pág. 83.

Responde a un comentario de una proposición de Ley, de Carton de Wiart, que como Ministro de Justicia y Presidente honorario de la Unión Belga de Derecho penal, llevó a la Cámara de Representantes, cuyo proyecto modifica el art. 149 del Código de Instrucción Criminal. Este precepto de aplicación procesal ante los Tribunales de Policía, estatuye: "Si la persona citada no comparece en el día y hora señalados en la citación, será juzgada en su ausencia." El proyecto de Ley pretendía ajustar el texto legal a la siguiente redacción: "Nadie será admitido a declarar por el ausente, aunque se halle presente en la Audiencia." Y tiene sus precedentes en otras proposiciones de 1885 y 1935. El pensamiento de Wiart, no modifica el régimen procesal existente, sin perjuicio de presentarse varias enmiendas, y reconocerse por la Comisión de Justicia, dos categorías: Una, poder acordar el arresto por incomparecencia; y otra, prescindir de la presencia de aquél que rehusa defenderse. La primera obedece, a razones de seguridad pública, y trata de impedir que el culpable se sustraiga a la acción de la justicia; la segunda, puede admitirse en casos no peligrosos, y a juicio del comentarista, es criticable, sobre todo, en lo concerniente al detenido preventivamente, que se encuentra en condiciones de inferioridad.

VERSELE, S.: "LES LIMITES DE L'INTERVENTION JUDICIAIRE DANS LA LUTTE CONTRE LA DELINQUANCE"; pág. 145.

Tema propuesto al décimo Congreso Internacional de Defensa Social, que tuvo lugar en Lieja, del 3 al 8 de octubre de 1949. Consta de una introducción, refutando los errores seculares en materia de delincuencia, en el que se tratan problemas interesantes como el del libre albedrío, la misión social de la justicia, la tendencia actual del Derecho penal en Bélgica, para concluir diciendo que "el criminalista debe descartar el prejuicio de la responsabilidad y debe esforzarse en comprobar la acción de todos los factores que pueden engendrar el delito, o ayudar a conducirlo". La libertad concretada del hombre es relativa; el comportamiento humano procede de un dinamismo complejo o libre determinación, sometido a fuerzas reales que escapan a la inspección de la razón y de la voluntad. La delincuencia es un síntoma de "Sociopatía"; revela un desequilibrio entre los impulsos animales del hombre y las funciones espirituales. La justicia de los hombres tiene por misión proteger a los delincuentes, asegurando en los mismos la supremacía del ser espiritual sobre el animal ancestral; curativa y protectora no será, sin embargo, eficaz, sino a condición de ser comprendida y aceptada por la conciencia, que no debe ser inculcada por los sentidos. Transitoriamente, los Códigos actuales, podrán ser aplicados a la luz del día, con las características de la personalidad en cada caso previsto. Los

Tribunales deben evitar asimismo las decisiones reducibles, y pueden hacer Derecho con la generosidad que exige la solidaridad entre los hombres, y con la riqueza espiritual de la comprensión y de la simpatía.

GRAVEN, Jean: "LES CONCEPTIONS PENALES ET L'ACTUALITE DE MONTESQUIEU"; pág. 161.

Se refiere a una conferencia pronunciada a iniciativa de la Unión Belga del Derecho penal, en sesión solemne del Alto Tribunal de Casación en el Palacio de Justicia de Bruselas, el día 10 de octubre de 1949. Contiene una parte expositiva, de índole general, sobre "Montesquieu y el Derecho penal", conforme a lo dispuesto en el programa del Segundo Centenario de "El espíritu de las Leyes", en el Instituto comparado de la Universidad de París, con referencias y notas a otras obras de Montesquieu, además de las antes citadas, como las "Cartas persas" y los "Pensamientos y fragmentos". Las concepciones penales y su repercusión en la orientación actual son vistas a través del principio fundamental: la ley penal, las incriminaciones, las penas, el procedimiento penal y, finalmente, el sentido y el valor de estas concepciones. Interesante estudio, como todos los del ilustre profesor de la Universidad de Ginebra y director de la "Revue de criminologie et de police technique", de los que con tanta frecuencia nos ocupamos en esta Sección del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

D. M.

ESPAÑA

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS.—DIRECCION GENERAL DE PRISIONES. MADRID.

Núm. 54, septiembre 1949

LA SALA, Gregorio: "CONDENA AL SERVICIO DE LAS ARMAS"; pág. 24.

Como su nombre indica, consistía esta pena en destinar a los delincuentes a servir en el Ejército de Tierra y en la Marina.

Con relación al origen de esta clase de pena, nos dice el autor que es difícil precisarlo, y que sólo se puede asegurar que ya se aplicaba en el año 1644, como destino especial y separado del presidio, según se desprende de un auto del Consejo de 19 de febrero del citado año.

Esta sanción se imponía a los vagos, a los mendigos y a los que gritaban con exceso en las diversiones de días señalados, aplicándose también por conmutación de otras penas, según demuestra el autor con las disposiciones que cita.

Esta condena se aplicó por tres, cinco y ocho años, hasta que, por decisiones de Carlos III de 24 de diciembre de 1779 y 21 de julio

de 1780, se ordenó que en todo caso se aplicara por ocho años, para "evitar el disgusto que una odiosa diferencia en el tiempo podría ocasionar entre los individuos de un cuerpo, viendo que no se destinaba por menos a los vagos que a los quintos, sin embargo de ser éstos de una clase distinta y preferible a la de aquéllos".

Esto era en virtud de que el servicio de las armas en aquella época tenía una duración de ocho años.

Sigue el autor ocupándose de las cuestiones referentes al modo en que eran conducidos a su destino estos condenados, terminando con un estudio sobre las Compañías disciplinarias que se formaron posteriormente y su Reglamento de 30 de enero de 1855.

Además, contiene este número, entre otros, los siguientes artículos:

"El criterio para juzgar las prisiones", por James V. Bennet.

"El laboratorio científico al servicio de la Criminología", por Austral.

"El conocimiento intelectual", por A. Alvarez de Linera.

"Un caso triple de analogía decadactilar", por M. de Andrés.

En este número se sigue publicando la interesante serie de artículos que, bajo el título "La sujeción del orbe a la Corona de España por sus Magistrados", sigue publicando el ilustre Magistrado D. Enrique Márquez Guerrero.

Núm. 55, octubre de 1949.

ORTEGO COSTALES, José, catedrático de Derecho penal de la Universidad de la Laguna: "EL TRABAJO EN LAS PRISIONES"; pág. 5.

Estudia el autor en este interesante trabajo los fines que persigue, las características que debe reunir y las formas de organización que doctrinalmente deben regir el trabajo en las prisiones.

Comienza con un estudio histórico, en el que examina los sistemas de eliminación, utilización, corrección y redención, estimando que este último representa un gran progreso sobre los anteriores, especialmente en lo que se refiere a los delincuentes no profesionales ni peligrosos.

En cuanto a los fines que se deben perseguir con el trabajo, entiende que los principales son: a) Enseñanza de un oficio; b) Reducción de la pena; c) Auxilio a la familia; d) Indemnización a la víctima, y e) Retribución al Estado, haciendo seguidamente un documentado estudio de cada una de ellas.

Mas, para que el trabajo pueda cumplir los fines señalados, entiende que debe reunir las siguientes características fundamentales: a) Util; b) retribuido; c) proporcionado a las aptitudes individuales, y d) moralizador.

En lo referente a la organización, son estudiados los siguientes problemas: a) Trabajos posibles; b) Seguridades, y c) Competencia a la industria privada.

Termina el autor con un detallado estudio de las distintas formas de explotación de esta clase de trabajo.

CAMARGO Y MARIN, César, Magistrado de la Audiencia de Segovia:
"EL PSICOANALISIS" (Lección undécima); pág. 61.

Trata el autor, de quien ya dimos cuenta de otros trabajos publicados en números anteriores, del "conyugicidio", que deriva del complejo que denomina de "Otelo".

No comprende, como nuestro Código, en la denominación general de "parricidio", este ni otros delitos semejantes, sino que hace del "conyugicidio" un delito especial, perfectamente caracterizado, por su origen en el expresado complejo.

Hace notar, sin embargo, que nuestro Código caracteriza una figura especial de conyugicidio, que es el "uxoricidio por adulterio" (art. 428), totalmente excusable cuando se producen lesiones leves y penado con "destierro", cuando se causa la muerte o lesiones graves.

La razón psicoanalítica de esta forma atenuada de "conyugicidio" es que al "potencial" del "complejo de Otelo" (los simples "celos", muchas veces sin causa) se agrega el del "complejo de Guzmán" (la defensa del honor), que es la causa justificativa, no sólo del filicidio por omisión o "transacción", consentido por el propio "Guzmán el Bueno", sino de otras figuras legales del mismo delito, también atenuadas, como el "infanticidio" y el "aborto", y de homicidio, como el duelo, figura esta última desaparecida en el Código vigente; pero prevista, penada y reglamentada en los artículos 439 a 447 del Código de 1870, y que constituye figura especial también bajo el aspecto psicoanalítico.

Esto explica la diferencia de trato que da la Ley a los culpables de "conyugicidio", según sea hembra o varón el autor. La razón fundamental es que la mujer no resulta deshonrada por el adulterio del marido, y éste sí, cuando es ella la adúltera. Con esto replica a la doctora Klimpel, resolviendo igualmente otros problemas que plantea esta escritora.

En la imposibilidad de entrar en detalles y para dar una idea del contenido de esta lección, transcribiremos el sumario que la encabeza:

Conyugicidio. — El "complejo de Otelo", como típico y fundamental de este delito. Componentes de otros complejos que permanecen en él o se le incorporan. El uxoricidio por adulterio. Forma inversa o femenina del complejo. Algunas consideraciones sobre la desigualdad de trato que da la Ley al culpable, según el sexo. Reacciones: Uxoricidio-homicidio y uxoricidio-suicidio. Particulares del conyugicidio en la delincuencia femenina. Rudimentos del complejo en el mundo zoológico.

Otros artículos publicados en este número:

"Divagaciones de un viejo penalista". "El amor y el delito", por Federico Castejón.

"Entre papeles y recuerdos de Montesinos", por Enrique Montesinos.

"Profusión de jóvenes delincuentes en Francia", por Antonio Castro Viñazañas.

Núm. 56, noviembre 1949.

CASTEJON, Federico: "EL CONGRESO DE DEFENSA SOCIAL DE LIEJA Y EL PROGRESO PENITENCIARIO DE BELGICA."; pág. 34.

En este artículo nos da noticia del II Congreso Internacional de Defensa Social, celebrado en Lieja del 3 al 8 de octubre de 1949, al que asistió como representante de España y del que fue nombrado Vicepresidente.

Comienza exponiendo la impresión que le produjo la visita a los establecimientos penitenciarios, para luego dar cuenta de las conclusiones aprobadas por el Congreso en sus cuatro secciones: Filosófica, Psiquiátrica, Jurídica y de Ejecución.

CAMARGO Y MARIN, César: "EL PSICOANÁLISIS Y LA CRIMINOLOGIA" (Lección duodécima); pág. 61.

Trata el autor en esta lección del "complejo" parental y sus derivados, entre los que destaca el Complejo de afinidad, en todas sus variedades, de las que merece consideración especial el que llama "complejo del Cid", que aparece "sin excepción", más o menos disfrazado, en todas las leyendas de carácter caballeresco y sus interpretaciones literarias, terminando con el planteamiento y resolución del problema de si merece consideración de delito especial ante el psicoanálisis el asesinato.

La razón de la especialidad de los delitos derivados del "complejo parental" la halla el autor en el concepto psicoanalítico del "Totem" y el "Tabú", no extendiéndola más allá del cuarto grado, siguiendo el criterio de las leyes civiles y canónicas, que conservan las prohibiciones totémicas. El "complejo de afinidad" sólo se distingue de los anteriores y del originario de Caín en que el vínculo de la sangre sustituye el creado por la unión sexual.

Se completa el estudio con nuevas aportaciones a los análisis que en lecciones anteriores tiene hechos sobre "Hamlet" y alguna alusión a los que también hizo sobre "Don Juan Tenorio".

Otros artículos:

"Por qué se delinque", por Ginés Alberola Rodríguez.

"Juristas españoles de la Edad de Oro", por Manuel Sanz López.

"La prisión de Forest", por Amancio Tomé.

"La libertad", por Antonio Alvarez Linera.

Núm. 57, diciembre 1949.

CAMARGO Y MARIN, César: "EL PSICOANALISIS" (Lección décimo-cuarta).

Falta la décimotercera y está repetida la duodécima, publicada la primera de estas antes que la undécima. Ello, es debido, según advierte el autor a su ausencia durante el verano, que le impidió corregir el original y ordenar su publicación.

Trata en esta lección del "homicidio simple", que deriva del "complejo de rivalidad", en el que falta la contraparte incestuosa, que es lo que le diferencia de los anteriormente estudiados. Por la incorporación de componentes de otros complejos (los de "Prometeo" y "Guzmán", singularmente) surgen figuras de delito tan interesantes como el "robo con homicidio", considerando también como figura legal el "duelo", que también lo fué en nuestra legislación anterior.

Por la fusión de los potenciales "libido-interés", surgen figuras no menos interesantes y bien determinadas, como el "robo con violación" y el robo con mutilación y otras lesiones, que también merecen la consideración legal de "delitos complejos". Y llega al fin a la figura más típica de homicidio simple, que es la riña vulgar, admitiendo también la concurrencia del homicidio con la violación, y aún con la mutilación y otras lesiones, que cuando son innecesarias para la muerte, caracterizan el ensañamiento.

Y termina este estudio con algunas consideraciones acerca de la "eutanasia", el "homicidio moral"; el "científico" y el "fanático"; los homicidios circunstanciales o de ocasión y algunas consideraciones sobre la legítima defensa.

Otros artículos:

"La Criminología", por Amancio Tomé.

"El Derecho y los problemas de fecundación artificial", por Luis Valterra.

"Juristas españoles de la Edad de Oro", por Manuel Sanz López.

"Las drogas confesantes, arma de dos filos para la investigación criminal" por José Vega.

"La garantía ejecutiva de la pena", por Jesús de la Torre Segovia.
C. C. II.

FRANCIA

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL

Octubre-diciembre 1949.

C. LAPLATTE: "LA LIBERATION CONDITIONNELLE"; pág. 359.

La libertad condicional instituida en Francia por la Ley de 14 de agosto de 1885, era concedida por el Ministro del Interior hasta 1911, en cuya fecha se concede por el Ministro de Justicia, comunicándose la concesión al Prefecto, para que lo ponga en conocimiento de la Comisión de Vigilancia, que funciona cerca del establecimiento penitenciario donde se encuentra el detenido. Después de 1868, comenzó a funcionar un Comité Consultivo Central, compuesto de ocho miembros. Por las garantías que ofrece y las relaciones que mantiene con las autoridades y otras comisiones, la encargada de vigilar y ejecutar la liberación, constituye un medio eficaz de moderar las penas y un modo de revisar la condena que permite tener en cuenta las circunstancias atenuantes, que escaparon a los primeros jueces, a fin de amortiguar las sanciones y dulcificar la pena.

MAUREL, Edouard: "¿UNE DECLARATION UNIVERSELLE DES DROITS DU DETENU. SERAT ELLE UN JOUR REDIGEE?"; página 37.

Comienza el autor de este trabajo diciendo que el infierno de Dante era portador de esta inscripción: "Perdida toda esperanza para el que aquí entra", y que un fiscal belga ha dicho, con el más piadoso sentimiento de su corazón, que ansiaba ver sobre la puerta de todo establecimiento esta frase: "Confiad entrando aquí".

Esta perspectiva consoladora debía ser propuesta a todos aquellos que participan en el drama angustioso que constituye el castigo del hombre por el hombre. Representa la actuación de un verdadero drama, puesto que los seres humanos se arrogan el derecho de imponer sufrimientos a sus semejantes, sufrimiento que nunca podrán ser medidos por la culpabilidad del autor, aparentemente responsable. En efecto, la pena de privación de libertad plantea diversos problemas, pero no constituye por sí misma una solución. Reflexionando sobre estas cuestiones, se pregunta el autor cómo conciliar la existencia de los derechos primitivos inherentes a la persona humana, con la adopción de medidas que hicieron desaparecer esas mismas prerrogativas. Por otra parte los derechos del hombre no son impugnados, y sin embargo la sociedad utiliza un sistema coercitivo que conduce a su negación. Para comprender perfectamente la razón de

esta contradicción, es indispensable hacer dos análisis sucesivos: De una parte conviene estudiar la noción y origen de los derechos del hombre; y por otra precisar las aplicaciones prácticas de estos conceptos sobre la acción represiva.

S. C. VERSELE: "LA SYNCHRONISATION DE LA POLITIQUE CRIMINELLE"; pág. 363.

Consta el notable artículo sobre el complejo problema de las relaciones de la ética con el Derecho de los titulares siguientes: I. *Las inconsecuencias actuales.* a) La política deshumanizadora. b) La insumisión del Derecho a la realidad. c) La carga o tasa penitenciaria. II. *Los objetivos urgentes.* a) Hacia una democracia espiritualista. b) Hacia una justicia humana. c) Hacia una acción penitenciaria social.

El crimen será fatalmente una necesidad de hecho y el grupo social deberá siempre combatirlo, pero la forma de la reacción anticriminal varía en funciones de la civilización; la cualidad de esta reacción depende del desarrollo adquirido por el grupo. Si la sociedad reprime los atentados al orden, su intervención no será suficiente para librarse de la reacción de venganza y del talión primitivo, si no se inspira en la solidaridad y generosidad humana, que excluyen las presunciones de responsabilidad. Debe ingeniarse en impedir la reincidencia, ya que no basta con las intervenciones de la fuerza, y no descuidar la actuación positiva con aportaciones psicológicas constructivas.

BÉDU, Henri: "LES COURTES PEINES D'EMPRISONNEMENT"; página 381.

El problema de las penas cortas de prisión es una consecuencia del progreso de la ciencia penitenciaria, que de día en día aparece en primer plano, para la enmienda y regeneración del condenado. Mientras que las penas privativas de libertad tenían por objeto la expiación o la intimidación, el papel del juez era sencillo, le bastaba con proporcionar la pena a la importancia del delito. Una infracción de poca gravedad era entonces compensada con una corta pena de prisión y la paz social se estimaba restablecida; la alteración causada por el delincuente tenía su retribución y restablecimiento con la pena. Este concepto simple de la función de la pena perdió poco a poco terreno en favor de la idea regeradora. Durante el curso del siglo XIX la Escuela penitenciaria francesa colocaba aun sobre el mismo plano las nociones de expiación y de corrección. Tan es así que con ocasión del Primer Congreso Penitenciario Internacional, que tuvo lugar en Londres en 1872, el Inspector General de Prisiones, Lucas, dirigió una comunicación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas en la que decía: "Que es la reforma penitenciaria en las prisiones, si no el derecho puramente defensivo, consistente en poner al culpable desarmado

donde se respete su vida privada de libertad, pero con el deber al propio tiempo de trabajar para, en lo posible, hacer temporal esta cautividad abreviándola por la enmienda moral, evitando el peligro de la reincidencia." Las ideas de la Escuela italiana sobre estas cuestiones están bien recopiladas y explicadas por el articulista, en relación con las penas cortas de libertad: la multa, el sobreseimiento en la ejecución de la pena y la suspensión de la condena sujeta a prueba.

ABELY, Paul: "TROUBLES ENDOCRINIENS ET CRIMINOLOGIE"; pág. 397.

El Primer Congreso Internacional de Criminología dirigirá sus actividades a indagar la suma y variedad de todos los factores criminógenos. Esto constituye una doble ambición aunque no deje de ser desagradable que en el estado actual de nuestros conocimientos psico-fisiológicos, debamos contentarnos en resaltar y concentrar las direcciones, aún aproximadas de investigaciones y auxilios. Según el Antiguo Testamento el primer homicida y fratricida el primer delincuente en suma había sido Caín. El factor criminógeno que le había impulsado era la envidia, un sentimiento instintivo. De su herencia directa era el único depositario; llevaba en sí mismo según la tradición, el peso ancestral del pecado del orgullo y de la desobediencia, es decir, la exasperación de un instinto, así la génesis sitúa el pensamiento criminal en el dominio de las pasiones instintivas. Puede decirse, en efecto, que el crimen tiene sus orígenes más en los sentimientos afectivos, que en los intelectuales, y cuando interviene la inteligencia se coloca al servicio del estado afectivo para perpetrar el acto.

Es, pues, en el estudio de los componentes afectivos donde hallaremos una gran parte de la clave de los factores del crimen, porque este es el conflicto que reacciona entre la efectividad individual y social. El autor del estudio cita y comenta el libro escrito en 1948 por Assailly y Laine sobre "Los factores vasculares y endócrinos de la efectividad", que arroja no poca luz sobre este problema.

D. M.

REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARÉ

Abril-junio 1949

JIMENEZ DE ASUA, Luis: "L'ANALOGIE EN DROIT PENAL"; página 187.

Consta el Sumario de los titulares siguientes: I "Noción y especies": 1.º Las lagunas de la Ley; 2.º Definición de la analogía, diferencia con la interpretación de la Ley; 3.º Diferentes especies de analogía; 4.º Polémica sobre la admisión del sistema analógico; 5.º El pensamiento cientí-

fico colectivo; 6.º El criterio de los penalistas ibero-americanos; 7.º Recopilación total de la analogía. II. "La analogía en la Historia y en el Derecho vigente": 8.º El pasado; 9.º Las legislaciones vigentes; 10. Consideraciones sobre la legislación británica; 11. El Derecho canónico; 12. Tendencia en cuanto a su admisión en el Japón; 13. El Derecho penal árabe; 14. La analogía en Dinamarca; 15. La analogía en los Estados totalitarios. III. "La analogía en el Derecho soviético": 16. El pasado y el presente; 17. La analogía como "situación intermedia", en el Código vigente; 18. La aplicación de la analogía en la U. R. S. S. IV. "La analogía en el III Reich"; 19. Un derecho "voluntarista" y "popular"; 20. La Ley de 28 de junio de 1935; 21. Deformación del concepto de analogía; 22. La vuelta al principio legalista. V. "La analogía en las leyes no restrictivas": 23. La analogía "in bonam partem"; 24. ¿Qué papel debe desempeñar la analogía en las leyes penales? VI. "La interpretación analógica": 25. Diferencias entre la interpretación analógica y la analogía, y 26. La interpretación analógica en los Códigos y en las leyes. Conclusión y bibliografía.

DERRIDA, Fernand: "DES VOIS DE RECOURS OUVERTES A LA PARTIE CIVILE CONTRE LES DECISIONS DES JURIDICTIONS D'INSTRUCTIONS"; pág. 309.

Si después del famoso Decreto de la Sala de lo Criminal, de 8 de diciembre de 1906—comienza el autor del trabajo—, la parte ofendida por una infracción no se persona para poner en movimiento la acción pública, se constituye en su depositario el Juez de Instrucción, pero en ocasiones podrá permitirle que intervenga durante el curso de la instrucción del Sumario, con el fin de que pueda ejercitar la acción, ya que las jurisdicciones encargadas de la Instrucción, reúnen y acumulan las pruebas de la infracción y se pronuncian por su resultado todo lo concerniente a la información, y por otra parte, instituye esencialmente todo lo que concierne a la acción pública. Si las vías y modos de preparar los recursos han de ser ejercidos contra ciertas decisiones acomodándose a la manera legal de proponer la acción, y dentro de determinadas condiciones, se ha de admitir a la parte civil, que no persiguió en un principio, la satisfacción de sus intereses privados con la facultad de alzarse o de apelar de acuerdos del Juez de Instrucción, y hasta prevalecer en casación contra decisiones de las Salas encargadas de resolver la acusación.

Octubre-diciembre 1949

PATIN, Maurice: "LA LEGISLATION PENALE DU CHEQUE"; página 687.

Un estudio más sobre la legislación penal del cheque y las vicisitudes que ha experimentado, pero coordinada perfectamente resumiendo en

grandes líneas las reformas experimentadas, sobre todo a partir de 1917, en que comienza a desarrollarse en Francia la legislación penal particularísima en esta materia, castigando el abuso de confianza de emisión de cheque sin provisión. La Ley de 12 de agosto de 1926 castiga este abuso de confianza con sanciones similares a la estafa. El Decreto-Ley de 30 de octubre de 1935 tuvo por objeto unificar el Derecho en materia de cheques y sistematizar el conjunto de disposiciones esparcidas en diversos textos legales, singularmente las disposiciones fundamentales de la Ley de 14 de julio de 1865, incorporadas a su artículo 66 a las prescripciones legales de 1926. Un Decreto-Ley de 24 de mayo de 1938 incriminó no solamente la emisión de cheques sin provisión, y el retiro de fondos, sino la aceptación, con conocimiento de causa, de un cheque emitido en estas condiciones, por estimarlo fraudulento y ajustarse a las reglas de la complicidad. Las Leyes de 1940 y 1943 modificaron los artículos 463 del Código penal y 1 al 4 de la Ley de 26 de marzo de 1891, los cuales no tendrán aplicación al menos que el titular de la cuenta corriente no haya constituido o compensado la provisión después de los cinco días de la denuncia del protesto.

SIMSON, Gerhard: "LE TRAITEMENT DES DELINQUANTS D'HABITUDE EN SUEDE"; pág. 693.

El problema de los delincuentes habituales, constituye en Suecia una de las cuestiones de política criminal, a la cual se viene consagrando, desde hace bastante tiempo, una atención cuidadosa y particularísima.

En 1927, el gran criminalista sueco Thyén logró que se adoptaran dos proyectos de Ley para combatir la delincuencia habitual, por medio de medidas de seguridad privativas de libertad. En 1937 fueron refundidas y reemplazadas por una Ley relativa al depósito y al internamiento en casas de custodia y seguridad. Sin embargo, esta nueva Ley no entró en vigor hasta nueve años más tarde, el 1 de enero de 1946, cuando la realización de la reforma del sistema de ejecución de penas estuvo suficientemente asegurado. Mas la práctica sueca relativa a esta materia pone de manifiesto, que hace más de veinte años los juristas y médicos, en cooperación estrecha, vienen profundizando en el estudio de estos problemas y el dominio de estas experiencias ha ido extendiéndose para combatir la delincuencia. Los crímenes monstruosos son raros en este país, y el número de delincuentes habituales es de poca importancia. Entre las personas colocadas e internadas en los establecimientos de seguridad, existen pocos delincuentes endurecidos y pocos criminales por delitos sexuales.

GRECIA

REVISTA PENITENCIARIA

Julio-agosto 1949

Consta de interesantes estudios documentales: Reseñas de Congresos Internacionales; Antecedentes para la Historia de las Prisiones Heiénicas, Legislación, Bibliografía y una nota necrológica. Dentro de las primeras figuran: "Un mundo en Penología", de Sanford Bates; "Las instituciones características para Menores en Suiza", de Ch. Procopides; "Sanciones disciplinarias de los detenidos." La sección del Congreso Internacional, se refiere a los Segundos Congresos Internacionales de Criminología y Defensa Social. En la Sección de Legislación, inserta el Real Decreto sobre Insignias y Uniformes de los Vigilantes de Prisiones de Grecia, y la Ley suiza sobre ejecución de las penas. Finalmente, una amplia sección bibliográfica, con recensiones y notas críticas de gran número de libros y revistas.

Septiembre-diciembre 1949

Contiene trabajos muy notables, como el artículo de fondo, que se titula "Un timbre de honor para el personal de Prisiones", y una serie de estudios doctrinales, con los siguientes títulos: "Los delincuentes habituales y profesionales", por C. G. Gardikas; Profesor de Penología de la Universidad de Atenas; "Instrucciones al personal de las Prisiones de New Jersey", por Sanford Bates; "El suero de la verdad (narco-análisis) y el último movimiento internacional".

Se da cuenta en este fascículo de los Congresos Internacionales últimamente celebrados: Congreso Internacional Penal y Penitenciario; Congreso Internacional de Jueces de Niños y Sociedad Internacional de Criminología.

Asimismo se publican sus habituales secciones de Legislación y Bibliografía y en esta última se hace el comentario de uno de los recientes fascículos de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES.

D. M.

ITALIA

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PENALE

Núm. 4, año 1949

Profesor PIETRO MUVOLONE, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Parma: "INTRODUZIONE A UN IUDIRIZO CRITICO NELLA SCIENZA DEL DIRITTO PENALE".

Como lección inicial del curso oficial de su Cátedra en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad parmesana, el ilustre Profesor Muvol-

lone disertó, magistralmente, en 3 de febrero de 1949, sobre el interesante tema precitado.

Después de dedicar un reverente recuerdo a sus predecesores en la Cátedra (Berenini, Boretini, Antolisei y Guarneri), se encara con el problema propuesto: Posibilidad, objeto y límites de la Ciencia penal.

Traza un certero cuadro del desarrollo de esta disciplina científica, desde sus albores, en la época de Beccaria, como entidad ya autónoma pasando por la Escuela Clásica y la Positiva, hasta desembocar en la dirección técnico-jurídica, personalizada en Italia por Arturo Rocco, para quien el "objeto" de la ciencia jurídica es únicamente el Derecho positivo. A esta dirección parece adscribirse en principio Muvolone, con ciertas salvedades. Así, explica, entre otras transigencias frente al metapositivismo, como el aparente contrasentido de los textos de los propios penalistas técnico-jurídicos, que encabezan su exposición con consideraciones meta-jurídicas; no supone abdicación de su convicción dogmática, sino mera necesidad de establecimiento de presupuestos iniciales y delimitativas de su estudio.

Se ocupa de la "interpretación" (lógico-formal y teleológica) y del problema de la "analogía", así como del "concurso" de normas y de delitos, que imponen necesarias concesiones a criterios que, si bien lógicos, se hallan fuera del Derecho positivo.

La propia determinación del "objeto del delito"—tan estrechamente ligada con la de la interpretación—exige algunas operaciones lógicas, situadas todavía fuera del ordenamiento positivo, a cuyo estudio sirven de premisa general teórica, sin formar parte de él, por ser esquemas adaptables a múltiples ordenamientos, como es, por ejemplo, el esquema del negocio jurídico en el campo del Derecho civil.

Agrega el autor otros temas ("bipartición" o "tripartición", indagación sobre la esencia de la "antijuricidad", concepto de "acción" y de "evento", "causalidad material", naturaleza y fines de la "pena", etc.) que muestran la continua "contaminación" entre positivismo y metapositivismo jurídico, que forma el tejido de nuestra ciencia. En resumen, "hay conceptos, teorías y argumentaciones que traen al Derecho penal, desde otras latitudes, el motivo de su validez".

Descriminando la naturaleza y el contenido del total material penal, Muvolone fija cinco puntos o tareas fundamentales, de los cuales, sólo el cuarto y el quinto responden a las exigencias de un juspositivismo puro: a) Conceptos y categorías extraídos, por vía de abstracción de Derecho penal positivo o, a veces del complejo del ordenamiento jurídico vigente, y b) Exposición, con mero carácter exegético de normas penales, con eventual reenvío a conceptos necesariamente suministrados por otras disciplinarias.

Por todo ello, puede decirse algo que parece paradójico, sin serlo: la dirección técnico-jurídica ha superado sólo aparentemente el estadio *jus-naturalístico*. En realidad, al menos desde el punto de vista formal, ha perdurado sujeto al *jusnaturalismo carrariano*, con todos sus defectos

lógicos. ¡Tanta es la sugestión que ejerce la aspiración de asentar la ciencia jurídica, sobre bases universalmente válidas!

El esfuerzo de los técnicos-jurídicos, mediante la teoría general del delito, ha servido de modo decisivo para descubrir una exigencia primaria: El problema del "objeto" de la ciencia jurídico-penal; Rocco dedicó un capital trabajo a este tema y otro al objeto del delito. Pero tampoco ha sido estéril la labor de los penalistas del campo opuesto, porque sin las intuiciones sustancialistas de estos últimos y sin el rigor dogmático de aquéllos, apenas podríamos hoy hablar de una ciencia del Derecho penal.

Núm. 5. Septiembre-octubre 1949

Prof. Dr. ADOLF SCHONKE, Ordinario en la Universidad de Friburgo:
"INTERPRETAZIONE, ANALOGIA E CONSUETUDINE NEL DIRITTO PENALE" (trad. del Dr. Cesare Pedrazzi); pág. 511.

Dedica este trabajo el Profesor Schönke a apuntar las más importantes cuestiones tratadas recientemente en el Derecho germánico y en otros ordenamientos acerca del tema de las fuentes del Derecho penal y especial consideración del alcance del principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", en relación con el papel del Derecho consuetudinario y de la analogía; materia que ha sido objeto durante los últimos quince años de vivas discusiones científicas internacionales—muy singularmente en la doctrina y en la jurisprudencia italianas—que han demostrado que la analogía no puede ser estimada, sin más, proscrita por el Derecho penal.

La inadmisibilidad de la "analogía" en el Derecho penal sólo es exacta por lo que se refiere a la analogía "inpejus" o "in malam partem." En tal sentido la Ley núm. 11 del Consejo de Control, de 30 de enero de 1946 ha resucitado el principio "nullum crimen...", vigente hasta 1935, al suprimir el § 2 del Código penal alemán en su última formulación nacional-socialista. Y este mismo principio de previa legalidad aparece proclamado en el art. 103 de la Constitución de Bonn. "La prohibición de la analogía y del Derecho consuetudinario sólo afecta a la incriminación de especies delictivas o supuestas de agravación no previstas por la Ley, así como a las medidas de corrección y seguridad", conforme entiende Cuello Calón y mantiene el IV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en París en 1937. Pero en los restantes aspectos (preceptos procesales penales, desuso o atenuación consuetudinaria de figuras delictivas, atenuantes y condiciones de procedibilidad, elementos normativos de origen extrapenal, integración de lagunas existentes en la doctrina general, etc.), tanto a analogía como la costumbre revisten validez y utilidad, según afirma Schönke, apoyado en argumentos y ejemplos legales, doctrinales y jurisprudenciales.

Extiende su estudio el autor a la consideración del régimen y ámbito de la interpretación penal, inclinándose a la tesis objetiva y destacando

la importancia sistemática y teleológica del bien jurídico tutelado por el precepto penal; de acuerdo con las opiniones más actuales y autorizadas, reacciona contra los incondicionales principios "in dubio pro reo" y de interpretación restrictiva.

Finalmente, distingue Schönke entre analogía e interpretación y señala el peculiar carácter del Derecho anglosajón, especialmente en sus ramas consuetudinaria ("common law") y jurisprudencial ("judiciary law")", que explica la ausencia del principio de legalidad en el proceso de Nüremberg.

**"MOTIZIE E COMMENTI". "LA RIFORMA DEL CODICE PENALE";
página 537.**

Se da cuenta de la redacción del Proyecto preliminar del libro I del nuevo Código penal, integrado por 230 artículos, precedidos de una exposición de Motivos ("Relazione"), formulada por la Comisión Ministerial, compuesta por el Presidente Lampis, los Magistrados Gabrielli y Lattauzi y los Profesores Petrocelli y Vannini.

La Comisión ha atendido, ante todo—según sus propias manifestaciones—, a eliminar las supervivencias del pasado régimen político, ajustando el nuevo Código a los principios democráticos y al espíritu de la nueva Constitución, de cuya exigencia resulta: Atenuación notable de la penalidad, eliminación en la mayor medida posible del criterio de responsabilidad objetiva y modificación de las normas sobre extradición, volviendo a su prohibición para delitos políticos.

Son concretas novedades del Proyecto preliminar, las siguientes: Punción a mero título de culpa, y no de dolo, de los delitos cometidos en estado de embriaguez; eliminación del criterio objetivo en la valoración de las circunstancias (art. 59 C. p.) y exigencia de culpa en cuanto al plusevento para que el sujeto deba responder de delito diverso del que se propuso, sin que baste el simple nexo de causalidad material.

La reforma alcanza, incluso, al orden sistemático, habiendo sido reagrupadas las materias del libro I, con arreglo a nuevo criterio.

ALLEGRA, Giuliano: "PROCESSO E PROCEDIMENTO DI COERCIZIONE PREVENTIVA PERSONALE"; pág. 525.

Se dedica este artículo a precisar la naturaleza jurídica cautelar de los medios procesales de coerción personal, y a distinguirlos de los medios de coerción no procesales (por ejemplo, la detención policial), de los de coerción represiva y de otras formas similares más borrosas.

Con cita de Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Allorio, Scaglioni y Lancellotti, entre otros, se hace observar que no toda medida cautelar de coerción personal supone un proceso cautelar, como categoría autónoma, figurando entre tales supuestos de medida cautelar sin proceso previo, las

acordadas, dentro de sus atribuciones, por el Ministerio Público. Sin que falten resoluciones cautelares subsiguientes a un proceso de cognición, dando origen a un proceso ejecutorio.

Mientras el "proceso" cautelar en sentido propio es un instrumento "prestado" a la jurisdicción principal, el nuevo "procedimiento" cautelar es instrumento "perteneciente" a la jurisdicción principal, que se sirve libremente de él para sus fines. Uno y otro convergen en el común propósito de servir a la formación y a la ejecución de las resoluciones principales, caracterizado, singularmente, el segundo por su razón práctica de urgencia y por su precaria provisionalidad, en tanto que el específico proceso cautelar asume la forma de proceso incidental y dependiente salvo aquellos casos especiales de procesos cautelares independientes, como es el de extradición pasiva.

Concluye Allegra su trabajo haciendo aplicación de sus conclusiones, de orden constructivo dogmático, al proceso penal italiano, de modo concreto a los "procesos" de arresto, de captura, de aplicación provisional de penas accesorias y de libertad provisional y a los "procedimientos" de arresto, de captura y de libertad provisional.

Rechaza Allegra la tesis administrativista de la medida cautelar y se adscribe al criterio de la jurisdiccionalidad de la misma, apoyando también la opinión que, a estos efectos, considera al Ministerio Público órgano jurisdiccional.

Bibliografía; pág. 543

Publica la "Rivista" las siguientes notas de recensión:

VANNINI, Ottorino: "¿QUID JURIS? (Il delitto di violenza carnale)".
Milano, Giuffré, 1949.

SCHONKE, Adolf: "AUSLANDICHES STRAFRECHT" (München, Biederstein, 1948).

Constituye una bibliografía razonada, formada por el Profesor de la Universidad de Friburgo—con las dificultades informativas propias de esta postguerra—, de todas las legislaciones penales actualmente vigentes en el mundo, así como de la literatura surgida en torno a tales leyes.

GALLI, Leonardo: "LA RESPONSABILITA PENALE PER LE CONSEGUENZE NON VOLUTE DI UNA CONDOTTA DOLOSA"; Milano, Giuffré, 1949.

Obra dividida en dos partes: La primera, de carácter general, dedicada a los problemas comunes, y la segunda a las singulares manifestaciones.

del tema dentro del Código italiano, agrupadas por el autor en tres categorías. En cuanto al elemento psicológico, Galli toma partido a favor de la culpa presunta.

NECROLOGIA: SABATINI, Guglielmo.— El fallecimiento—ocurrido mientras actuaba como defensor en un proceso penal—del Profesor de Catania, esclarecido representante de la “Terza Scuola”, fundador, en 1927, de la revista “La Scuola penale unitaria”, motiva un sentido recuerdo de la “Rivista italiana di Diritto penale”, que expresa, de modo muy especial, su pesar al Profesor Giuseppe Sabatini, hijo del finado.

A. de M.

LA GIUSTIZIA PENALE

BELLONI, Giulio Andrea: “IL PROBLEMA CARCERARIO”; I, col. 204.

Con más tono político que serenidad científica, Belloni censura el régimen carcelario italiano, que es calificado de vergonzoso por el articulista, que concluye su soflama con duras alusiones a los “principios arbitrarios”, en materia de disciplina penitenciaria, del finado Director general de Prisiones, fascista, Giovanni Novelli (renombrado penitenciarista, personalmente conocido y tratado, hace ya años, por el autor de esta recensión, que tuvo ocasión de estimar su cordial cortesía y admirar su celo y sus méritos).

Dibattiti. Avv. Fian Carlo, ANGELONI: “QUALCHE NOTE MARGINALE ALL'UBRIACHEZZA”; I, col. 208.

Llama la atención el autor, sobre la enorme influencia penal, nunca suficientemente valorada, de la embriaguez y del alcoholismo y hace notar las dificultades reales de la prueba, aparentemente sencilla, de la embriaguez, al tiempo de la comisión del delito. El Profesor Naville, Director del Instituto de Medicina legal de Ginebra, usa para esta determinación objetiva un sistema basado en el análisis de la sangre y de la saliva; también se recurre, por la Policía de los Estados Unidos, al análisis de la orina.

Signe ocupándose Angeloni de otras cuestiones sobre el mismo tema, tratadas en la “Revue de Criminologie et de police technique”, entre ellas el vencimiento del alcohol por el alcohol, suministrado en inyecciones, y exhorta a las autoridades a tomar en cuenta estos descubrimientos, por ser los medios preventivos y curativos preferibles a los represivos.

Prof. Scipione PIACENZA: *Libero docente di Dir. penale: "L'ERRORE SULLE CAUSE DI GIUSTIFICAZIONE E SULLE CAUSE CHE ESCLUDONO LA PUNIBILITA"; II, col. 385.*

Dedica el Profesor Piacenza un breve artículo al examen de la naturaleza jurídica del error sobre las causas de justificación y excusas absolutorias, haciéndose cargo del criterio de Alinverni—apoyado en Antolisei—, contrario a concebir la ilicitud en vía exclusivamente objetiva, y partidario de exigir en ella cierta sustancia espiritual, desvaneciendo los límites excesivamente rígidos entre la antijuricidad y la culpabilidad. Según esto, los errores antedichos excluyen la "antijuricidad subjetiva", a no ser que la justificante putativa o la creencia errónea en la concurrencia de una excusa absolutoria se haya debido a culpa, en cuyo supuesto se castigará la conducta como culposa, si tal evento culposo se hallase tipificado en la Ley penal.

Contempla, finalmente, el caso particular de justificación putativa previsto por el art. 51, 2.º cpv. del Código penal: creencia errónea de obediencia legítima.

Dott. Alfonso TANAS, *Sost. Proc. Gener. di Corte d'Appello: "I REATI CONTRO LA LIBERA CIRCOLAZIONE"; II, col. 390.*

Se examina y glosa en este trabajo el significado y contenido del Decreto-Ley de 22 de enero de 1948, núm. 66, dirigido a asegurar la libre circulación por vías férreas y carreteras, así como la libre navegación mediante la previsión, en su único artículo, de una nueva hipótesis delictuosa que en la práctica judicial ha tomado la denominación de bloqueo o barreamiento viario. Señala el análisis, la posibilidad de concurso con otros delitos y las deficiencias y omisiones del texto comentado, cuya formulación debiera haber sido hecha en otros términos, que el mismo Doctor Tanas consigna.

LEONELLI, Leonello, *Av. en Perugia: "LA CIRCOSTANZA ESIMEMENTE NEL REATO DI OLTRAGGIO A PUBBLICO UFFICIALE"; II, col. 471.*

Constituye el tema de este trabajo la reintroducción en el Código—por virtud del art. 4 del Decreto-Ley de 14 de septiembre de 1944, núm. 288—de la eximente de actos arbitrarios del funcionario público concurrente en el delito de ultraje a funcionario.

Es cierto que la resistencia, dentro de los límites del "moderamen inculpatae tutelae", estaba reconocida como legítima, incluso en la Relación del Ministro Guardasellos al Código Rocco; sin embargo, no se había considerado conveniente ni necesaria su expresa mención en el Código. Ahora, la norma explícitamente prevista en la reciente Ley especial tiene una esfera de aplicación más amplia que la legítima defensa genérica.

Leonelli examina la graduación del derecho de resistencia establecida por la jurisprudencia de casación, según los diversos supuestos y, a continuación atiende a fijar la naturaleza jurídica del renacido precepto y estima que se trata de circunstancia excluyente de la pena, y no causa excluyente del delito, como pretenden otros autores. Expone también los diversos criterios doctrinales de construcción dogmática de este derecho de resistencia, antes de la reforma legal: Exclusión del dolo del agente o pérdida de su carácter oficial por parte del sujeto pasivo.

En conclusión, el autor cree que la expresa codificación de esta eximente es acertada, ya que ha simplificado la cuestión, al haber definido lo que, en otro caso, debía ser deducido por el Juez, merced a un procedimiento lógico.

Prof. Avv., Orfeo CHECCHI: "NUOVE TEORIE SULLA COLPA PENALE"; II, col. 474.

Elogia el Profesor Checchi el reciente libro de F. Alimena, "La colpa nella dottrina generale del reato", en cuanto vuelve a ocuparse del problema de la culpa penal, si bien sin llegar a superar las viejas teorías de la "previsibilidad", de la "causalidad eficiente" y de la "conducta contraria a la policía y a la disciplina", de difícil conjugación con las vigentes fórmulas legales de "impericia" y de "inobservancia" de leyes y reglamentos.

Otro reparo opuesto por Checchi al trabajo de Alimena es el de haber tratado de fundar la culpa, no ya sobre el criterio basilar e inderogable de la "involuntariedad del evento" (art. 43), sino sobre el "error" (artículo 47 p. 1.º, 55 y 59 C. p.), siendo así que no puede hablarse de que la culpa derive del error, sino todo lo contrario, como se desprende de los artículos 47 y 59 en cuanto aluden al "error determinado por culpa"; ni pueda apoyarse la tesis de Alimena en la locución "previsión del evento" (artículo 61, núm. 3), ya que esto no es elemento integrante, sino circunstancia agravante de la culpa. No es tampoco admisible la tentativa en los delitos culposos.

La teoría del error—dice Checchi—no ofrece explicación plausible de la "razón de ser de la punibilidad de la culpa." No es justo condenar a una persona sólo por haber errado; la culpa es siempre inconsciente.

Sigue ocupándose Checchi—con punto de vista crítico—de otras opiniones modernas sobre la culpa; como el "peligro", de Corsonello; el "defecto de atención", de Bettiol; la "antijuricidad de la conducta", de Massari, y la "infracción de deber" ("antidoverosità"), de Antolisei, Santoro y Ranieri, para concluir que la culpa debe seguir arraigada en el Derecho positivo (único existente) y en la "involuntariedad del evento".

Agosto 1949

DELLA VENEZIA, Carlo Reviglio, Pretor de Vercelli: "CONSIDERAZIONI SULL'IMPIEGO PROCESSUALE DELL'ESPLORAZIONE FARMACO-DINAMICA DELLA PSICHE E DEGLI ALTRI MEZZI SCIENTIFICI PER LA RICERCA DELLA VERITA"; I, col. 225.

Tercia Della Venezia en la apasionada polémica acerca del empleo procesal de los llamados "sueros de la verdad", dirigiéndose a determinar si tales medios tienen eficacia real, si su empleo puede ser lícito dentro del actual estado de Derecho y, en caso negativo, si sería oportuno recomendar "de jure condendo", su adopción en el proceso penal. Llega el autor a conclusiones negativas tanto en lo relativo a la eficacia como a la licitud del narcoanálisis (inyección de barbitúricos, etc.), salvo el consentimiento del sujeto. En cambio, admite el empleo de los procedimientos o aparatos "detectores de mentiras" durante el interrogatorio, a condición de que se tenga en cuenta su limitado alcance, que sólo mostrará, a lo más, la simulación, sin conducir directamente a la verdad, y sin que, por otra parte pueda menospreciarse el riesgo de errónea interpretación de estados emotivos no debidos a mendacidad. El interrogatorio es, principalmente, un medio de defensa puesto a disposición del imputado, siendo interés prevalente la defensa de la libertad moral. Por ello disiente el autor del criterio de Carnelutti, partidario en principio de estos medios de investigación, propios de inquisidores medievales. No ve, sin embargo, inconveniente en su empleo por parte de los peritos médicos para diagnosticar el estado mental del imputado.

Prof. Leonardo GOLLI: "OSSERVAZIONI SULLA'ARTICOLO 117 C. P."; II, col. 481.

Dice el art. 117 del Código penal italiano: "Si por las condiciones o por la calidad personal del culpable, o por las relaciones entre el culpable y el ofendido, muda el título del delito para alguno de los concurrentes, también los otros responden del mismo delito. Sin embargo, si éste es más grave, el juez puede, respecto de aquellos para los cuales no subsisten las condiciones, calidad o relaciones mencionadas, disminuir la pena." Problema de la unidad o variedad del llamado delito "propio".

Analiza Galli el alcance de este precepto, particularmente en cuanto a si tal atenuación es sólo aplicable a aquellos concurrentes que ignorasen la especial calidad o relación de su partícipe, o incluso al que la conociese. Contra la opinión dominante, que mantiene la última solución, Galli—apoyándose en la fórmula "extraño"—defendiendo el primer criterio, según el cual si, por ejemplo, si Ticio induce a un funcionario por él conocido a apropiarse los fondos públicos que conserva, no comete el delito de apropiación indebida sino que concurre al delito específico de peculado.

Para precisar la naturaleza jurídica y razón de ser de este precepto

frente al art. 116 (delito diverso del querido por alguno de los concurrentes) se remite al auténtico pensamiento de la Exposición de Motivos, según la cual la disparidad en este último no se refiere o "nomen juris" del delito, sino al propio contenido o esencia del "hecho", a cuyo razonamiento opone determinados reparos, fundados en un cuidadoso análisis de ambos preceptos.

De todo ello, extrae Galli la conclusión de que el art. 117, en aquellos supuestos de delito más grave, responde a la amplia hospitalidad que el Código da a la responsabilidad objetiva, más que a motivos de conservación de la unidad técnica del delito.

DIBATTITI, Prof. Avv. Orfeo CHECHI: "SULLA IDONEITA DELL' AZIONE"; II, col. 567.

Frente al criterio jurisprudencial italiano, que extiende la "idoneidad" de la acción, a los efectos de los arts. 56 y 49 C. p. en abstracto, Checchi opina que cuando se habla de delito, incluso en forma de tentativa, no se deben tener en cuenta solamente la "acción" y el "sujeto activo", para calificar la idoneidad de la acción "en concepto".

Septiembre 1949

Dott. Alfredo SPALLANZANI: "MOTIZIE STATISTICHE SUGLI OMICIDI VOLONTARE COMMESSI IN ITALIA DAL 1881 AL 1947; I, col. 257.

En vista de los últimos datos publicados en materia de estadística judicial, que acusan un excepcional aumento, a partir de 1943, de los homicidios voluntarios, aun no contando más que los denunciados, se impone una penosísima impresión, capaz de hacer dudar de la humanidad del pueblo italiano: Desde una media de 1.027 homicidios al año en el período 1940-42, se asciende a 1.699 en 1943, a 5.310 en 1944, a 12.385 en 1945, e incluso después a 6.252 en 1946 y 4.590 en 1947.

El Doctor Spallanzani desmenuza, en cuidadoso análisis, estos datos, contrastándolos con los de etapas pretéritas y distinguiendo, entre los meramente señalados por el Ministerio Público y los apreciados en resoluciones judiciales irrevocables, así como entre los consumados, los preterintencionales y los intentados y frustrados.

Puede ser atribuido este aumento de la delincuencia homicida (desde un 0,1 por 100.000 habitantes en 1940-42 a un 0,7 en 1946) a las consecuencias de la guerra (ocupación enemiga, luchas civiles, etc.) que se han hecho sentir en Italia, mucho más intensamente que en otros países beligerantes, como Inglaterra, Bélgica y Países Bajos, en que la proporción de homicidios ha resultado bastante menor.

ALTAVILLA, Enrico: "GERMI DI CRIMINALITA NELL'INFANZIA NORMALE"; I, col. 268.

Comienza Altavilla trazando un sombrío cuadro de la desastrosa influencia de la guerra en las condiciones de vida física y moral de la infancia italiana, sometida, por miseria, ejemplos y opresión a influencias corruptoras, que se hace preciso contrarrestar.

Estudia el autor en su trabajo los siguientes aspectos, dignos de especial atención: a) La Entidad para la protección moral de los niños; b) el subconsciente; c) el egoísmo; d) el sentido de lo justo y el sentimiento vindicativo; e) el sentido de "lo mío" y los celos; f) las jerarquías familiares y la necesidad de hacer repasar su prestigio en el afecto; g) la sinceridad fomentada mediante la sencillez en el trato y el ejemplo; h) la sensibilidad; i) la impulsividad; j) la crueldad y k) la potencia corruptora de la guerra, que debe ser remediada mediante una desintoxicación de la infancia.

Avv. Enzo CAPALOZZA: "PER UNA ESATTA IMPOSTAZIONE SCIENTIFICA DEL REATO DI OFFESE AL SOMMO PONTEFICE"; II, col. 577.

Examina Capalozza la naturaleza jurídica que, en vista del artículo 278 del Código penal, modificado en 1947, del Tratado lateranense y de la precedente Ley de garantías, reviste el delito de ofensas al Papa: Si la asimilación al delito contra el honor del Rey (hoy Presidente de la República) es sustancial o meramente sancionadora, debiendo ser identificada, en tal caso, la esencia de este supuesto delictivo con los delitos contra el honor del Jefe de un Estado extranjero, previstos en el artículo 297, lo que traería, como consecuencia, que la perseguibilidad del delito exigiría, de una parte, la presencia del ofendido en el territorio del Estado italiano, y, de otra, no ya la autorización del Ministro de Justicia (artículo 313, primer inciso), sino la previa excitación ministerial marcada por el cuarto inciso del mismo precepto.

En un sentido más amplio, la persona del Sumo Pontífice—en cuanto supremo jerarca de la Iglesia y de la Religión—puede considerarse genéricamente protegida por el artículo 403, que prevé la ofensa a la religión mediante vilipendio personal.

MONTELEONE, Gaetano, S. Procuratore della Repubblica: "GENESI, NATURA, OGGETTO DELLA DIFFAMAZIONE"; II, col 580.

Después de una referencia a los precedentes históricos de la represión de los delitos contra el honor en el Derecho romano y en el nacional, el autor se ocupa de los delitos contra la personalidad moral en el Derecho moderno, fijándose en las notas diferenciales entre injuria y

difamación en el Código de Zanardelli y en el de Rocco. Ya Carrara decía que cuando las palabras ofensivas hubiesen sido pronunciadas en presencia del sujeto pasivo, la injuria se distingue con el nombre de contumelia; en su ausencia, con el nombre de difamación. El Código Rocco constituye la reputación estima objetiva) como objeto formal del delito de difamación. Así, según Cecchi, en la injuria, el evento se cumple tan pronto la ofensa llegue al agraviado; en la difamación, tan pronto sea comunicada a dos personas, por lo menos. Ello explica la mayor sanción de la difamación respecto de la injuria.

NOTICIAS: "IL TRATTAMENTO PER I DELITTI DI COLLABORAZIONISMO IN BELGIO", I, col. 278.

Alberto Marucci, Magistrado del Ministerio Público; recoge dos trabajos sobre este tema, todavía vivo y candente, publicados en Bélgica por J. Dupreel, Director General de Establecimientos Penitenciarios, y por William Hanssens, Magistrado y Director General de Reeducación de Condenados Políticos: Al no haber podido ser fusilados, sin discriminaciones los traidores por razón de colaboracionismo, la huella de una ocupación enemiga durante cuatro años, que implicó en la colaboración a una gran masa de personas—bastantes de las cuales no creían traicionar a su patria—crea un grave problema en cuanto al tratamiento de estos reos, que se sienten vencidos y abandonados en manos de los vencedores, pero no culpables en manos de los jueces. Como, además, chocan con la repulsa de la opinión pública, traducida, incluso, en negativa de trabajo después de su excarcelación, lo que ha llegado a provocar suicidios de colaboracionistas, el esfuerzo de la Administración tropieza con graves dificultades. Este problema se deja sentir también en Holanda, donde los que sufren restricción de derechos por motivos de esta índole alcanzan la cifra de 150.000.

"LEGISLAZIONE PENALE SVEDESE"; I, col. 280.

Se hace referencia a un trabajo informativo del Profesor Thorsten Sellin, de Filadelfia, suscitado por la entrada en vigor de la Ley sueca de 21 de diciembre de 1945, sobre ejecución de las penas privativas de libertad, que suaviza el régimen penitenciario.

"ISTITUTI PENALI E PENITENZIARI STATUNITENSI"; I, col. 281.

Se informa sobre un artículo publicado en la "Revue de Droit penal et de criminologie", en 1949, por el Profesor P. Cornil, Secretario general del Ministerio de Justicia belga, a raíz de un viaje a los Estados Unidos. Hace notar que la lucha contra la criminalidad—que constituye

problema bastante grave—se encuentran algunos de los caracteres propios de los americanos: viva generosidad y cordialidad, si bien con cierta rudeza en algunos métodos de policía y en el ingreso del detenido en la cárcel; grandiosidad de las construcciones americanas. Se ocupa especialmente Cornil de los Tribunales para menores, de los servicios de “Probation” y del régimen de los Reformatorios y Penitenciarías, dotado de grandes libertades y caracterizado sobre todo en los grados superiores de cumplimiento por un amplio régimen de convivencia, dirigido a reeducar al penado y preparar su retorno a la vida social libre.

Octubre 1949.

Avv. ROSSI, Paolo: “IL GIUDICE”; I, col. 289.

Pone de relieve Rossi la ímproba dificultad del “espantable” oficio de Juez, que “requiere fuerza de ánimo, seguridad en sí mismo, optimismo y la misma capacidad para objetivar, esquematizar y apartar de sí el dolor a que llega el cirujano después de muchos años de hospital, o poseen, naturalmente, aquellos que nacen impasibles, libres de dudas y de sentimentalismos”.

Para ello, el juzgador ha de huir de los riesgos de la introspección—fuente de errores, ya señalada por la Escuela positiva—, mediante la cual los hombres sustituimos idealmente a otra persona, enjuiciándola a través de nuestro temperamento y de nuestras reacciones. Así, llega a ser motivo literario la humanización dramática del juez (“Resurrección”, de Tolstoi, “El culpable”, de Coppée, etc.) por la aparición imprevista de circunstancias, que le obligan a salir de su impersonalidad, que hace de él estricta “boca de la ley”, según la expresión de Montesquieu.

Contempla el autor los dos tipos de jueces: Aquellos de mentalidad simplemente profesional y los jueces de vocación, los cuales, si bien suelen dictar a veces soluciones innovadoras y humanas, también son capaces de producir los mayores trastornos.

Ilustra Rossi el contraste entre la psicología de una y otra clase de jueces con citas anecdóticas, que ponen de relieve sus respectivos defectos y ventajas; considera el tipo de juez fatuo, el funcional, el vindicativo—al que pertenecen en Italia los duros jueces fascistas y antifascistas del período bélico y revolucionario—el probabilista, el “delectanti”, tan frecuente entre los jueces ocasionales o de excepción, etc., para preferir, en resumen, con todos sus inconvenientes, al frío y técnico juez profesional.

Profesor GALLI, Leonardo, Libero docente de Derecho penal en la Universidad de Roma: “LA CASI DETTA RESPONSABILITA OBIETTIVA NEL CODICE PENALE”, II, col. 673.

Dispone el artículo 42 del Código Rocco: “Nadie puede ser castigado por una acción u omisión prevista por la ley como delito si no la ha cometido con dolo, salvo los casos de delito preterintencional o culposos,

expresamente previstos por la ley. La ley determina los casos en los cuales el evento es puesto, diversamente, a cargo del agente, como consecuencia de su acción u omisión."

Comienza Galli por una previa consideración general de la responsabilidad objetiva, diciendo que, a su juicio, está claro que siempre que una determinada especie delictiva pueda ser encuadrada dentro de la fórmula de la responsabilidad dolosa, preterintencional o culposa, no hay por qué acudir a la llamada responsabilidad objetiva, en la que sólo encajan las hipótesis no subsumibles bajo el concepto de alguna de las tres específicas formas de responsabilidad.

Crítica el autor a Maggiore, Escobedo y Piacenza, por no haber tenido ésto presente, ya que el primero asimila tal supuesto al dolo eventual, beneficiado por un régimen de atenuación penal; Escobedo le atribuye naturaleza jurídica de preterintencionalidad "sui generis"; y Piacenza le asigna naturaleza culposa. A continuación sistematiza en grupos y subgrupos las diversas opiniones de los autores respecto de esta materia, para reafirmarse en su propio criterio.

Sin embargo, Galli, no prosigue su construcción sobre el inicial plano de generalidad, sino que se aparta de él en seguida, para hacer concreta aplicación del principio a dos supuestos específicos: Responsabilidad en materia de imprenta, prevista por el artículo 57, (para la que el legislador no requiere en el director el nexopsicológico, ni siquiera el de causalidad material), y responsabilidad por los delitos cometidos en estado de embriaguez plena, bien sea culposa o voluntaria no preordenada (artículo 92), también impuesto a título de responsabilidad objetiva, no obstante el criterio mayoritario, que ve en tal caso una manifestación de responsabilidad culposa (tesis, esta última, expresamente formulada ya, en la actualidad, en la obra de reforma del Código).

De todas las teorías examinadas, Galli únicamente coincide—y aún así, sólo parcialmente—con la propuesta por De Marsico, y concluye estableciendo que serán casos de responsabilidad objetiva, regidas por el artículo 42, todos los que, por mostrar una divergencia entre el título de la responsabilidad y la naturaleza del comportamiento del sujeto, no puedan referirse al concepto de verdaderos y propios delitos dolosos, preterintencionales o culposos.

"Notizie": "IL DIRITTO PENALE INGLESE NEL 1948"; I, col. 309.

El Dr. Alberto Marucci considera como el acontecimiento jurídico más importante de 1948, en Inglaterra, la promulgación del "Criminal Justice act", integrado por 83 artículos y 10 anexos: Regula el sistema, de origen americano, de la "probation"; disciplina el régimen penal de menores; viene a abolir la servidumbre penal, sustituida por reclusión, y suprime el privilegio secular de los Pares de ser juzgados solamente por la Cámara de los Lores; instituye nuevos tipos de pena y medidas de seguridad detentivas; sin que llegue a abolir la pena de muerte, como se había proyectado en un principio.

“NARCO-ANALISIS, PENTHOTAL E GIUSTIZIA PENALE”; I, col. 310.

Acerca de este discutidísimo tema, se recogen ideas de trabajos publicados en Revistas extranjeras y, especialmente, durante el año 1949, en la “Revue de droit penal et de criminologie”, de Bruselas, y en la “Revue de science criminelle et de droit penal comparé”, de París, así como del artículo del Profesor Donnedieu de Vabres, inserto en la “Revue internationale de police criminelle” (junio-julio de 1949).

El Tribunal del Sena ha absuelto, en 23 de febrero de 1949, a unos médicos psiquiatras que, en función pericial, habían inyectado al imputado penthotal, que reveló la simulación de demencia intentada por el sujeto; la decisión absolutoria se funda en haber mediado el consentimiento del imputado.

El Consejo de la Orden de Abogados ha condenado las prácticas de narco-análisis sobre imputados. Sin embargo, el Profesor Donnedieu de Vabres, en su estudio sobre este problema deontológico, opina que la materia debe ser disciplinada por el legislador, precisando las sustancias utilizables y los límites del empleo de tales medidas, así como la responsabilidad en que incurrirían los peritos por revelar al juez más descubrimientos de los taxativamente comprendidos en la misión conferida.

Termina el Dr. Marucci mencionando un trabajo publicado en la “Revue de droit penal...”, belga, en 1947, por el Procurador general de Apelación de Lieja, M. Tahon, y el proyecto de Código de Procedimiento penal francés, dirigido por Donnedieu de Vabres, que ya prevé el uso de tales estupefacientes, bajo determinados permisos y condiciones.

“Dibattiti”. FORNACIARI, Mario Bruno, Adv.: “OROLOGIO E CAUSA D'ONERE”; II, col. 761.

Con este sugestivo título (“Reloj y causa de honor”) desarrolla Fornaciari su trabajo sobre el alcance del elemento cronológico en la especie privilegiada de conyugicidio por causa de honor (artículo 587), y la trascendencia que, a estos efectos puede tener la súbita confesión de adulterio ante el cónyuge ofendido y su posible equiparación al concepto “incontinenti”, empleado ya por Carpzovio; cita opiniones doctrinales y decisiones jurisprudenciales recaídas sobre el tema.

Jurisprudencia de Casación. “ECCESO DOLOSO ED ECCESO COLPOSO NELLA LEGITTIMA DIFESA”; II, col. 700.

El Profesor Francesco Pantaleo Gabrielli, comentando una sentencia de la Corte de Casación, de 19 de enero de 1949, siente una aguda y sistemática construcción dogmática del exceso en la legítima defensa—considerado como abuso de la misma—distinguiendo la naturaleza jurídica del exceso en cada una de las hipótesis que prevé, y diferenciando el ex-

ceso de otras figuras similares. El significado jurídico del exceso variará según se deba a error fortuito, a dolo (en el fin o en los medios) o a culpa. En cualquier caso, el exceso supone la presencia de todas las condiciones de la legítima defensa, salvo la proporción; el fin de defensa ("animus defendendi") debe permanecer durante todo el "iter criminis".

A. de M.

LA SCUOLA POSITIVA

En los fascículos primero y segundo del año 1949, que comprenden los meses de enero y julio, inserta, a más de las conocidas secciones de jurisprudencia, cuestiones prácticas, vida judicial, penitenciaria y de policía, notas, resoluciones y comunicaciones, congresos y reuniones científicas y noticias; encabeza la publicación la interesante sección dedicada a la doctrina, en la que son de notar los siguientes estudios:

El Profesor Ciardi se ocupa de la "Jurisdicción Penal Militar frente a la Constitución" (págs. 1-27); cuestión de viva y palpitante actualidad, que ha sido objeto de estudio por parte de una Comisión parlamentaria y técnica, que culmina en el proyecto de Ley concerniente a la reorganización del Tribunal Supremo Militar, y que partiendo de los artículos de la Constitución 103 y 111 y de la disposición sexta de las transitorias y finales, estudia la competencia normal de los Tribunales Militares en tiempo de guerra, que tienen la jurisdicción establecida por la Ley, y la del tiempo de paz, en que tiene jurisdicción solamente para los delitos militar, cometidos por aquellos que pertenecen a las fuerzas armadas, se sobreentiende que del Estado; la Justicia penal militar, a bordo de las naves militares, fuera de las aguas territoriales del Estado, en cuyo punto la Comisión informativa ha señalado la necesidad de una Ley Constitucional, que discipline, ex novo, los límites de esta jurisdicción para el tiempo de paz y para el tiempo de guerra, y para los delitos militares y los delitos comunes; la conexión de los procedimientos militares y comunes, tanto subjetiva como objetiva, que pugna con el artículo 49 del Código de Procedimiento penal, que estima Juez competente por conexión, siempre al militar, se trate de militar imputado de delitos militares y comunes, de concurso de militar con paisano en la Comisión de delitos militares o de delitos comunes, asignados a la competencia de guerra, o, por último, de delitos comunes que, siendo normalmente de competencia ordinaria, aparezcan con hechos de delitos militares en todos, cuyos casos el Juez militar puede ordenar, por razones de conveniencia, con acuerdo inapelable la separación de los procedimientos, habiéndose producido diferentes resoluciones de las secciones unidas de la Corte de Casación y del Tribunal Supremo Militar, en las que parece predominar la inmediata aplicación del precepto constitucional; lo que determina una laguna legislativa que deberá ser colmada por una Ley especial.

Y por último, la reorganización del Tribunal Supremo Militar, según proyecto presentado a la Cámara de Diputados en la sesión del 18 de di-

ciembre de 1948, en que se reconoce la posición de único órgano central judicial militar de segundo grado, para motivos de hecho como para motivos de derecho, y admite, contra la sentencia del mismo, el recurso de casación por todos los motivos del artículo 524 del Código de Procedimiento penal.

El Profesor Frosali trata del "concurso de personas en los delitos propios y en los delitos de actuación personal" (págs. 28-23), en los que contraponen la designación de delitos propios a la de delitos comunes, como en el caso del peculado en que el funcionario público puede no realizar por sí mismo la acción material de distraer los caudales públicos, y en el concurso de personas, en estos delitos, rige la regla de que basta la cualidad especial en uno de los co-partícipes, cualquiera que sea la forma de su participación, y la de los otros, o sea, que el delito consiste para ambos delincuentes, tanto si es el extraño el que realiza materialmente la distracción del caudal público como si la verifica el funcionario, instigado por el extraño; y en los delitos de actuación personal, como el que consiste en entrar en el mundo ajeno, se da el concepto del delito de propia mano (Bindig) o de comisión personal (Maggiore), que no permite realizar la acción sino con la actuación de sí mismo; y si el actuante produce el comportamiento constitutivo del delito, pueden concurrir con él otros sujetos, sin poseer la calidad del primero, y desarrollando cualquier acción, por lo que no hay violación de domicilio, según Krestchmann si aquel a quien se prohíbe la entrada en la habitación hace entrar a otros a los que está permitido el ingreso.

El Profesor Galli trata del "error de los no imputables y de los ebrios o estupefactos-intoxicados por estupefacientes", limitándose al error de hecho, más que en la teoría general del delito en la teoría del delincuente (págs. 34-47), determinando las relaciones que existen entre la imputabilidad o capacidad de entender y de querer, según el artículo 85 del Código penal italiano, y la responsabilidad o culpabilidad, esto es, el elemento psicológico constituido por la conciencia y voluntad de la acción que adoptan, según los casos, las figuras del dolo la preterintención o la culpa (artículo 42 del mismo Código) y conduce la indagación sobre la imputabilidad en relación con la responsabilidad como perjudicial la de este respecto de la de aquella, llegando a la conclusión de que el error es una causa que influye sobre la responsabilidad, lo que basta para afirmar que aún respecto a los ebrios cuando falte a causa del error el elemento psicológico que caracteriza el dolo (aunque sean el dolo anormal del ebrio, si se trata de hecho punible a título de dolo debe quedar exento de pena).

El profesor Altavilla estudia "Disturbios Psíquicos y Criminalidad" en su volumen "El delincuente" del "Tratado de Psicología Criminal" (págs. 48-79), en que trata de establecer la línea de demarcación entre criminal endógena y locura, línea que sólo se puede señalar idealmente porque es imposible hacer una distinción neta y así se distinguen delincuente loco de loco delincuente, en que el primero es un individuo constitucionalmente criminal, que al enloquecer presenta una forma de crimi-

nalidad exacerbada que se distingue por la ferocidad y la maldad y en los que el conocimiento del propio mal agudiza su perfidia porque se sienten como inmunizados, mientras los segundos son dementes vulgares, llevados al delito por sus procesos morboos, como el paranoico que pasa de perseguido a perseguidor, el epiléctico delirante que mata para defenderse de peligros imaginarios o el maniático arrastrado por impulsos incoercibles.

El Doctor Landra expone breve e interesante resultado de sus "Investigaciones antropológicas y sociológicas sobre las prostitutas de Bucares" (págs. 80-91), realizadas en el invierno de 1944-45, bloqueado por los conocidos acontecimientos bélicos y políticos, encuadrando su estudio en una visión antropológica de los tipos sociales que ha puesto en valor la escuela de v. Eickstedt en su biología de la población de las grandes ciudades, publicada en 1941. En su investigación antropológica ha estudiado el origen étnico, el lugar de nacimiento, la religión, la edad, la profesión anterior, el ambiente familiar, la edad de desfloración, la iniciación de su actividad profesional y el grado de instrucción. Después estudia datos antropológicos como pigmentación, estatura, tipo constitucional, tipo hormonal, etc.

El Doctor De Vincentiis estudia "Crueldad y edad evolutiva" (páginas 92-107), se propone el problema de si es legítimo hablar de crueldad y actos de crueldad en la edad evolutiva, por cuanto Lombroso afirmaba que la crueldad era uno de los caracteres más comunes del niño, y es de notar que con este elemento se hallan otras situaciones psicológicas como la desobediencia, la indisciplina, el afán de dominar, la tendencia a la mentira, a la destrucción, etc. Siguiendo a Maggiore, para quien la crueldad no es sólo el hacer sufrir, sino la complacencia en hacer sufrir, establece el criterio para calificar de cruel un acto, que es el de comprobar si se ha realizado con el solo fin de obtener placer con el sufrimiento ajeno y cita la jurisprudencia italiana, que caracteriza la crueldad por la ausencia completa de aquellos sentimientos de compasión y de piedad que son propios del hombre culto y expresa un estado psicológico caracterizado por "perversidad de ánimo", "depravación moral", "insensibilidad moral".

El Dr. Meschieri, en su comunicación a la Jornada médico-legal dedicada a los problemas de la delincuencia de los menores (Turin, 25 septiembre 1948), relativa a "Consideraciones sobre el supuesto paralelismo entre edad cronológica y edad mental en los arts. 97 y 98 del Código penal italiano" (págs. 108-115), que hablan de la "capacidad de entender y de querer", propone utilizar las conquistas de la psicología para una más coherente aplicación de la ley misma, cita con elogio los sistemas seguidos en los Institutos Rousseau de Ginebra y de Orientación y selección profesional de Madrid y concluye que la aspiración de utilizar en la praxis judicial métodos objetivos y modernos de valoración de las cualidades psíquicas del imputado (y del testigo), llama la atención sobre las dificultades que deben superarse para obtener elementos atendibles de juicio, dificultades que no son sólo las temidas por el magistrado (peligros de

simulación, de fraude, de divulgación de las modalidades de examen), sino las nacidas de la falta de personal apto, competente en psicología general y aplicada y preparado en medicina legal y de la falta de reactivos mentales adecuados.

El Dr. Frache, en la misma jornada médico-legal, presentó una comunicación sobre la "Valoración de la capacidad penal de los post-menores" (págs. 116-122), con referencia a los arts. 97 y 98 del Código penal y al Real Decreto-Ley de 20 de julio de 1934, núm. 1.404 (ambos italianos), que limitan la minoridad penal al décimo octavo año de edad, mientras este límite rígido debe tomar vida de principios biológicos generales deducidos del estudio de las diversas fases del desarrollo fisio-psíquico del individuo, que como es sabido, marca el término de la edad evolutiva de los veinte a los veintiún años de edad y que señala el paso a la edad adulta. Señala casos en que se han cometido por menores apenas llegados a la edad mayor penal, como uno que delinquiró cuatro horas después de cumplirlos y propugna la extensión a los post-menores, al menos hasta los veintiún años, del tratamiento instructorio y carcelario previsto para los menores, haciendo entrar a aquellos bajo la competencia del Tribunal de menores, para la intensa colaboración entre la obra del biólogo y la función del Juez.

El Prof. Pontrelli y el Dr. Coda estudian el "zurdismo" corregido en el determinismo de las anomalías de conducta de los menores (págs. 123-130), entendiendo por "zurdos corregidos" los que siendo originariamente zurdos en su primera infancia han sido obligados a emplear su mano derecha para comer, escribir, etc. Cita las observaciones de Elliot Smith (1925) sobre manifestación en estos individuos de perturbaciones intelectivas, afectivas y psicomotoras, aisladas o asociadas, y las de Girard, Garde y Carrier (1946), según las cuales, existiendo centros únicos para regular los actos de los varios segmentos corpóreos, si el zurdo es obligado a escribir con la mano derecha se forman centros reflejos dobles que producen interferencias de impulsos motores y choque de estímulos antagónicos que serían responsables de la escritura especular, del calambre del escribiente, etcétera y especialmente del balbuceo, que se ha observado desaparece si el zurdo puede usar su mano izquierda con libertad. Y habiendo encontrado entre los zurdos corregidos que han examinado una irregularidad de conducta del 8 por 100, mientras en los anormales es más baja (3,2 por 100), concluye con Smith que en el tratamiento de los niños zurdos debe ser abandonada, por ser indudablemente dañosa, la práctica de educarlos coercitivamente al uso de la mano derecha, porque la coerción misma y este estado de ambidextrismo póstumo pueden representar una de las causas de irregularidad de la conducta de los menores.

SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FUER STRAFRECHT

(Revue penale suisse)

Año 63, cuaderno 3.º, 1948

SCHWANDER (Dr. V.): "GEFAEHRliche TAT UND RECHTSWIDRIGKEIT" (Acción peligrosa y antijuricidad); págs. 281-292.

Una sentencia suiza da al autor ocasión de exponer sus críticas al concepto hoy dominante de la antijuricidad y de dar a conocer sus propias teorías sobre su configuración. La antijuricidad, dice, se construye actualmente teniendo en cuenta el resultado (el resultado, no la acción, es lo antijurídico hoy día) y la relación de causalidad. Para él, en cambio habría de elaborarse la doctrina sobre la base del peligro determinado por el acto. Entiende por peligro "un estado que, según el cálculo humano, hace temer un resultado no deseable" y, en relación con ello, define lo antijurídico como "la conducta que, de forma inadmisibile, pone en peligro un bien jurídicamente protegido inconcreto (o que no evita el peligro) indiferentemente de si tal conducta lleva o no a la lesión efectiva del bien jurídico". Pero, como casi toda acción lleva en sí un peligro para bienes jurídicos, habría que distinguir entre el riesgo que puede correrse lícitamente y el que debe ser prohibido, lo que se haría conforme a módulos variables según la naturaleza de los bienes que pudieran entrar en conflicto. Tras exponer las ventajas de su teoría, sobre todo en relación con la tentativa inidónea, termina afirmando que no tiene nada que ver con las doctrinas subjetivistas sintomáticas del Derecho penal de autor, pues lo que sirve de base a su doctrina de la antijuricidad no es la peligrosidad del sujeto, sino la del acto mismo.

KELLERHALS (Hans): "DER VOLLZUG DER MASSNAHMEN NACH ART. 14 UND 15 StGB IN ANSTALTEN DES STRAF-UND MASSNAHMENVOLLZUGES (La ejecución de las medidas de los arts. 14 y 15 del C. p. en establecimientos de ejecución de penas y medidas); págs. 293-308.

Para los casos de imputabilidad disminuida, establecen los artículos citados en el título del C. p. suizo diversas medidas de internamiento de custodia o curativo, que se ejecutan con suspensión de la ejecución de la pena impuesta. Y precisamente esta ejecución ha planteado ciertos problemas, que, por medio de ejemplos expone el autor, presentando varios historiales de delinquentes de responsabilidad disminuida. El principal a que se refiere es el de si puede transformarse el internamiento en las casas de salud o de custodia en internamiento en establecimientos de trabajo. Su opinión es favorable a ello, por cuanto estima que en muchas

ocasiones, el trabajo ordenado es el único remedio para determinados sujetos enfermos. Las principales objeciones que se hacen a esto es el carácter de enfermos de tales reclusos, lo que no es inconveniente grave y se salvaría perfectamente, dotando a determinadas casas de trabajo de los servicios clínicos y médicos precisos, correspondientes a los insitutos de curación y custodia de anormales. También estima posible la libertad condicional del sujeto a tales medidas, cuando se alcance un punto en que pueda llevarse a cabo sin peligro

SZERESZEWSKI (E.): "LE PRINCIPE DE LA RETROCTIVITE DE LA "LEX MITIOR" ET LS INFRACTIONS A LA LEGISLATION ECONOMIQUE EN DROIT PENAL FRANÇAIS"; págs. 308-314.

El principio de la retroactividad de las leyes penales más suaves, no cristalizó en ninguna disposición concreta del Código de Napoleón, pero la Jurisprudencia había venido manteniéndolo a través de más de un siglo. Hoy, sin embargo, está el principio en quiebra, en un importante campo de derecho represivo, como es el relacionado con los delitos de elevación abusiva de precios, "el robo repartido sobre miles de sujetos, crimen que consiste, no en robar 500.000 francos a un rico, sino en robar cien francos a cinco mil pobres." En esta materia, la ley más benigna no tiene efecto retroactivo. Rechaza el autor la teoría que explica esto en una distinción entre normas de Derecho penal y normas de Derecho extrapenal, por entender que toda norma penal se basa en otra extrapenal. Tampoco le convence la teoría de los motivos que llevaron al legislador a dar una especial disposición. Piensa, más bien, que la especial derogación del principio de retroactividad de la ley más benigna debe buscarse en la naturaleza misma de la regla, que no es otra que la de ser un temperamento útil al rigor de la ley, no por un principio de justicia, sino por uno de conveniencia, aportado por la política criminal. Mediante él, se ponen de acuerdo, en cuanto sea posible, el interés de la comunidad y el del individuo. Pero cesa su aplicación cuando, por exigencias vitales, haya de prevalecer el interés de la sociedad, como en el caso de que trata.

KEHL (Robert): "DIE ERLEDIGUNGSFORM DER ENTSCHEIDE UEBER DIE ABAENDERUNG VON MASSNAHMEN IM JUGENDS- TRAFRECHT: ¿BESCHLUSS ODER URTEIL? (La forma correcta de las decisiones sobre sustitución de medidas en el Derecho penal juvenil: ¿Acuerdo o sentencia?); págs. 315-328.

Los arts. 86 y 93 del C. p. suizo, permiten que las autoridades competentes sustituyan unas por otras las medidas de seguridad y corrección aplicables a los menores de edad penal, si así lo aconsejare la necesidad de alcanzar el fin educativo perseguido. Se ha presentado la cuestión de si la resolución debe tener forma procesal de acuerdo o de sentencia. Aun-

que la práctica estima suficiente el acuerdo, y así lo hacen generalmente los organismos competentes, cree el autor que debe hacerse en sentencia, con las mayores garantías que concede en orden a los recursos, alegando una serie de razones de tipo procesal y material, basadas, principalmente, en diversos preceptos jurídicos.

JAGERSKIOLD (Stig): "ZUR FRAGE DER VOLKERRECHTLICHEN GRENZEN DER STRAFGESETZGEBUNG" (Sobre la cuestión de los límites impuestos a la legislación penal por el Derecho de gentes); págs. 328-333.

La legislación sueca conoce la posibilidad de penar en Suecia a quien cometa ciertos delitos, en el extranjero, siempre que el Rey dé la orden de entablar la acción. El autor examina la cuestión de si el Derecho de gentes pone limitación al poder del Soberano para dar dicha orden. La solución es positiva, si bien presenta grandes dificultades la determinación de lo que, en un caso dado, haya de estimarse como Derecho internacional vigente. Presenta el autor, en aclaración de su pensamiento, los casos de los funcionarios no suecos que, en sus respectivos países, y dentro de sus funciones, han de ejercer espionaje, que, en principio deben considerarse como protegidos por Derecho internacional, aunque no siempre lo hayan reconocido así los Tribunales de diversos Estados.

BOBST (Max): "DIE POLIZEI UND DIE PRESSEBERICHTERSTATTUNG ÜBER DELIKTE" (La policía y la información de prensa sobre delitos): págs. 333-341.

La prensa, acuciada por el público, quiere siempre servir rápidamente informaciones sobre los hechos notables. En relación con los delitos, los periodistas suelen dirigirse, pidiendo información, a la policía, la cual en la mayor parte de los casos, no puede dar datos, por vedárselo el secreto de las actuaciones; entonces, los reporteros se suelen enfadar con la policía, y buscan las noticias por su cuenta, publicando muchas veces informaciones inexactas, sensacionalistas o, aún informaciones ciertas que, más que otra cosa, lo que hacen es entorpecer la marcha de las investigaciones oficiales. El autor estima que esta situación debiera ser sustituida por otra de íntima colaboración entre la policía y la prensa, que, bien dirigida, podría prestar servicios incalculables a la investigación.

JACOMELLA (Sergio): "NUOVE CONCEZIONI E NUOVI ORIENTAMENTI SULL'ESAME DELLA PERSONALITA DEL DELINQUENTE"; págs. 341-357.

En realidad, se trata más que de un artículo, de una recensión, en que Jacomella da a conocer los principales puntos de la doctrina establecida

por el Padre Agostino Gemelli, O. F. M., en su libro "Las personalidad del delincuente en sus fundamentos biológicos y psicológicos" (Milán, año 1946).

HORROW (Max); "DAS TRAINING CENTRE MAIDSTONE"; páginas 357-368.

La transformación del Derecho represivo ha sido profunda en los últimos tiempos. Sobre todo, se nota en la finalidad perseguida mediante la ejecución de la pena, que en la actualidad tiene un sentido preferentemente educativo, correccional, frente al antiguo sentido retributivo y expiatorio. Refiriéndose a esta evolución, y concretándose a Inglaterra, señala Horrow como antecedente, la Institución Borstal, para jóvenes delincuentes, que, en la actualidad ha visto coronado su triunfo por la aplicación de sus principios y métodos al tratamiento de delincuentes mayores de veintidós años, susceptibles de reforma, de adaptación a las condiciones normales de vida social. Esto se ha llevado a cabo ya en diversas prisiones, entre las cuales descuella por su importancia el Training Centre de Maidstone, en el Condado de Kent, cuyo régimen de vida, trabajo e instrucción teórica describe el autor en este artículo, en términos altamente elogiosos.

KREBS (Albert): "GRUNDSATZE FUR DIE VERWALTUNG DER DEUTSCHEN GEFANGNISSE UND ZUCHTHAUSER" (Principios fundamentales para el régimen de los presidios y prisiones alemanes); págs. 369-387.

Después de poner de relieve la "nefasta labor" del nacionalsocialismo en la práctica penitenciaria alemana, que, según él, fué sistemáticamente desorganizada hasta el punto de no parecer ni sombra de lo que era, se ocupa de glosar los postulados establecidos para su reorganización por la Directiva núm. 19 del Consejo de Control, con vigencia para las cuatro Zonas. Tales principios fundamentales son: el cumplimiento exacto y concienzudo de las sentencias y la rehabilitación y reeducación del condenado; que a su vez, se van desmenuzando en normas concretas, como la de necesidad de un cuerpo técnico de funcionarios de prisiones, la de igualdad de trato a los presos sin distinción de raza, color, religión, etc., observación de las condiciones personales, psíquicas y físicas del sujeto para someterle al tratamiento reeducativo adecuado en escuelas y talleres penitenciarios, consideración de la dignidad humana del preso, autorización de cartas y visitas, etc.

SONTAG: "ZUR AUSLEGUNG DES ART. 262, ZIFF. 1, ABS. 3 SCHWEIZERISCHEN STRAFGESETZBUCHES, OFFENTLICHE BESCHIMPfung EINES LEICHNAMS" (Sobre la interpretación del artículo 262, núm. 1, § 3 del C. p. suizo: injuria pública a un cadáver); páginas 387-390.

El sermón de un predicador, en el que expone detalladamente la vida de pecado de un suicida, dió lugar a una querrela por parte de los parientes, que tuvo como resultado una sentencia condenatoria en primera instancia, si bien el Tribunal federal la revocó, estimando que no había injuria al cadáver. Este proceso da ocasión al autor para comentar brevemente al contenido del precepto en cuestión, que establece penas contra "quien deshonre a un cadáver o le injurie públicamente".

Año 63, cuaderno 4.º, 1948

MITTERMAIER (Wolfgang): "UEBER ANALOGIE IM STRAFRECHT" (Sobre la analogía en el Derecho penal"; págs. 403-428.

Al desintegrarse el régimen nacional-socialista, las potencias ocupantes han derogado la Ley de 28 de junio de 1935, que modificó el art. 2.º del Código penal alemán, dando entrada a la represión de aquellas conductas "que sean merecedoras de una pena según la idea fundamental de una ley y el sano sentimiento popular." Y ello plantea el problema de la licitud de la analogía en el Derecho penal alemán vigente. Estima Mittermaier, que el problema bien merece que se le preste atención por los autores, sin cerrarse en la negativa rotunda que durante muchos años se ha dado, debido al profundo cambio que en la vida y las concepciones se ha producido en los últimos tiempos. Por su parte, hace un profundo estudio del significado político y jurídico del principio "nullum crime sine lege", para terminar afirmando que debe admitirse en el Derecho penal una cierta medida de interpretación extensiva y analógica, mediante las cuales él juzgador pueda poner las fórmulas abstractas y frías de la ley en concordancia con las realidades siempre cambiantes de la vida; sin que por ello se produzca la inseguridad o anarquía jurídica, contra la que se trata de luchar mediante la legalidad, ya que la analogía de la ley se atiende a la propia ley e incluso, la aplicación analógica del Derecho ha sido, a veces, precursora de necesarias disposiciones legislativas.

RADBRUCH (Gustav): "DIE KRIMINALITAT DER GOETHE-ZEIT" (La criminalidad de la época de Goethe); págs. 428-444.

Para hacer una criminología histórica, o historia del delito, pueden utilizarse varios métodos, entre los que tiene gran relieve el consistente en examinar el reflejo de la criminalidad en las obras literarias de los

grandes escritores contemporáneos, al tiempo que se quiere historiar, buscando sus reacciones ante hechos que afectaron su vida o vieron personalmente. Aplica Radbruch el método a los tiempos de Goethe, precisamente, mediante el examen de la vida y de la obra del Abogado, estadista y poeta dramático; y va señalando su posición en relación con diferentes problemas interesantes, como el del infanticidio, el suicidio, la brujería, las supersticiones y su explotación, el vagabundo, la mendicidad y el bandidaje.

SCHMIDT (Eberhard): "GOETHE UND DAS PROBLEM DER TODESSTRAFE" (Goethe y el problema de la pena de muerte); páginas 444-464.

Estudia el autor la posición de Goethe frente a la pena de muerte, bajo dos luces o aspectos: su vida real, y en su obra dramática y poética. Como hombre, como ciudadano, hubo de enfrentarse con la cuestión de la licitud de la pena de muerte, en dos ocasiones: en la tesis doctoral, y como miembro del Consejo de Ministros, cuando el príncipe sometió a su opinión la licitud de una sentencia de muerte de una infanticida. En ambos casos, se resolvió a favor de su licitud. En sus obras, también se enfrentó con el problema dos veces, fundamentalmente: en Fausto y en Egmont. En Fausto, la pena se impone justamente, a Margarita, y el autor la encuentra de suyo justificada; pero pierde su justificación, o al menos ésta se hace dudosa, en cuanto a su ejecución, por la inmoralidad del oficio de verdugo. En Egmont, partiendo de la idea Goethiana de que la condena de Egmont es un acto de tiranía política del Duque de Alba y no un acto de justicia, la rechaza plenamente.

RITTLER (Theodor): "GESETZ UND WIRKLICHKEIT IN DER RECHTSWISSENSCHAFT" (Ley y realidad en la ciencia del Derecho); páginas 464-476.

Mientras la Ley natural es fórmula del ser y por consiguiente está siempre de acuerdo con la realidad, la Ley jurídica es fórmula del deber ser, de un mundo ideal, y por eso necesariamente ha de estar enfrentada con la realidad. Porque su base está constituida por una serie de valoraciones que, aun apoyándose en los mismos principios fundamentales, pueden ser diferentes según la dirección voluntarista que imprima el sujeto de la deducción. Por ello, aunque la realidad pueda en ocasiones dar lugar a modificación de las leyes (por cambiar los módulos valorativos), siempre, pasado el momento de transformación, al estabilizarse la nueva ley, vuelve a enfrentarse con la realidad nueva.

HAFTER (Ernst): "MELDEPFLICHT BEI STRAFLOSER UNTERBRECHUNG DER SCHWANGERSCHAFT" (El deber de comunicar el aborto impune); págs. 476-490.

Según el art. 120 del C. p. suizo, el aborto provocado por indicación médica, en ciertos casos, es impune. Disposiciones particulares del cantón de Zurich, han provocado discusión sobre si el médico que intervenga en tales casos está o no obligado a dar parte del aborto producido a las autoridades competentes. Los médicos han planteado la cuestión de validez de tal disposición ante el Tribunal Federal y el estudio de la sentencia recaída sirve de base al presente trabajo. La solución de dicho Tribunal ha sido favorable a la disposición cantonal que impone el deber de comunicarlo a las autoridades competentes. Sin embargo, los médicos no se han conformado con ello y llevan el caso al Parlamento de Zurich, para que en uso de su poder legislativo dicte una disposición que resuelva definitivamente a la cuestión.

PFENNINGER (H. F.): "DIE VERJAHRUNG IM RECHTSMITTELVERFAHREN" (La prescripción en el proceso de remedio); páginas 490-506.

Estudia ligeramente el instituto de la prescripción en sus dos modalidades de prescripción del delito y de la pena, y después las relaciona, buscando los efectos que respectivamente se producen, con los procesos llamados de remedio o de recurso, entre los que incluye el proceso del condenado en rebeldía (puesto que el Derecho suizo lo admite), el recurso de casación (ordinario en el Derecho militar y extraordinario en el común) y el de revisión.

PFANDER (Helene): "DIE GENERALPRAVENTION IM MODERNEN STRAFRECHT" (La prevención general en el Derecho penal moderno); págs. 506-521.

El movimiento de reforma del Derecho penal, iniciado por la Escuela positiva, con sus doctrinas de la prevención especial, lleva camino de hacer desaparecer la idea de la prevención general por medio de la coacción psicológica de la pena. La autora, sin despreciar la finalidad de prevención especial, el correccionalismo en la ejecución de la pena y la imposición de las medidas de seguridad, estima imprescindible mantener la prevención general y la pena, como medio de represión del delito.

F. A. C.

NOTICIARIO

EL EMPLEO EN ESPAÑA DE LAS MODERNAS TÉCNICAS CIENTÍFICAS DE INVESTIGACIÓN CRIMINAL

Antes de que el empleo del penthotal como medio de investigación criminal originara, en particular en los medios jurídicos europeos, la agitación y la protesta de los que hemos dado amplia noticia en las páginas de este ANUARIO (Eugenio Cuello Calón, *Los nuevos métodos de investigación criminal y los derechos de la persona*, Tomo I, Fascículo 1.º, págs. 37-51) ya se presentó un caso en España, en 1946, en Valladolid, en el que la acusación privada solicitó del Juez Instructor la aplicación de la escopolamina para obtener una declaración verdadera del presunto culpable. De él se da cuenta en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1946 (1), en los siguientes términos:

“Refiere el Fiscal de Valladolid como novedad curiosa, un suceso que ofreció la duda, muy explicable por sus singulares circunstancias, de si la muerte de una mujer, ocurrida en su propia casa, por consecuencia de un violento traumatismo craneal fué, ocasionada por una agresión de su propio marido, cuya conducta había motivado la suspensión de la vida conyugal, o por un accidente; la instrucción fué muy laboriosa, y en ella se manifestaron tendencias acusadoras, nacidas en el mismo seno de la familia y en la opinión pública. La acusación particular propuso la inyección al presunto responsable de la droga llamada “escopolamina”: el Juzgado acordó previamente informe psiquiátrico sobre los efectos de la droga y los peritos dijeron que se comenzó su uso en América, pero se desacreditó el procedimiento, toda vez que sus éxitos iniciales no se deben a la supuesta inhibición de las faenas de la autodefensa, sino al miedo que produce el procedimiento al detenido, cuyas declaraciones, bajo los efectos de la droga, no ofrecen garantía de veracidad. El Juez rechazó la prueba—y añade la Fiscalía del Tribunal Supremo al dar cuenta de este asunto—; no se dice si por ese solo motivo o por no estar autorizado en nuestras leyes, que garantizan el respeto a la libertad de determinación y defensa de los acusados, a quienes no se pueden hacer sugerencias ni emplear género alguno de coacciones o amenazas”.

I N M E M O R I A N

ERNESTO HAFTER

(1876-1949)

En el pasado mes de marzo—el día 17—falleció en la recogida Kilchberg, Suiza, uno de los penalistas más destacados de la generación de principios de siglo. Se formó a finales de la pasada centuria en el Seminario de Derecho pe-

(1) Página 90.

nal de la Universidad berlínesa a la sazón regentado por el famoso profesor F. von Liszt, maestro indiscutible de tantas generaciones, con uno de sus discípulos más sobresalientes—E. Kolsrausch—trabajamos nosotros durante un semestre. Allí escribió su monografía de habilitación, titulada “Die Delikte und Straffähigkeit der Personenverbände”, de la que tanto eco se hizo el profesor español Saldaña en un estudio sobre la persona moral y que en realidad ha constituido un punto de referencia importante para la elaboración de este tema. Habilitado para profesor en 1903, fué nombrado Profesor extraordinario en 1905, y en el año 1910 ocupa la cátedra como ordinario en la Universidad de Zurich, siendo también Juez y miembro de la Comisión de Legislación. Desde 1922 y 1924 dirige la Universidad, como Rector, y durante varios años formó parte del Tribunal de Casación del Cantón de Zurich y más adelante miembro del Tribunal Militar de Casación y Presidente del mismo en la decena de 1935 al 45. A él se debe, sobre todo, la revisión del Código penal militar, aparte de la actividad desarrollada con vista a la unificación de la Legislación penal suiza, que al cabo de los años se plasma en el Código federal, hoy vigente, el cual ha sido traducido por nosotros (véase “Revista de Estudios Penales”, tomos I y II), y de cuya traducción española se ocupó el profesor Hafter en la *Schweizerische Z. für Strafrecht*, que fundada por C. Stooss, llevó la dirección, en unión de otros conocidos penalistas helvéticos.

Por siempre será recordará en la admirable nación suiza su aportación, plena de experiencia y de saber jurídicopenal, en la Comisión de los años 1912-16, y junto a su vocación consagrada al estudio de la Ciencia de los delitos y de las penas y a su enseñanza, no descuidó el cultivo de su talento en otros campos jurídicos e incluso nos dió muestras del mismo en la creación literaria. Aparte de su cotidiana colaboración en la Revista Suiza de Derecho penal, sostenida en la sección doctrinal y en las recensiones y notas críticas, cabe mencionar su magnífico Tratado de Derecho Penal, cuya primera edición lleva fecha del año 1926, y la segunda la hizo ya sobre el nuevo Código suizo, aparecida la primera parte en el año 1943, de la que nos hemos ocupado clogiosamente en este ANUARIO.

Su experiencia y amor a la Ciencia jurídica están espléndidamente expresados en un librito por demás sugestivo *Wir Juristen*, del año 1943, en donde nos expone un caudal inagotable de sugerencias y nos ilumina el camino de la formación auténtica y humana del jurista.

Con motivo de su jubilación, a los setenta años, acaecida en el año 1946, los penalistas suizos le manifestaron su admiración y respeto cariñosos al maestro en el decir penal, en el *Homenaje*, que forma el tomo 61 de la citada Revista suiza, de subido interés por la valía de los autores y por el repertorio de trabajos.

Descanse en paz el profesor Hafter, con quien nos unieron buenos lazos de relación universitaria en los años que disfrutamos de su amistad.

III CONGRESO INTERNACIONAL DE TRIBUNALES PARA NIÑOS

Organizado por la Asociación Internacional de Jueces de Niños (A. I. J. E.) se celebrará en Lieja (Bélgica) en los días 17 al 20 de julio de 1950, bajo el patrocinio del Gobierno y del Ministro de Justicia.

Durante el estudio en las sesiones preparatorias, de los días 6 y 7 de octubre de 1949, se tomó el acuerdo de limitar los trabajos de este Congreso al examen del punto de vista jurídico y social, que es la finalidad que se persigue en los Cuestionarios, sistematizados en las tres rúbricas siguientes:

PRIMERA CUESTIÓN.—*De las instituciones destinadas a conocer de los conflictos entre el niño y la sociedad de una parte, y el niño y el medio que lo rodean de otra.*

SEGUNDA CUESTIÓN.—*Principales aspectos del problema de la infancia inadaptada o amenazada en su adaptación social.*

TERCERA CUESTIÓN.—*La misión de la jurisdicción de menores.*

CONCLUSIONES DE LAS JORNADAS DE CIENCIAS PENALES CELEBRADAS EN SANTIAGO DE CHILE ENTRE EL 2 Y EL 8 DE OCTUBRE DE 1949

Tema I.—EL PROCESO PENAL

1. Las Jornadas de Ciencias Penales decían que debe encararse una reforma total del sistema vigente, en la cual se comprende la separación de las etapas investigadoras y falladora de la causa, tendiendo a la celeridad de los procedimientos y a la institución del juicio oral y público; organizando el Ministerio Público jerárquicamente, con facultad exclusiva para promover la acción penal y deducir acusación, utilizando la Policía Judicial y los Institutos Técnicos especializando la Justicia penal y proporcionando el número de Jueces necesario a la población del respectivo territorio jurisdiccional.

Es aspiración de estas Jornadas que exista jurisdicción única en materia penal y que se proceda a la supresión de los Tribunales y procedimientos especiales.

2. Las Jornadas de Ciencias Penales declaran que es necesario la creación de la Policía Judicial, separada de la preventiva y de la política, dependiente de la Judicatura, a través del Ministerio Público.

3. Las Jornadas de Ciencias Penales acuerdan patrocinar las ideas contenidas en los Proyectos del Instituto de Estudios Legislativos, sobre la libertad provisional, consistentes en dar competencia acerca de ella a la Sala de la Corte que haya prevenido y a la revocación automática de la libertad concedida, por el hecho de dictarse sentencia condenatoria.

4. Mientras se obtiene la correcta aplicación del régimen penitenciario, la libertad condicional solamente debe ser concedida previo informe favorable del Instituto de Criminología, y su concesión debe ser restringida de manera que sea otorgada solamente a penados positivamente corregidos y que por su número puedan ser vigilados y socorridos con los medios materiales de que se dispone.

Recomienda las ideas que a este respecto se contienen en el Proyecto de reforma del Código Penal, actualmente pendiente en el Congreso Nacional.

Los condenados a pena privativa de libertad superior a un año que no hayan logrado la libertad condicional durante el período de su pena, deberán quedar sujetos, después de ella, a vigilancia de la autoridad por un período prudencial.

Representar al Supremo Gobierno que la prodigalidad en la concesión de indultos conduce a la ineficacia del sistema penal y del juzgamiento de los delitos. Ello aconsejaría la adopción de reformas constitucionales y legales en relación con el ejercicio del derecho de gracia para todo condenado por delito común.

6. Las Jornadas de Ciencias Penales declaran que debe ampliarse y perfeccionarse el Instituto de pericias técnicas del Estado, poniéndolo bajo la dependencia del Poder Judicial.

7. Las Jornadas de Ciencias Penales consideran indispensable la creación de un Servicio de Asistencia Social a la víctima del delito, a su familia y a la familia del reo.

Tema II.—ESTADOS ANTI-SOCIALES

8. Las Jornadas de Ciencias Penales acuerdan señalar la conveniencia de contemplar en una reforma penal las conductas anti-sociales y aplicarles como correctivos medidas adecuadas de seguridad.

Tema III.—MENORES ABANDONADOS, ANORMALES Y DELINCUENTES

9. Las Jornadas de Ciencias Penales declaran que debe encararse resueltamente la situación de los menores en sus variados aspectos para procurarles la debida asistencia y protección, aplicando un sistema unitario coordinado.

10. Declaran asimismo que deben excluirse del área penal los menores de dieciocho años de edad, porque conceptualmente no pueden ser considerados delincuentes y sólo son susceptibles de la aplicación de medidas de protección.

11. Las medidas simplemente correctoras de la infancia corresponden a los Organismos técnicos respectivos, sin perjuicio de poder reclamar de ellas ante la Justicia Especial de Menores. No obstante, será siempre competente esta última para conocer de los hechos anti-sociales realizados por menores.

12. Mientras subsistan las actuales condiciones, exigir el estricto cumplimiento del art. 7.º de la Ley 4.447, sobre protección de Menores, en cuanto dispone la separación completa de los delincuentes comunes con los menores sometidos a proceso.

13. Los Tribunales especiales de Menores deben funcionar asesorados por equipos técnicos y sus decisiones ser adoptadas de acuerdo con las conclusiones de éstos.

CONCLUSIONES GENERALES

14. Solicitar del Congreso Nacional el pronto despacho del Proyecto de Ley enviado por el Supremo Gobierno, sobre reforma del Código Penal.

15. La gravedad de las deficiencias que presentan los establecimientos de p-i-

sión preventiva y detención hace necesario que el Supremo Gobierno encaré la solución de ellas como una tarea urgente e ineludible.

16. Contemplar disposiciones legales que permitan a los Jueces del Crimen seguir cursos de perfeccionamiento.

17. Propiciar que se incorpore como circunstancia agravante del delito la que se refiere a individuos que se valen, emplean o utilizan menores de edad en la perpetración de hechos delictuosos.

18. Aumentar y adecuar los establecimientos relacionados con la Justicia Penal, los Servicios de Protección de Menores, aumentándose las plazas de Visitadoras Sociales y demás técnicos auxiliares de las diversas Jurisdicciones; crear cuantos Institutos de readaptación y de rehabilitación individual y social sean menester.

19. Celebrar nuevas Jornadas de Ciencias Penales periódicamente, para cuya citación y realización se comisiona al Instituto de Ciencias Penales.

20. Expresar al Supremo Gobierno, representado por el Sr. Ministro de Justicia, a la Excm. Corte Suprema, a la Universidad de Chile, al Cuerpo de Carabineros de Chile, a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, a la Dirección General de Investigaciones, a la Dirección General de Prisiones, al Instituto Médico-Legal, a la I. Municipalidad de Santiago, al Directorio del Club Hípico de Santiago, a la Línea Aérea Nacional y a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, los agradecimientos de la Comisión Organizadora de las Jornadas de Ciencias Penales, por la cooperación y las facilidades prestadas para el mejor desarrollo de estas Jornadas.

INDICE GENERAL

Fascículo III

Páginas

SECCION DOCTRINAL

La competencia penal en materia de navegación aérea, por MANUEL GORDILLO	421
Teoría del Derecho penal especial, por ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO	457
Derecho penal de trabajo español por JOSÉ PÉREZ LEÑERO	487

SECCION LEGISLATIVA

El anteproyecto de Código penal mejicano de 1949 para el distrito y territorios federales, por EUGENIO CUELLO CALÓN	508
Proyecto preliminar del Libro I del Código penal italiano reformado, por ADOLFO DE MIGUEL GARCILÓPEZ	516

SECCION DE JURISPRUDENCIA

Acerca del encubrimiento, por JUAN DEL ROSAL	521
La llamada violación presunta y el retraso mental del sujeto pasivo, por ANTONIO FERRER SAMA	528

REVISTA DE LIBROS

BATTAGLINI, Giulio: "Diritto penale". Padua, Cedam, 1949, por <i>Adolfo de Miguel</i>	529
COSSÍO, Carlos: "La coordinación de las normas jurídicas y el problema de la causa en el Derecho". Buenos Aires, 1948, por <i>Valentín Silva Melero</i>	540
ESCOBAR, Manuel: "Código de instrucción Criminal en Nicaragua". Masaya (Nicaragua), por <i>César Camargo Hernández</i>	542
ESCOBAR, Manuel: "Delito político y otros temas penales". Masaya (Nicaragua), por <i>César Camargo Hernández</i>	543
ESCOBAR, Manuel: Nuevos estudios penales y constitucionales". por <i>César Camargo Hernández</i>	545
DAUTRICOURT, José: "Delitos de lesa humanidad". 1949, por <i>José Sánchez Osés</i>	546
GOEKE, Dr. Karl: "Strafgesetzbuch". Munster (Westfalia), 1948, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i>	550
GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José: "Alzamiento quiebra y otras defraudaciones". Méjico, 1949 por <i>César Camargo Hernández</i>	551
GRISPIGNI, Filippo: "Diritto penale italiano". Vol. II, "La Struttura della Fattispecie legale oggettiva". Milano, 1947 por <i>Juan del Rosal</i>	552
LEVI, Nino: "Diritto penale internazionale". Milano, 1949, por <i>Federico Castejón</i>	555
LES NOVELLES: "Corpus Juris Belgici". Bruxelles, 1928 por <i>L. Prieto Castro</i>	558
MAURACH, Reinhart: "Grundriss des Strfrechts. Allgemeiner Teil". 1948, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i>	560
MEZGER, Edmund: "Strafret". Berlín, 1948, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i>	563

ANTÓN ONECA Y RODRÍGUEZ MUÑOZ: "Derecho penal". Madrid, 1949, por <i>César Camargo Fernández</i>	564
L. RADZINOWICZ y J. W. C. TURNER: "The journal of Criminal Science". London, 1948, por <i>Joaquín de Aguilera</i>	565
RANIERI, Silvio: "Il concorso di piu persone in un reato". Milano, 1949, por <i>Valentín Silva Melero</i>	568
RIVERA SILVA, Manuel: "Los delitos fiscales comentados". Méjico, 1949, por <i>César Camargo Hernández</i>	570
RONCAGLI, Giorgio: "Analogia e consuetudine". Milano, 1949 por <i>Valentín Silva Melero</i>	571
DEL ROSAL, Juan: "La personalidad del delincuente en la técnica penal". Valladolid, 1949, por <i>Valetín Silva Melero</i>	572
ADOLF SCHONKE: "Strafgesetzmuch Kommentar". Munich y Berlín, 1949, por <i>Eugenio Cuello Colón</i>	574
SILVA MELERO, Valentín: "Direcciones de la justicia penal contemporánea". Madrid, 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	574
H. SUTHERLAND, Edwin: "Principios de Criminología". Chicago, Filadelfia, New York, 1947, por <i>José Sánchez Osés</i>	576
VONCKEN, Jules: "Essai de condification d'un Droit international médical". París, 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	580

REVISTA DE REVISTAS

Austria

JURISTISCHE BLAETTER.—Junio 1949, por <i>Fernando Alamillo Cavnillas</i>	585
--	-----

Bélgica

REVUE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE.—Octubre 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	586
--	-----

España

REVISTA DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. DIRECCION GENERAL DE PRISIONES. MADRID.—Septiembre, octubre, noviembre, diciembre, 1949, por <i>César Camargo Hernández</i>	588
---	-----

Francia

REVUE PENITENTIAIRE ET DE DROIT PENAL.—Octubre-diciembre, 1949 por <i>Diego Mosquete</i>	593
REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARÉ.—Abril-junio; octubre-diciembre, 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	595

Grecia

REVISTA PENITENCIARIA. — Julio-agosto; septiembre-diciembre, 1949, por <i>Diego Mosquete</i>	598
--	-----

Italia

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO PENALE.—Septiembre-octubre, 1949, por <i>Adolfo de Miguel</i>	598
LA GIUSTIZIA PENALE.—Agosto, septiembre, octubre, 1949, por <i>Adolfo de Miguel</i>	603
LA SCUOLA POSITIVA.—Por <i>Federico Castejón</i>	616
SCHWEIZERISCHE ZEITSCHRIFT FUER STRAFRECHT.—1948, por <i>Fernando Alamillo Canillas</i>	617
NOTICIARIO	625

nando Alamillo Canillas; GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José: "Alzamiento, quiebra y otras defraudaciones", Méjico, 1949, por César Camargo Hernández; GRISPIGNI, Filippo: "Diritto penale italiano", vol. II, "La Struttura della Fattispecie legale aggetia", Milano 1947, por Juan del Rosal; LEVI, Nino: "Diritto penale internazionale", Milano, 1949, por Federico Castejón; LES NOVELLES: "Corpus Juris Belgici", Bruxelles, 1948, por L. Prieto Castro; MAURACH, Reinhart: "Grundriss des Strfrechts. Allgemeiner Teil", 1948, por Fernando Alamillo Canillas; MEZGER, Edmund: "Strafret", Berlín, 1948, por Fernando Alamillo Canillas; ANTÓN ONECA y RODRÍGUEZ MUÑOZ: "Derecho penal", Madrid, 1949, por César Camargo Fernández; L. RADZINOWICZ y J. W. C. TURNER: "The journal of Criminal Science", London, 1948, por Joaquín de Aguilera; RANIERI, Silvio: "Il concorso di piu persone in un reato", Milano, 1949, por Valentín Silva Melero; RIVERA SILVA, Manuel: "Los delitos fiscales comentados", Méjico, 1949, por César Camargo Hernández; RONCAGLI, Giorgio: "Analogia e consuetudine", Milano, 1949, por Valentín Silva Melero; DEL ROSAL, Juan: "La personalidad del delincuente en la técnica penal", Valladolid, 1949, por Valentín Silva Melero; ADOLF SCHONKE: "Strafgesetzmuch Kommentar", Munich y Berlín 1949, por Eugenio Cuello Calón; SILVA MELERO, Valentín: "Direcciones de la justicia penal contemporánea", Madrid, 1949, por Diego Mosquete; H. SUTHERLAND, Edwin: "Principios de Criminología", Chicago Filadelfia, New York, 1947, por José Sánchez Osés; VONCKEN, Jules: "Essai de codification d'un Droit international medical", Paris, 1949, por Diego Mosquete.

Revista de Revistas 583

Austria: *Juristische Blaetter*, junio 1949, por Fernando Alamillo Canillas; Bélgica: *Revue de Droit penal et de Criminologie*, octubre 1949, por Diego Mosquete; España: *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Dirección General de Prisiones, Madrid, septiembre, octubre, noviembre, diciembre 1949, por César Camargo Hernández; Francia: *Revue Penitentiaire et de Droit pénal*, octubre-diciembre 1949, por Diego Mosquete; *Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé*, abril-junio, octubre-diciembre 1949, por Diego Mosquete; Grecia: *Revista Penitenciaria*, julio-agosto, septiembre-diciembre 1949, por Diego Mosquete; Italia: *Rivista Italiana di Diritto penale*, septiembre-octubre 1949, por Adolfo de Miguel; *La Giustizia Penale*, agosto-septiembre, octubre 1949, por Adolfo de Miguel; *La Scuola Positiva*, por Federico Castejón; *Schweizerische Zeitschrift fuer Strafrecht*, 1948, por Fernando Alamillo Canillas.

Noticario 625

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 .